

RIVISTA DELL'ARBITRATO

Anno XXV Fasc. 1 - 2015

ISSN 1122-0147

Michela De Santis

**PROVE DI ELASTICITÀ DEL
MOTIVO DI IMPUGNAZIONE DI
CUI ALL'ART. 829, COMMA 1,
N. 4, C.P.C.: L'IMPUGNABILITÀ DI
UN LODO *ULTRA VIRES***

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

GIURISPRUDENZA ORDINARIA

I) ITALIANA

Sentenze annotate

CORTE D'APPELLO DI MILANO, sentenza 1° luglio 2014; SECCHI *Pres. ed Est.*; V.C. e G.C. c. B.C.

Lodo - Impugnazione per nullità - Casi di nullità - Motivi di impugnazione - Lodo fuori dai limiti della convenzione d'arbitrato - Questione di competenza - Corte d'appello come giudice del fatto processuale.

Lodo - Impugnazione per nullità - Casi di nullità - Motivi di impugnazione - Motivo di cui al n. 4 - Merito non poteva essere deciso - Ultrapetizione - Pretermissione del litisconsorte necessario - Presupposti processuali dell'arbitrato - Riconcucibilità.

La decisione relativa alla determinazione dell'ambito oggettivo della clausola compromissoria non integra una questione di merito ma una questione di « competenza », ed è pertanto impugnabile per nullità ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 4 c.p.c., per aver cioè pronunciato fuori dai limiti della clausola compromissoria. Nell'esaminare tale questione la Corte d'appello non deve limitarsi al controllo della decisione del collegio arbitrale ma ha il potere-dovere di procedere all'apprezzamento dell'attività svolta nel processo dalle parti o dagli arbitri e all'esame degli elementi di fatto risultanti dagli atti acquisiti al processo stesso, al fine di accertare la sussistenza della dedotta nullità.

Il motivo di nullità previsto dalla seconda parte del n. 4 dell'art. 829, comma 1, c.p.c. costituisce una norma di chiusura che ricomprende tutte le ipotesi, non censurabili con altri motivi di impugnazione, in cui gli arbitri abbiano erroneamente pronunciato per l'accoglimento o il rigetto delle istanze di merito avanzate da una parte nonostante l'insussistenza di un presupposto processuale diverso da quelli considerati nell'elenco del comma 1 dell'art. 829 c.p.c. In tale ipotesi rientra indubbiamente anche quella del lodo che abbia ammesso e pronunciato su domanda nuova e, dunque, inammissibile, incorrendo nel vizio di ultrapetizione. Anche l'evenienza del mancato rilievo del litisconsorzio necessario da parte degli arbitri deve ritenersi ricompresa nelle ipotesi — previste dalla seconda parte del n. 4 dell'art. 829, comma 1, c.p.c. — in cui gli arbitri abbiano erroneamente pronunciato per l'accoglimento o il rigetto delle istanze di merito avanzate da una parte

nonostante l'insussistenza di un presupposto processuale diverso da quelli considerati nell'elenco del comma 1 dell'art. 829 c.p.c.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — (*Omissis*). — 2. Con il primo motivo dell'impugnazione principale V. e G. C. hanno lamentato che « *il lodo ha pronunciato fuori dai limiti della convenzione d'arbitrato e ha deciso il merito in un caso in cui il merito non poteva essere deciso. Violazione dei limiti oggettivi della convenzione arbitrale — Art. 829, 1° comma, n. 4 c.p.c.* ».

2.1. Il resistente B. C. ha eccepito che il motivo è inammissibile, in quanto, da un lato, muove da una erronea ricostruzione del *decisum* del Collegio Arbitrale, e, dall'altro lato, si risolve nella critica del risultato interpretativo del Collegio Arbitrale, dato che prospetta una diversa interpretazione della volontà delle parti, comportante un riesame del merito. In proposito, ha in particolare osservato che la Corte di Cassazione, nella sentenza n. 178 del 2008, ha affermato che « una volta che gli arbitri hanno fissato, mediante l'interpretazione della clausola, l'ambito oggettivo di essa e, quindi, del loro potere decisorio il relativo dictum, proprio in quanto ha previamente definito « confini » della clausola stessa, non è impugnabile per nullità ai sensi dell'art. 829 c.p.c., comma 1, n. 4) (per avere, cioè, « pronunciato fuori dai limiti del compromesso » o della clausola compromissoria), bensì unicamente ai sensi del combinato disposto dell'art. 829, comma 1, n. 5) e art. 823 c.p.c., comma 2, n. 3), vale a dire nel solo caso in cui la motivazione sul punto in esame risultati radicalmente inidonea alla comprensione dell'*iter* logico giuridico seguito dal collegio arbitrale o all'individuazione della *ratio decidendi* del lodo, ovvero, ai sensi dell'art. 829 c.p.c., comma 2, per violazione o falsa applicazione delle regole ermeneutiche codicistiche ».

L'eccezione non è fondata.

La pronuncia delle Corte di Cassazione richiamata dal resistente è espressamente fondata sul principio che « la questione della identificazione dell'oggetto della clausola compromissoria, quindi della individuazione delle controversie nascenti da contratto e che le parti, nell'esercizio della loro autonomia privata, hanno inteso compromettere in arbitri, e cioè nell'ambito oggettivo del potere decisorio degli arbitri stessi [...] non dà luogo [...] ad una questione di « competenza » e/o di giurisdizione, ma, secondo la giurisprudenza di questa Corte — consolidata nell'affermare che sia all'arbitrato rituale che a quello irrituale va riconosciuta natura privata, configurandosi in ogni caso la devoluzione della controversia ad arbitri come rinuncia all'azione giudiziaria ed alla giurisdizione dello Stato per effetto di un'opzione per la soluzione della controversia sul piano privatistico (per tutte, Cass. Sez. un., n. 1251 del 2000; Cass. n. 16718 del 2006; n. 12714 del 2002) — configura una questione di merito, la cui soluzione richiede l'interpretazione della clausola secondo i canoni ermeneutici che la governano (art. 1362 c.c., e segg.) » (vd. Cass. n. 178 del 2008, in motivazione).

Recentemente la Corte di Cassazione, decidendo a Sezioni Unite, ha rimeditato tale orientamento, anche in considerazione delle modifiche legislative introdotte con il D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, giungendo alla conclusione che i rapporti tra arbitri e giudici ordinari debbano essere ricostruiti in termini di competenza.

Dopo aver, tra l'altro, premesso che:

« La normativa, in parte introdotta con la L. n. 25 del 1994 ed in parte con il D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, pare contenere sufficienti indici sistematici per riconoscere natura giurisdizionale al lodo arbitrale, e per soddisfare quelle indicazioni, (sopra riportate) sui limiti entro i quali la scelta di un giudice diverso da quello statale può essere, dall'ordinamento, affidata alla autonomia dei privati. »

« L'art. 819 ter c.p.c. nel disciplinare il rapporto tra cause devolute al giudizio degli arbitri e cause proposte davanti al giudice ordinario individua il rapporto fra i due processi in termini di « competenza »; e riconosce espressamente l'impugnazione con regolamento di competenza avverso la sentenza emessa dal giudice (non — invece — nell'ipotesi di declaratoria sulla competenza pronunciata dall'arbitro). »

« la stessa Corte Costituzionale, con sentenza n. 223 depositata il 19.7.2013 ha rilevato che con la riforma attuata con il D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, il legislatore ha introdotto una serie di norme che confermano l'attribuzione alla giustizia arbitrale di una funzione sostitutiva della giustizia pubblica. »

la Corte di Cassazione ha infatti affermato che:

« Dalla natura giurisdizionale, e sostitutiva della funzione del giudice ordinario, dell'attività degli arbitri rituali consegue che, lo stabilire se una controversia appartenga alla cognizione del giudice ordinario o degli arbitri si configura come questione di competenza (e ciò a prescindere dal fatto che il rimedio del regolamento di competenza sia previsto ex art. 819 ter c.p.c. solo nei confronti della sentenza del giudice ordinario, ma ciò non sposta il fondo della questione, come nell'ipotesi di cui all'art. 46 c.p.c., che pure esclude il regolamento per le sentenze dei giudici di pace che attengono alla competenza), lo stabilire se una controversia appartenga alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario, e, in tale ambito, a quella sostitutiva degli arbitri rituali, ovvero a quella del giudice amministrativo o contabile configura, invece, una questione di giurisdizione » (vd. Ordinanza Sez. U. n. 24153 del 25.10.2013 emessa in sede di regolamento di giurisdizione).

Alla luce dei condivisibili principi enunciati dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la decisione relativa alla determinazione dell'ambito oggettivo della clausola compromissoria non integra dunque una questione di merito, ma una questione di « competenza », ed è pertanto impugnabile per nullità ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c. (per avere, nella prospettazione degli impugnati principali, pronunciato fuori dei limiti della clausola compromissoria). Nell'esaminare la questione relativa alla individuazione delle controversie, nascenti dal contratto, che le parti, nell'esercizio della loro autonomia privata, hanno inteso compromettere in arbitri, e, quindi, dell'ambito oggettivo del potere decisorio degli arbitri stessi, questa Corte non deve limitarsi al controllo della decisione del Collegio Arbitrale.

Infatti, secondo un principio consolidato nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, « la natura dei giudizi di mera legittimità delle impugnazioni di lodi arbitrali, devolute alla competenza della Corte d'appello, non esclude, ove siano denunciati *errores in procedendo*, il potere-dovere di procedere all'apprezzamento dell'attività svolta nel processo dalle parti o dagli arbitri ed all'esame degli elementi di fatto risultanti dagli atti acquisiti al processo stesso, al fine di accertare la sussistenza della dedotta nullità, dato che la Corte d'appello, in quella sede, ha « il potere di apprezzare e valutare anche il fatto extraprocessuale, che abbia tuttavia

rilevanza nel processo, così come acquisito dal giudice a quo » » (cfr. Cass. n. 4492 del 2002, Cass. n. 4455 del 1986).

2.2 V. e G. C. hanno chiesto che i capi 3 e 5 del dispositivo del lodo e, come effetto, gli altri capi che ne sono conseguenza, vengano dichiarati nulli e/o annullati, ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c., perché il Collegio Arbitrale era incompetente e/o privo di *potestas iudicandi* e non poteva pronunciare sul merito della controversia, essendo stato violato il fondamentale principio, contenuto nell'art. 808 c.p.c., relativo ai limiti oggettivi della convenzione arbitrale, per le seguenti ragioni:

(*Omissis*).

2.3 Il motivo non è fondato.

2.4 Come correttamente affermato dal Collegio Arbitrale, B. C. ha posto a base della propria pretesa « le scritture private *inter partes* del 29 aprile 1996, contenenti le clausole compromissorie richiamate negli atti di nomina di arbitro ».

Nei due distinti atti di nomina di arbitro (di identico tenore) con i quali ha instaurato i procedimenti successivamente riuniti, B. C. ha infatti testualmente affermato che, poiché nel ricorso per sequestro giudiziario depositato il 12.1.2012 i figli V. e G. C. « hanno preannunziato di voler instaurare il giudizio di merito finalizzato all'accertamento dei propri asseriti [...] diritti sulle azioni di S. It. S.p.A. nonché sulle azioni della V. P. S.p.A. e hanno dichiarato di voler chiedere, in via subordinata [...] « la nullità dell'operazione documentata dai contratti del 29 aprile 1996 » è interesse e diritto del dott. B. C. ottenere [...] l'accertamento dell'inesistenza dei diritti vantati dai dott.ri G. e V. C., per converso, l'accertamento, nei loro confronti, dei propri diritti quali fondati sugli accordi del 29 aprile e relativa esecuzione » (*Omissis*).

E nella prima memoria depositata nel procedimento arbitrale B. C. ha precisato che le istruzioni dell'8.2.2011 a U. Fiduciaria affinché venissero « estinti e rimossi i mandati fiduciari formalmente in essere con i signori G. C., V. C. e M. C. (*Omissis*) » e venisse « contestualmente attivato un corrispondente mandato fiduciario, sempre avente ad oggetto tutte le azioni testé descritte, a beneficio del loro unico esclusivo pieno proprietario e fiduciante ultimo signor B. C. », erano state impartite « in piena coerenza con (ed esercitando) i poteri conferitigli dai figli nell'ambito degli Accordi » — « Accordi » da intendersi, secondo quanto precisato in detti atti, come il complesso di negozi posti in essere tra padre e figli il 29.4.1996: scritture private tra B. C. e i figli, procure generali conferite da V. e G. C. al padre, dichiarazioni di riconoscimento dell'interposizione fittizia indirizzate a B. C. da parte dei figli. (*Omissis*).

Al contrario di quanto sostenuto dagli impugnanti principali, il Collegio Arbitrale ha dunque — correttamente — affermato che l'acquisto della proprietà delle azioni in capo a B. C. è derivato dall'esercizio, da parte dello stesso, del predetto diritto potestativo riconosciutogli dai figli con le scritture del 1996, contenenti la clausola compromissoria in forza della quale B. C. ha introdotto i procedimenti arbitrali successivamente riuniti.

Non può pertanto esservi dubbio sulla competenza degli arbitri a decidere le domande di accertamento della proprietà delle azioni in conseguenza delle istruzioni impartite da B. C. a U. Fiduciaria, trattandosi di domande attinenti alla « esecuzione » degli Accordi del 1996. Come osservato nel parere pro veritate prodotto da B. C., il diritto di disporre delle azioni, ad esso attribuito al punto 5°

delle scritture private del 29.4.1996, non poteva che manifestarsi nel potere di istituire le società fiduciarie, cui le azioni erano fiduciariamente intestate.

4. Con il secondo motivo — « *Il lodo è stato pronunciato senza che sia osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio (art. 829, 1° comma, n. 9 c.p.c.). Il Collegio ha deciso il merito in un caso in cui il merito non poteva essere deciso (art. 829, 1° comma, n. 4 c.p.c.). Contrarietà del lodo all'ordine pubblico (art. 829, 3° comma c.p.c.)* » — gli impugnanti principali hanno dedotto che: (*Omissis*);

— con la seconda memoria B. C. aveva invece proposto una diversa e nuova domanda, con la quale aveva chiesto al collegio di « *accertare e dichiarare, ove ritenuta la proprietà fiduciaria in capo [ai figli] ... l'avvenuto trasferimento delle azioni ... per effetto delle istruzioni impartite da B. C. ad U. Fiduciaria...* » (*Omissis*);

— nella seconda memoria lo stesso B. C. aveva « confessato » la novità di tale domanda, precisando che costituiva « la logica alternativa » rispetto alle domande proposte con la prima memoria, delle quali si poneva « come subordinata »;

— essi odierni impugnanti principali avevano eccepito nella terza memoria, e ribadito in sede di discussione, l'inammissibilità delle nuove domande, rifiutando di contraddire sulle stesse.

4.1. Il resistente B. C. ha eccepito che il motivo è inammissibile, in quanto la nullità prevista dal n. 4 dell'art. 829, 1° comma, c.p.c., non riguarda la corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, alla quale si riferisce l'art. 112 c.p.c. davanti al giudice ordinario, ma la corrispondenza tra il contenuto (o l'ambito) oggettivo del patto compromissorio ed il *decisum* degli arbitri.

L'eccezione non è fondata.

Il motivo di nullità previsto nella seconda parte del n. 4 dell'art. 829, 1° comma, c.p.c. — che è stata aggiunta con la riforma del 2006 (« *Il Collegio ha deciso il merito in un caso in cui il merito non poteva essere deciso* ») — costituisce una norma di chiusura, che, come è stato osservato dalla dottrina, ricomprende tutte le ipotesi — non censurabili con altri motivi di impugnazione — in cui gli Arbitri abbiano erroneamente pronunciato per l'accoglimento o il rigetto delle istanze di merito avanzate da una parte nonostante l'insussistenza di un presupposto processuale diverso da quelli considerati nell'elenco del comma I dell'art. 829 c.p.c.

In tali ipotesi rientra indubbiamente anche quella del lodo che — secondo la prospettazione degli impugnanti principali — abbia ammesso e pronunciato su una domanda nuova e, dunque, inammissibile, incorrendo vizio di ultrapetizione.

4.2. Gli impugnanti principali hanno sostenuto che le domande successivamente proposte sono diverse, sia per quanto riguarda il *petitum* che per quanto riguarda la *causa petendi*, atteso che: (*Omissis*).

Tali assunti non sono condivisibili. Secondo il consolidato orientamento della Corte di Cassazione, la proprietà appartiene alla categoria dei diritto « autodeterminati » (*Omissis*).

5. Con il terzo motivo dell'impugnazione principale V. e G. C. hanno dedotto che « *Il Collegio ha pronunciato fuori dai limiti della convenzione d'arbitrato e ha deciso il merito in un caso in cui il merito non poteva essere deciso (art. 829, 1° comma, n. 4 c.p.c.)* », perché, senza la partecipazione al giudizio del litisconsorte necessario U. Fiduciaria, l'arbitrato doveva essere dichiarato improcedibile.

5.1. B. C. ha eccepito l'inammissibilità del motivo in quanto comportante una non consentita rivalutazione del merito della decisione del Collegio Arbitrale, che « ha escluso che U. Fiduciaria abbia avuto un ruolo causativo nel trasferimento della proprietà delle azioni ».

L'eccezione è infondata.

Anche il lamentato mancato rilievo del litisconsorzio necessario di U. Fiduciaria deve infatti ritenersi ricompreso nelle ipotesi — previste nella seconda parte del n. 4 dell'art. 829, 1° comma, c.p.c. — in cui gli arbitri abbiano erroneamente pronunciato per l'accoglimento o il rigetto delle istanze di merito avanzate da una parte nonostante l'insussistenza di un presupposto processuale diverso da quelli considerati nell'elenco del comma 1 dell'art. 829 c.p.c. » (*Omissis*).

Il motivo non è fondato.

Come si è già ricordato, nei due atti di nomina di arbitro, di identico tenore, B. C. ha espressamente affermato che era suo interesse e diritto ottenere « l'accertamento dell'inesistenza dei diritti vantati dai dott.ri G. e V. C. e, per converso, l'accertamento, nei loro confronti, dei propri diritti quali fondati sugli accordi del 29 aprile e relativa esecuzione » (*Omissis*).

Per quanto riguarda la simulazione dei mandati fiduciari stipulati dai figli con U. Fiduciaria — prospettata in via principale nella prima memoria — va in particolare osservato che, come evidenziato dal Collegio Arbitrale, B. C. non ha formulato una domanda diretta ad ottenerne l'accertamento con efficacia di giudicato nei confronti di U. Fiduciaria, ma ne ha dedotto la sussistenza « quale preteso antecedente logico-giuridico per decidere circa il rapporto fra padre e figli ». (*Omissis*).

Come correttamente affermato dal Collegio Arbitrale, si tratta di « un accertamento dedotto in via incidentale, senza dover coinvolgere U. Fiduciaria », che non è quindi « litisconsorte necessaria », atteso che, secondo il costante orientamento della Corte di Cassazione, « l'accertamento incidentale della simulazione soggettiva del contratto non impone l'integrazione del contraddittorio — non ricorrendo un'ipotesi di litisconsorzio necessario — dal momento che tale accertamento può compiersi e produrre i suoi effetti tra le parti del processo senza necessità di chiamare in giudizio il terzo » (Cass. n. 10841 del 2000, Cass. n. 10490 del 2006, Cass. 3727 del 2003). (*Omissis*).

8. Con il sesto motivo — « *Contrarietà all'ordine pubblico delle pronunce adottate (art. 829, 3° comma, c.p.c.)* » — V. e G. C. hanno in primo luogo sostenuto che: — il Collegio aveva reputato che l'atto dell'8.2.2011 era stato idoneo « a trasferire al dott. B. C., ai sensi del punto 5 dei Contratti del 1996, la formale e definitiva proprietà delle azioni già oggetto dei mandati fiduciari correnti tra i figli ed U. Fiduciaria »;

— come osservato dall'Arbitro dissenziente, « la soluzione adottata nel lodo viola un principio fondamentale del nostro ordinamento, onde si esige che i beni circolino per consenso delle parti », dato che « nel caso concreto non si dà un atto con efficacia traslativa compiuto da B. C. nei confronti dei precedenti titolari delle azioni »; (*Omissis*).

8.1. Sotto questo primo profilo il motivo è inammissibile, in quanto tende in realtà ad ottenere un riesame dell'interpretazione degli accordi del 1996 data dal Collegio, precluso nella fase rescindente della impugnazione (cfr. Cass. n. 5857 del

2000, Cass. n. 5508 del 2001, Cass. n. 2566 del 2002, Cass. n. 2474 del 2003, Cass. n. 11091 del 2004). (*Omissis*).

9. Con una prima censura contenuta nel settimo motivo — « *Il lodo è stato pronunciato senza che sia stato osservato nel procedimento arbitrale il principio del contraddittorio (art. 829, 1° comma, n. 9 c.p.c.).* » — gli impugnanti principali hanno dedotto che:

— nell'arbitrato di equità, nel quale possono adottare un criterio di giudizio frutto di una valutazione autonoma e libera, gli arbitri devono previamente enunciare i criteri generali ai quali si atterrano nel formulare il loro giudizio;

— in difetto di tale enunciazione, come era avvenuto nella specie, « *le parti non hanno modo di svolgere nel corso del processo le loro difese, nell'impossibilità di identificare le fattispecie rilevanti e gli oneri di allegazione e di prova che fanno loro carico (perché conseguenza della regola giuridica applicabile)* ».

9.1 La censura è inammissibile, ai sensi dell'art. 829, secondo comma, c.p.c., in quanto nel corso del procedimento arbitrale V. e G. C. non hanno eccepito la mancata enunciazione di una regola che disciplinasse lo svolgimento del procedimento arbitrale. (*Omissis*).

Prove di elasticità del motivo di impugnazione di cui all'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c.: l'impugnabilità di un lodo *ultra vires*.

1. Con la sentenza in epigrafe ⁽¹⁾, la Corte d'appello di Milano, investita di un'impugnazione di lodo arbitrale, definisce l'incerto ambito applicativo del motivo di cui all'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c., che ammette l'impugnazione per nullità in tutti i casi in cui il lodo ha deciso il merito quando « il merito non poteva essere deciso », adeguando l'indeterminatezza della norma, procurata dalla novella del 2006, alla tassatività del sistema in cui questa è inserita.

La vicenda arbitrale ⁽²⁾, finita all'esame della Corte, principiava da due clausole compromissorie inserite in altrettanti accordi in forza dei quali un padre trasferiva ai due figli, per tramite di una società fiduciaria, la proprietà di un certo numero di azioni, riservandosi il potere di disporre. A seguito di conflitti familiari, il padre dava istruzioni alla società fiduciaria di estinguere i mandati a favore dei figli e intestare a lui medesimo quelle azioni. Alla reazione dei figli, e in forza delle clausole compromissorie contenute nei predetti accordi, il padre avviava l'arbi-

⁽¹⁾ Il primo commento è di MARINUCCI, *I motivi di impugnazione per nullità del lodo arbitrale sotto la lente di ingrandimento della Corte d'appello di Milano*, in fase di pubblicazione.

⁽²⁾ La vicenda arbitrale, anche per la tangibilità dei problemi processual-civilistici che ha posto, tutti insieme, ha stimolato gli autorevoli commenti di COLESANTI, *Notarelle « controcorrente » in tema di arbitrato e litisconsorte necessario*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 4-5, 791 ss.; SASSANI, *Modificazioni della domanda, diritti autodeterminati, litisconsorti necessari*, in questa *Rivista*, 2013, 4, 883 ss.; CONSOLO, *Domande autodeterminate e litisconsorzio necessario nel giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 6, 1406 ss.

trato, sfociante nel lodo scrutinato dalla Corte d'appello, avendo interesse a vedere dichiarato il suo diritto di proprietà su quelle azioni. Egli affermava, in un primissimo momento, di essere sempre stato l'unico ed esclusivo proprietario, allegando, nella fattispecie acquisitiva del diritto di proprietà, la simulazione (soggettiva) dei mandati stipulati tra la fiduciaria e i convenuti. Qualora il collegio arbitrale avesse invece configurato, negli originari accordi, un effettivo, e non simulato, trasferimento fiduciario, l'istante chiedeva, formalizzando tale domanda solo in un secondo momento, sempre l'accertamento del proprio diritto di proprietà ma allegava, come fatto acquisitivo, l'avvenuto (ri)trasferimento del diritto dei figli a lui per effetto dell'esercizio di un diritto potestativo concessogli dagli stessi originari accordi ⁽³⁾.

Il lodo accerta il diritto di proprietà su quest'ultimo fatto costitutivo, ossia sulla modificata *causa petendi*: motivo, questo, per gli impugnanti, di vizio del lodo per ultrapetizione. Essendosi poi accertato il diritto di proprietà in assenza della società fiduciaria, formale intestataria del bene controverso, il lodo sarebbe risultato viziato anche per aver pretermesso un litisconsorte necessario.

Per la Corte d'appello di Milano, investita dell'impugnazione del lodo, entrambe le censure sono astrattamente riconducibili al motivo di cui al n. 4 dell'art. 829, comma 1, c.p.c., nella sua nuova seconda parte, per avere cioè il lodo deciso il merito « in [casi] in cui il merito non poteva essere deciso ».

Qui si intende analizzare, allora, l'estensione applicativa del motivo *in parte qua*, non senza alcune necessarie verifiche preliminari o accessorie.

2. La Corte d'appello di Milano conferma anzitutto l'ambito applicativo del motivo di impugnazione di cui all'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c., prima parte (« se il lodo ha pronunciato fuori dei limiti della convenzione d'arbitrato »).

Per gli impugnanti principali, che invocano il motivo in esame (qui, nella sua prima parte), il collegio arbitrale si sarebbe pronunciato su una domanda esorbitante i limiti oggettivi della clausola compromissoria, tanto che, nel dichiarare il diritto di proprietà, il lodo nemmeno faceva riferimento ai contratti contenenti la clausola ma ad altri negozi.

La Corte giudica l'impugnazione ammissibile, e quindi astrattamente riconducibile al motivo di cui al n. 4 la questione, fermo che tale contestazione non « si risolve nella critica del risultato interpretativo del Col-

⁽³⁾ Nella sentenza trova conferma che quel secondo fatto acquisitivo fosse già stato allegato nella prima memoria e la domanda deducibile formalizzata in un non necessario capo emendativo della seconda memoria. V. CONSOLO, *Domande autodeterminate*, cit., 1407.

legio Arbitrale, dato che prospetta una diversa interpretazione della volontà delle parti, comportante un riesame nel merito ».

Dunque, è di sola infondatezza il giudizio sulla eccezione; perché, si sostiene, se la questione dei limiti della convenzione arbitrale è questione di « competenza » e non di merito, il motivo da invocare quando sia contestata è proprio quello di cui al n. 4. In realtà, il motivo *de quo* menziona precisamente i « limiti della convenzione d'arbitrato » così che la sua invocabilità quando una parte contesti la *potestas iudicandi* degli arbitri asserendo l'esorbitanza del lodo dai limiti della convenzione arbitrale appare testuale e il richiamo alla competenza non necessario ⁽⁴⁾.

Infatti, se la questione dei « limiti della convenzione d'arbitrato » è questione di competenza, allora i giudici d'appello, nell'esaminare tale questione, non « dev[ono] limitarsi al controllo della decisione del Collegio Arbitrale » ma hanno il « potere-dovere di procedere all'apprezzamento dell'attività svolta nel processo dalle parti o dagli arbitri ed all'esame degli elementi di fatto risultanti dagli atti acquisiti al processo stesso, al fine di accertare la sussistenza della dedotta nullità » ⁽⁵⁾, analogamente a quello che la Corte di cassazione, investita del ricorso *ex art.* 360 nn. 1, 2 e 4 c.p.c., ha il potere-dovere di fare ⁽⁶⁾. Si tratta come è stato affermato in uno dei primi commenti, « di una precisazione importante e affatto scontata » ⁽⁷⁾.

Dalla qualificazione in termini di competenza della eccezione d'arbitrato, cui ha aderito la Corte d'appello con la sentenza in epigrafe, viene poi che l'incompetenza, da nullità extra-formale, si converte in nullità formale del lodo, frustrando l'applicazione dell'art. 161, comma 1, c.p.c., che è norma che si applica anche ai lodi arbitrati ⁽⁸⁾, ma che « è destinata a rimanere operante nell'ambito esclusivamente processuale ed è incapace di alterare la natura (eventualmente diversa) delle nullità originariamente verificatesi » ⁽⁹⁾.

⁽⁴⁾ V., sul punto, SALVANESCHI, *Arbitrato*, Bologna, 2014, 556, per la quale « l'avvicinamento della questione relativa alla ripartizione del potere decisorio tra giudice e arbitro alla competenza » non ha un significato tecnico. V., anche, ivi richiamata, IZZO, *Appunti sull'eccezione di compromesso e sulla sentenza che la decide*, in AULETTA, CALIFANO, DELLA PIETRA, RASCIO (a cura di), *Sull'arbitrato*, 2010, 452 ss.

⁽⁵⁾ Cass. civ., 28 marzo 2002, n. 4492; Cass. civ., 8 luglio 1998, n. 4455

⁽⁶⁾ L'associazione al ricorso per cassazione è nella nota di MARINUCCI, *I motivi di nullità*, cit., 17-18. Sul giudice di cassazione come giudice del fatto processuale, v., recentemente, BALENA, *Questioni processuali e sindacato del « fatto » in Cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 3, 2012, 837 ss, che commenta Cass. civ., S.U., 22 maggio 2012, n. 8077.

⁽⁷⁾ Così MARINUCCI, *I motivi di nullità*, cit., 17. Invero, già così, AULETTA, *La nullità del lodo e del procedimento arbitrale nel sindacato della Corte di cassazione*, in *Giust. civ.*, 2005, 6, cit., 1599, con richiamo a Cass. civ., 14 luglio 1983, n. 4832.

⁽⁸⁾ V. Cass. 16 febbraio 2001 n. 2293.

⁽⁹⁾ Così AULETTA, *La nullità del lodo*, cit., 1599, il quale estende l'analisi dei motivi di nullità del lodo e del procedimento al successivo sindacato della Corte di cassazione. La conferma, della diversità di trattamento (anche sotto il profilo della loro sanabilità e assorbibilità nel giudicato) dei vizi indicati dall'art. 829 c.p.c., quindi della loro non omogeneità, pur

3. Lo stesso motivo di impugnazione, ma la sua seconda parte (« se il lodo ha deciso il merito in ogni altro caso in cui il merito non poteva essere deciso ») è invocato dagli impugnanti per dolersi dell'« ultrapetizione » della decisione arbitrale derivante non già dall'aver pronunciato oltre i limiti della convenzione arbitrale, ma dalla violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

La seconda parte della norma, come già detto, è stata introdotta con la novella del 2006, la stessa che mirava a una « razionalizzazione » del mezzo impugnatorio tipico dell'arbitrato.

Anzitutto, pur se entro il medesimo motivo, si è mantenuta la distinzione, e trattazione distinta, tra il caso preesistente al 2006 — e tipico dell'arbitrato — di lodo che decide oltre i limiti della clausola compromissoria (di cui alla prima parte del motivo), dal caso — più generalmente tipico di ogni processo — di pronuncia che, pur entro quei limiti arbitrali, decida il merito in tutti quegli *altri* casi in cui il merito non può essere deciso (di cui alla nuova seconda parte del motivo).

La dottrina si è interrogata sulla portata applicativa di tale nuovo motivo di impugnazione ⁽¹⁰⁾, introdotto entro il motivo di cui n. 4, senza però avere riscontri confirmatori dall'applicazione della nuova norma al caso concreto: a quali « altr[i] » casi si riferisce il motivo? La sentenza in epigrafe sembra fornire una risposta.

La Corte d'appello di Milano, aderendo all'interpretazione della dottrina ⁽¹¹⁾, riconduce infatti alla seconda parte del motivo (almeno) due censure: l'ultrapetizione, dedotta nel procedimento arbitrale, e in cui sarebbe incorso il lodo arbitrale pronunciandosi su domanda nuova, nonché la pretermissione del litisconsorte necessario. Si proveranno ora ad analizzare le ragioni e i limiti di tale riconduzione, trattando separatamente i due casi.

tutti convertendosi in motivi di nullità del lodo, viene anche dal successivo art. 830 c.p.c. V. in generale sulla nullità degli atti processuali, in cui va necessariamente calata la disciplina de qua, ID., Nullità e inesistenza degli atti processuali, Padova, 1999, 189 ss.

⁽¹⁰⁾ Si sono interrogati, MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, cit., 156 ss., che riconduceva al motivo *de quo* « tutte le ipotesi, in cui gli arbitri avrebbero dovuto pronunciare una decisione di inammissibilità in rito anziché decidere il merito della controversia, a causa di una questione processuale impediente » diversa da quelle previste nell'art. 829, comma 1, nn. 1, 2, e 4, prima parte, così, conseguentemente, riconducendovi, tra gli altri, il caso di pretermissione del litisconsorte necessario che abbia stipulato la convenzione arbitrale quindi il caso di non integrità del contraddittorio (il che impone, come nei processi ordinari, ex artt. 354 e 383 c.p.c., la rimessione al primo giudice, come confermato dall'art. 830, comma 2, c.p.c.). Riconduceva lì, allora, anche il caso di lodo viziato da ultra o extrapetizione ma (ci sembra) nella sola ipotesi di pronuncia su domanda non proposta dalle parti. Nel senso che l'evenienza di cui alla nuova seconda parte del motivo è riscontrabile quando vi sono questioni processuali impedienti ma non espressamente nelle ipotesi di ultra o extrapetizione, MENCHINI, *L'impugnazione del lodo rituale*, in questa *Rivista*, 2005, 4, 843 ss., 850. Nello stesso senso, come si leggerà nel testo, anche, CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., 556 ss.

⁽¹¹⁾ V. nota precedente.

4. La Corte d'appello ha ricondotto alla seconda parte del motivo di cui al n. 4 la censura di ultrapetizione, disattendendo l'eccezione di inammissibilità del resistente che si fondava sull'assunto per cui tale motivo « non riguarda la corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato [...] ma la corrispondenza tra il contenuto (o l'ambito) oggettivo del patto compromissorio ed il *decisum* degli arbitri ».

Nell'ammettere l'impugnazione, per poi dichiararla infondata nel merito, la Corte d'appello richiama la dottrina affermando che il motivo di nullità in commento « costituisce una norma di chiusura [...] che ricomprende tutte le ipotesi — non censurabili con altri motivi di impugnazione — in cui gli Arbitri abbiano erroneamente pronunciato per l'accoglimento o il rigetto delle istanze di merito avanzate da una parte nonostante l'insussistenza di un presupposto processuale diverso da quelli considerati nell'elenco del comma 1 dell'art. 829 c.p.c. » per concludere che rientra « indubbiamente » in tali ipotesi anche il caso di lodo viziato da ultrapetizione perché ha ammesso e si è pronunciato su domanda asseritamente nuova.

A nostro avviso una tale conclusione non è così sicura. La processualizzazione dell'arbitrato operata dal legislatore del 2006 troverebbe qui una conferma, e così il *trend* delle recenti pronunce giurisprudenziali che tendono via via ad appiattare l'arbitrato sul processo e sulle sue dinamiche processuali per esigenze che si sono via via imposte. L'avvicinamento dell'arbitrato al processo, specie nei suoi effetti, di per sé senz'altro positivo considerando le tante manchevolezze del primo rispetto al secondo, non deve tuttavia andare a sfavore dell'arbitrato offrendone usi strumentali.

Così, l'ultrapetizione, e la novità di una domanda, che è tale secondo i noti — ma anche complessi, quindi incerti⁽¹²⁾ — criteri processual-civilistici per identificarla, può configurare motivo di nullità del lodo arbitrale solo ove ricorra una delle seguenti condizioni, e ferma la sua deduzione nel procedimento arbitrale: che le parti, titolari delle posizioni sostanziali e, insieme agli arbitri, del procedimento, rimanendo tuttavia le sole depositarie della capacità di prescrivere forme a condizione di validità del lodo, abbiano così voluto e infine imposto anche agli arbitri un calendario scandito da preclusioni (e soltanto allora il lodo sarà impugnabile per il diverso motivo di cui all'art. 829, comma 1, n. 7, c.p.c.)⁽¹³⁾;

(12) V. recentemente e proprio con riferimento alla vicenda arbitrale *de qua*, SASSANI, *Modificazioni della domanda, diritti autodeterminati, litisconsorti necessari*, cit., 883 ss. Sul tema, in generale, dell'ultra e dell'extra-petizione, si veda BARLETTA, *Extra e ultrapetizione. Studi sui limiti del dovere decisorio del giudice*, Milano, 2012.

(13) Nei diagrammi di Eulero-Venn, immaginati dalla dottrina, metteremmo nella prima circonferenza, quella dell'« autonomia delle parti », il potere di fissare regole a condizione di validità del lodo *ex art.* 829, comma 1, n. 7, c.p.c. mentre metteremmo nell'intersezione, tra quella circonferenza e quella dei « poteri degli arbitri », la fissazione delle norme che gli arbitri

oppure, quando, e solo se, venga violato il principio del contraddittorio, ossia quando la parte, « disorientata » dalla novità della domanda, non ha avuto la possibilità di difendersi su quella domanda nel corso del procedimento arbitrale (ma poi il lodo sarà impugnabile per il diverso motivo di cui all'art. 829, comma 1, n. 9, c.p.c.)⁽¹⁴⁾.

Nel caso sottoposto al sindacato della Corte d'appello di Milano l'impugnazione avrebbe dunque potuto essere considerata inammissibile prima ancora che infondata quindi prima ancora di indagare e negare (sul)la novità della domanda.

Se si condivide che il motivo in esame « riveste il carattere di norma di chiusura »⁽¹⁵⁾, non deve però lo stesso aprire a troppo ampie possibilità di impugnazione, anche e soprattutto la sua seconda parte introdotta da una novella che aveva l'obiettivo di razionalizzare l'impugnativa in esame. Se, come osservato, tale motivo copre *tutti* quei casi in cui gli arbitri « abbiano erroneamente pronunciato per l'accoglimento o il rigetto delle istanze di merito avanzate nonostante l'insussistenza di un presupposto processuale diverso da quelli considerati nell'art. 829, comma 1, c.p.c. (quali ad esempio un difetto di interesse ad impugnare, di capacità processuale o di legittimazione ad agire, la pretermissione di uno o più litisconsorti necessari, etc.) » o finanche il caso di « arbitri [che] abbiano pronunciato su di una controversia astrattamente compresa nella convenzione d'arbitrato, ma che le parti non hanno inteso devolvere ad arbitri »⁽¹⁶⁾, non può rientrarvi il caso di arbitri che si pronunciano su domanda (rientrante nella clausola compromissoria, avanzata nella prima memoria ma dall'impugnante ritenuta) nuova quindi inammissibile⁽¹⁷⁾.

Nemmeno, nel caso di specie, la censura era sussumibile entro il motivo di cui al n. 7 non avendo l'impugnante indicato la regola procedimentale, prescritta dalle parti « sotto espressa sanzione di nullità », di cui

debbono seguire nel procedimento ex art. 816-bis c.p.c.. V. F. AULETTA, *Autonomia delle parti, poteri degli arbitri e procedimento arbitrale*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 2, 385 ss.

⁽¹⁴⁾ Così, MARINUCCI, *I motivi di nullità*, cit., 19, pur giungendo l'Autrice a una conclusione in parte diversa.

⁽¹⁵⁾ Così, MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, cit., 156, con espressione ripresa anche dalla sentenza.

⁽¹⁶⁾ Così, CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e del lodo*, cit., 556-557, che accoglie la definizione più ampia di « presupposto processuale ». Quella maggior ampiezza che crediamo sia necessitata in arbitrato dove l'organo espressivo della funzione giurisdizionale non è precostituito: ciò ha delle ricadute anche sotto il profilo degli effetti dell'accertamento della loro sussistenza o insussistenza e in particolare sotto il profilo della loro sanabilità e conversione in motivi di impugnazione. Cfr. *supra* par. 2. Sulla seconda evenienza riportata dall'Autore, quindi sull'esorbitanza della pronuncia dal mandato arbitrale ma entro i limiti della convenzione arbitrale, v. *infra*.

⁽¹⁷⁾ Nella stessa elencazione dell'Autore da ultimo citato, sebbene si tratti di elencazione esemplificativa, manca tale ipotesi. Cfr. AULETTA, *La nullità del lodo*, cit., 1598 ss., il quale, riconduceva, ante riforma, al motivo di cui al n. 4 « l'eccesso di potere giurisdizionale in cui siano incorsi gli arbitri » ma sempre con riferimento all'ipotesi di eccesso di potere rispetto ai limiti della convenzione arbitrale, richiamando Cass. civ., 16 febbraio 2001 n. 2293.

il giudice dell'impugnazione avrebbe dovuto accertare la violazione: ragione che esclude la riconducibilità della censura, anche in astratto, al motivo di cui al n. 7⁽¹⁸⁾. Il calendario dei lavori, e così l'assegnazione dei termini per memorie, erano stati (come da prassi arbitrale) fissati dagli arbitri, e non valga l'argomento — anche ammettendo che un « divieto » di domande nuove e/o di integrazioni di quelle già proposte fosse stato impartito — che gli arbitri hanno fatto proprie le regole volute della parti. Riteniamo infatti che ciò non sia sufficiente a integrare, anche in astratto, il motivo di cui al n. 7⁽¹⁹⁾. Anche tale motivo è stato modificato dal legislatore del 2006, nel senso e nell'ottica di rimuovere l'appiattimento dell'arbitrato sul giudizio ordinario lasciando alle parti la possibilità di « configurare *ex novo* nullità »⁽²⁰⁾. Prima del 2006, invece, la violazione delle regole procedurali fissate dalle parti caducava il lodo solo se dette regole ricalcavano quelle dettate dal legislatore per il processo statale, ma anche allora era necessaria, a configurare la nullità del lodo, una espressa prescrizione delle parti in questo senso, che non era sostituibile con analogia prescrizione degli arbitri⁽²¹⁾.

Alcuni, come il resistente nel caso concreto, arrivano sin a sostenere che all'arbitrato non è riconducibile la censura di *infra* o di *extrapetizione* (o *ultrapetizione*) propriamente dette⁽²²⁾, poiché tali espressioni, che vengono dal processo civile, non si adattano al contesto arbitrale in cui la *potestas iudicandi* degli arbitri, quindi l'esorbitanza di questi rispetto ai limiti della convenzione arbitrale, non va tarata sul principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato (in forza del quale l'attività giurisdizionale del giudice è attività dovuta ed è dovuta nei soli limiti in cui è richiesta)⁽²³⁾ ma sul principio volontaristico, quindi sulla volontà delle

⁽¹⁸⁾ Per MARINUCCI, *I motivi di impugnazione*, cit., l'impugnazione, sussunta entro il motivo di cui al n. 7 sarebbe stata ammissibile, ma infondata. Sul significato di nullità di cui al motivo n. 7, v. *infra*, in nota 21, AULETTA, *La nullità degli atti processuali*, Padova, 1999, 60 ss.

⁽¹⁹⁾ Così, MARINUCCI, *L'impugnazione per nullità del lodo sotto la lente di ingrandimento della Corte d'appello di Milano*, cit., 19.

⁽²⁰⁾ CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., 558.

⁽²¹⁾ Così, CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., 558. La sanzione della nullità è oggi invece rimessa esclusivamente alle parti le quali possono prescrivere « forme » o condotte, anche diverse dal modello legale, la cui inosservanza da parte degli arbitri è sanzionata con la nullità del lodo da accertare con l'impugnazione. Cfr. AULETTA, *La nullità degli atti processuali*, cit., 60 ss., in part. 86, dove l'Autore ben evidenzia la deroga, in arbitrato (come giudizio non pubblico), al principio di legalità cui sottostà la fattispecie dell'atto processuale nullo, la stessa che esalta il principio di legalità nel processo pubblico.

⁽²²⁾ V. BARLETTA, *Extra e ultra petizione*, cit., 8, dove anche la sottile e insicura distinzione tra *extra* ed *ultrapetizione*, la prima delle quali ricorrerebbe quando il giudice si pronunciasse su una « causa » diversa da quella introdotta dall'attore mentre la seconda ricorrerebbe quando la sentenza ecceda il *petitum*.

⁽²³⁾ V. BARLETTA, *Extra e ultra petizione*, cit., 14 ss.

parti espressa nel patto compromissorio ⁽²⁴⁾. Se le parti decidessero, entro i confini della clausola compromissoria, di circoscrivere il mandato affidato agli arbitri (con un *acte de mission* tipico di alcuni arbitrati amministrati, ad esempio) ⁽²⁵⁾ allora, e solo in questo caso, una decisione degli arbitri entro i limiti della convenzione arbitrale, ma esorbitante il mandato assegnatogli, sarebbe riconducibile al motivo in esame. Tuttavia tale ricostruzione non convince.

Quello che forse è possibile affermare, seguendo questo orientamento, è soltanto che, se nel processo ordinario la regola della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato deve essere messa in rapporto *principalmente* al principio della domanda (artt. 99 c.p.c. e 2907 c.c.) e al carattere dispositivo del processo civile dal punto di vista del giudice ⁽²⁶⁾, in arbitrato, e nei limiti della convenzione arbitrale da cui questo origina, tale regola deve invece essere messa in relazione *principalmente* alla garanzia del contraddittorio — ed è nei limiti di questa che è censurabile il suo risultato quando si assuma la violazione di quella regola — dal momento che il processo arbitrale, ancor più di quello ordinario, è « cosa » delle parti e nessun dovere decisorio, almeno *ex lege*, è imposto agli arbitri ⁽²⁷⁾. Il che non vuol dire che l'art. 112 c.p.c., applicazione diretta di un postulato di teoria generale del diritto e del processo, non si applichi all'arbitrato.

Se poi il nuovo motivo introdotto nel 2006 sembrava effettivamente modellarsi e recepire (sul)la legge modello Uncitral, che nel prevedere quattro motivi di impugnazione ⁽²⁸⁾, col tentativo di uniformare le legislazioni nazionali, ammette l'impugnazione del lodo che « *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* », a ben vedere non è così. Il motivo introdotto dalla riforma italiana del 2006 non rispecchia quel modello — che sanziona l'eccesso di potere in base al mandato arbitrale (*terms of submission*) e non alla clausola compromissoria (*arbitration agreement*) — ma, come osservato, « fa da *pendant* » al motivo di cui al n. 10 che consente di impugnare il lodo « se il lodo conclude il procedimento senza decidere il merito della controversia e il merito doveva essere deciso », entrambi

⁽²⁴⁾ Così, seppur con riferimento all'arbitrato internazionale, LATTANZI, *L'impugnativa per nullità*, Milano, 1989, 252. V., sul tema e dove il richiamo, ATTERITANO, *Arbitrato estero*, in *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile (Aggiornamento 3)*, Torino, 78 ss.

⁽²⁵⁾ V. ATTERITANO, *Arbitrato estero*, cit., par. 15.

⁽²⁶⁾ Così, testualmente, BARLETTA, *Extra e ultra petizione*, 10, e la dottrina prevalente e giurisprudenza prevalenti li ampiamente richiamate.

⁽²⁷⁾ V. CAVALLINI, *Eccezioni rilevabili d'ufficio e struttura del processo*, Napoli, 2003, 3 ss.

⁽²⁸⁾ Che riflettono i motivi di cui all'art. V della New York Convention cioè i motivi per rifiutare il riconoscimento e l'esecuzione di un lodo straniero. Così, *Explanatory Note by the Uncitral Secretariat on the Model Law on International Commercial Arbitration*.

coprendo errate valutazioni circa la sussistenza o insussistenza delle condizioni di decidibilità del merito, valutazioni tipiche del processo civile ma imprescindibili anche di quello arbitrale, e non altrove censurate ⁽²⁹⁾.

5. Se le parti non hanno prescritto forme a pena di nullità (il che esclude l'invocabilità del motivo di cui al n. 7), l'ultrapetizione è allora censurabile solo quando venga palesando una violazione del principio del contraddittorio in senso dinamico, quindi invocando l'art. 829, comma 1, n. 9, c.p.c., e non già una violazione del principio del contraddittorio in senso statico, impediente la decidibilità nel merito, riconducibile (solo questa seconda) al motivo di cui al n. 4 ⁽³⁰⁾.

Ciò, come già osservato, ha delle conseguenze anche sugli effetti dell'impugnazione: ai sensi della distinzione operata dall'art. 830, comma 2, c.p.c. se il lodo è annullato per il più grave motivo di cui al n. 4, la Corte d'appello, investita dell'impugnazione, deve limitarsi ad annullare il lodo essendo alla stessa precluso l'esame nel merito di una decisione manchevole di un primo grado a contraddittorio integrato; mentre se il lodo è annullato per il motivo di cui al n. 9, la Corte d'appello può decidere nel merito alla luce delle doglienze mosse dalla parte che li assume la violazione del contraddittorio ⁽³¹⁾.

Il principio del contraddittorio, nella sua accezione dinamica, può essere invocato quando si assuma la novità di una domanda, rispetto a quella introdotta con domanda di arbitrato e individuante il *thema decidendum*, e ciò a prescindere dalla prescrizione delle parti di osservare determinate forme sotto espressa sanzione di nullità del lodo: il contraddittorio, infatti, deve « in ogni caso » essere garantito. Lo conferma l'art. 816-*bis* c.p.c. che lascia parti e arbitri liberi di regolare lo svolgimento del procedimento arbitrale nel modo che ritengono più opportuno ma « in ogni caso » arbitri (e parti, ndr) devono « attuare il principio del contraddittorio, concedendo ragionevoli ed equivalenti possibilità di difesa ». Da qui la riconducibilità in astratto della censura mossa nel caso di specie al motivo in esame ⁽³²⁾.

In definitiva, si è tentato di dimostrare che se la Corte d'appello avesse ritenuto il vizio di ultrapetizione non sussumibile entro il motivo di cui al n. 4, dichiarando quell'impugnazione inammissibile, ma solo entro il motivo di cui al n. 9 ⁽³³⁾, nemmeno si sarebbe dovuta interrogare circa la

⁽²⁹⁾ Così, CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., 557.

⁽³⁰⁾ Così MARINUCCI, *I motivi di nullità*, cit., 19.

⁽³¹⁾ Così, MARINUCCI, *I motivi di nullità*, cit., 19.

⁽³²⁾ La Corte d'appello di Milano giudica poi infondata la censura dopo aver appurato che nel caso concreto non vi fosse stata alcuna lesione del principio del contraddittorio.

⁽³³⁾ Dimostrazione che perde, almeno in parte, di consistenza se si ritenesse applicabile all'impugnazione per nullità, quale giudizio « a critica vincolata », il principio affermato da Cass. civ., S.U., 24 luglio 2013, n. 17931, espressione di quello « iura novit curia » e di quello di « effettività » della tutela giurisdizionale, per cui la Corte può riquilibrare il motivo invocato.

domanda su cui si sono pronunciati gli arbitri: se, cioè, fosse formalmente nuova, limitandosi piuttosto a verificare se, nel caso concreto, vi fosse stata una lesione del *principio* del contraddittorio, verifica che, in arbitrato, può forse prescindere — almeno se si crede alla non riconduzione dell’ultrapetizione nel motivo di cui al n. 4 — da una rigorosa analisi sulla modificazione della domanda, salvo che le parti stesse non abbiano imposto quel maggior rigore prescrivendo forme a pena di nullità. Sufficiente sarebbe stato verificare *quando* quella domanda è stata proposta (in che fase del procedimento arbitrale) e *se* la parte contro cui è stata proposta ha avuto il tempo di contraddire alla stessa ⁽³⁴⁾.

Si potrebbe allora individuare, anche a livello normativo, un nucleo di norme processuali, per loro natura meno vaghe di un principio, costituenti il *minimum* di contraddittorio richiesto *dal* processo *all’*arbitrato perché il suo risultato non sia censurabile, col rischio che questo esercizio riconduca viziosamente all’inizio ossia a quella eccessiva processualizzazione dell’arbitrato non rispondente forse alla volontà delle parti ⁽³⁵⁾, ma rispondente crediamo alla superiore esigenza di prevedibilità (almeno) processuale che dovrebbe caratterizzare anche l’ambiente arbitrale ⁽³⁶⁾.

⁽³⁴⁾ Che lo *standard* di contraddittorio in arbitrato sia più basso, si evince ad esempio dal fatto che, come stato già osservato, gli arbitri, nell’attuare il contraddittorio sulle questioni rilevabili d’ufficio, non devono seguire le forme di cui all’art. 101, comma 2, c.p.c. Così CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit. 561. Sul tema, e nel senso del testo, e cioè che nel processo arbitrale, per sua natura privo di formalismi e caratterizzato da un alto tasso di flessibilità, sia sufficiente il rispetto di un « contenuto minimo del contraddittorio », LAUDISA, *L’arbitrato e il principio del contraddittorio*, in *Giusto proc. civ.*, 2007, 2, 373 ss., 386, la quale efficacemente riempie quel contenuto minimo individuando casi macroscopici di violazione del contraddittorio.

⁽³⁵⁾ L’esercizio è stato fatto in dottrina, tra gli altri, da LAUDISA, *L’arbitrato e il principio del contraddittorio*, cit., 373 ss. Sulla processualizzazione dell’arbitrato, v. anche, di utile comparazione, l’art. 1464 CPC francese che, per l’arbitrato interno, ferma la facoltà di parti e arbitri di « détermine[r] la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques », non si limita a richiamare il principio del contraddittorio (come fa invece per l’arbitrato internazionale stabilendo, all’art. 1510 CPC, che) ma richiama i principi « directeurs du procès » che devono trovare in ogni caso applicazione anche nel processo arbitrale con espresso, e non troppo faticoso, rinvio normativo (ai principi « énoncés aux articles 4 à 10, au premier alinéa de l’article 11, aux deuxième et troisième alinéas de l’article 12 et aux articles 13 à 21, 23 et 23-1 »). I principi lì affermati sono il principio dispositivo (artt. 4-9 NCPC), il principio del contraddittorio in tutte le sue declinazioni (artt. 14-17), il potere del giudice di ordinare tutte le misure istruttorie ammesse dalla legge (art. 10), l’obbligo delle parti di concorrere alla produzione delle misure istruttorie (art. 11, co. 1), la facoltà per il giudice di invitare le parti a fornirgli le spiegazioni di diritto che ritiene necessarie alla soluzione della lite (art. 13), il diritto di difesa e la facoltà degli arbitri di tentare la conciliazione delle parti (artt. 18-21) e, dopo la riforma del 2011 (quindi da questa aggiunti), il principio *iura novit curia* (art. 12) e la regola che esime il giudice-arbitro dal ricorso a un interprete quando questi conosca la lingua con cui si esprimono le parti (art. 23). Si è assistito dunque, con l’ultima riforma, a una seppur minima processualizzazione dell’arbitrato, v., sub. artt. 1464 e 1510 CPC, DE SANTIS, WINKLER, *La riforma francese del diritto dell’arbitrato: un commento sistematico, Parte prima, La convenzione d’arbitrato e il procedimento arbitrale*, in *Dir. comm. int.*, 2011, 958 e, ID., *La riforma francese. Parte seconda*, cit., 90.

⁽³⁶⁾ Questa conclusione viene anche dopo aver ascoltato la relazione di COSTANTINO, *Prevedibilità delle decisioni*, al convegno su *La trasparenza nel processo civile*, svoltosi a Milano

E, del resto, e più in generale, come è vero che il rispetto del principio di preclusione e la garanzia del contraddittorio non inducono a ritenere che dato il primo vi sia anche quello della seconda, così la garanzia del contraddittorio non si ha solo se è stato rispettato il principio di preclusione ⁽³⁷⁾.

6. La Corte d'appello con la sentenza in epigrafe riconduce alla seconda parte del motivo di cui al n. 4, e cioè a « ogni *altro* caso » in cui gli arbitri hanno deciso il merito ma il merito non doveva essere deciso, anche la pretermissione del litisconsorte necessario, lamentata dall'impugnante.

Tale ricostruzione, anche alla luce di quanto detto *supra*, e cioè alla riconducibilità al motivo in esame di tutte quelle ipotesi che ostano alla decidibilità nel merito della controversia anche in arbitrato, è da condividere. La pretermissione del litisconsorte necessario palesa una violazione del contraddittorio in senso statico, da qui la sua riconducibilità al motivo di cui al n. 4, dal momento che impedisce al terzo di partecipare al processo e impone, ove accertata, la rinnovazione dell'attività svolta in sua assenza, come prescrive l'art. 830, comma 2, c.p.c., per il motivo di cui al n. 4, quando il lodo sia annullato.

La Corte ha poi giudicato, ancora alla luce del duplice scrutinio cui soggiace l'impugnazione per nullità del lodo arbitrale, *infondata* l'impugnazione perché ha deciso il merito quando il merito non poteva essere deciso. La Corte afferma che nel caso di specie non si versa in una situazione di litisconsorzio necessario in quanto l'accertamento richiesto agli arbitri era relativo a un rapporto intercorrente tra le parti dell'arbitrato, mentre l'accertamento nei confronti del terzo, nel contesto della simulazione soggettiva, risultava meramente incidentale ⁽³⁸⁾. Tale argomentazione consente, come già notato, alla Corte d'appello di non prendere posizione sulla complessa questione dell'intervento del litisconsorte

il 5 febbraio 2015, che ha sottolineato la differenza tra prevedibilità processuale e prevedibilità sostanziale, quindi la imprescindibilità della prima in qualsivoglia processo, che sia tale, che conferma le necessità di una seppur minima processualizzazione anche in arbitrato. V. nota precedente dove il modello francese.

⁽³⁷⁾ Così anche LAUDISA, *L'arbitrato e il principio del contraddittorio*, cit., 373 ss. V., in tema, tra le tante, Cass. civ., 7 marzo 2007, n. 5274; ma anche, con esatto riferimento alle « preclusioni », Cass. civ., 7 febbraio 2007, n. 2717. Si vedano anche i regolamenti delle principali istituzioni arbitrali, come quello della Camera Arbitrale di Milano che contiene una norma (art. 27) che non esclude l'ammissibilità di domande nuove consentendo « [a]l Tribunale Arbitrale, sentite le parti, [di] decide[re] sull'ammissibilità di domande nuove, tenuto conto di ogni circostanza, incluso lo stato del procedimento ») con la sola preclusione, contenuta in altra norma regolamentare (art. 28.3), che « [d]opo la chiusura dell'istruzione, le parti non possono proporre nuove domande, compiere nuove allegazioni, produrre nuovi documenti o proporre nuove istanze istruttorie, salva diversa determinazione del Tribunale Arbitrale ».

⁽³⁸⁾ Come rimarca il parere *pro veritate* che la Corte d'appello fa proprio con la sentenza in epigrafe. V. CONSOLO, *Domande autodeterminare e litisconsorzio necessario*, cit., 1410.

necessario non paciscente in arbitrato, mancandone il presupposto applicativo (39).

7. La Corte d'appello inoltre circoscrive il concetto (elastico, anche questo) di ordine pubblico

La posizione merita di essere condivisa. L'impugnazione per nullità, mezzo di impugnazione tipico dell'arbitrato e tendente a garantire una certa stabilità al lodo arbitrale, esclude di regola un riesame nel merito della causa assumendo che la stessa sia stata ben istruita e decisa dagli arbitri scelti dalle parti e dal « loro » diritto. Ciò è ancor più vero quando, come nel caso di specie, l'arbitrato è d'equità, cioè quando la soggettività è ancora accentuata e la non impugnabilità del lodo per violazione delle regole di diritto insita nella stessa scelta dell'equità in luogo del diritto (40).

La Corte d'appello non giunge allora (sino) a pronunciarsi sulla eleggibilità dei principi d'ordine pubblico, ritenuta l'impugnazione inammissibile prima ancora che infondata, per il sol fatto che tramite essa si « tende in realtà ad ottenere un riesame » nel merito precluso nella fase rescindente dell'impugnazione (41). Tale doppio scrutinio, e conseguente arresto al primo filtro, anche laddove sia invocata la violazione dell'ordine pubblico e indicato il principio violato, ci appare comunque adeguato impedendo che il motivo in esame sia stabilmente invocato « per tentare di gravare comunque il contenuto del lodo » dopo che questo, *ex lege* o per volontà delle parti affidatesi all'equità degli arbitri, non è impugnabile per violazione di norme di diritto (42).

Il richiamo a « principi fondamentali » non sembra allora più essere

(39) V. MARINUCCI, *I motivi di nullità*, cit., 23. Da cui il dialogo tra COLESANTI, *Notarelle « controcorrente »*, cit., 791 ss.; SASSANI, *Modificazioni della domanda, diritti autodeterminati, litisconsorti necessari*, cit., 890 ss.; CONSOLO, *Domande autodeterminate e litisconsorzio necessario nel giudizio arbitrale*, cit., 1410 ss.

(40) Si veda, sul punto, BRIGUGLIO, *Arbitrato rituale ed equità*, in questa *Rivista*, 1996, 2, 267 ss., 277, il quale sottolinea la concezione « soggettivistica » dell'equità. Si veda anche BROGGINI, *L'equità nell'arbitrato commerciale internazionale*, in *Riv. trim. dir e proc. civ.*, 1994, 1133 ss., il quale giunge sin ad affermare che l'arbitrato sia sempre di equità, equità che sarebbe insita nella stessa scelta arbitrale. V. *infra*. Va considerato che, con la novella del 2006, il legislatore ha svincolato i due concetti non escludendo che anche il lodo di equità sia impugnabile per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia purché tale impugnazione sia espressamente disposta dalle parti. Sull'eliminazione del riferimento della decisione secondo equità come causa di esclusione della censurabilità del lodo per il motivo di cui all'art. 829, comma 3, c.p.c., v. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, cit., 248 ss. Nel senso del testo, ossia che nell'opzione per l'equità sia insita la rinuncia all'impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia, AULETTA, *Sub art. 822*, in MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 2007, 403 ss., 406.

(41) Così MARINUCCI, *I motivi di nullità*, cit., 23.

(42) Così, SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 914, la quale sottolinea la facile strumentalizzazione del motivo da parte della parte soccombente.

sufficiente a fondare un'impugnazione di lodo per violazione dell'ordine pubblico: del resto, il legislatore delegato, nell'attuare la delega *in subiecta materia*, non ha mantenuto la formula del delegante limitando la controllabilità del lodo « al contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico » — riecheggiando peraltro, tale espressione, quella utilizzata dal legislatore nell'art. 339 c.p.c. a proposito dei motivi d'appello nei confronti delle sentenze equitative del giudice di pace ⁽⁴³⁾ — ma alla « contrarietà all'ordine pubblico » che è formula non equivalente ⁽⁴⁴⁾.

Col chiaro messaggio, lasciato dalla Corte d'appello milanese, che se le parti (che hanno, in arbitrato, questo potere pur ponendosi il suo esercizio in antitesi rispetto alla stessa scelta arbitrale), dopo il 2006, intendono garantire alla pronuncia arbitrale più ampie possibilità impugnatorie, con la previsione di un riesame nel merito da parte dei giudici, devono espressamente prevedere, sin dalla clausola, la possibilità di impugnare il lodo per violazione delle regole di diritto e/o, coerentemente, non lasciare agli arbitri la possibilità di correzione di queste per via dell'equità, non « svaporando » esse stesse le possibilità impugnatorie.

8. Con la sentenza in epigrafe, la Corte d'appello di Milano applica la regola espressa nell'art. 829, comma 2, c.p.c. Tale norma processuale positivizza la regola dell'*estoppel* caratterizzante universalmente l'arbitrato quale moderna versione del principio « *non concedit venire contra factum proprium* » ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴³⁾ Come formulato tenendo conto dell'insegnamento della Corte Cost. nella sentenza 6 luglio 2004 n. 206 che ha dichiarato l'incostituzionalità del secondo comma dell'art. 113 c.p.c. nella parte in cui non prevede che il giudice di pace debba osservare i principi « informativi » della materia pur tuttavia richiamando il legislatore, nella norma succitata, principi « regolatori ». V. anche Cass. civ., 11 gennaio 2005, n. 382. Pur non essendo gli arbitri, chiamati a giudicare seconda equità, soggetti a tali principi « regolatori » in quanto non obbligati *ex lege* a decidere secondo equità (ma su mandato delle parti) e non « soggetti soltanto alla legge », tuttavia la succitata sentenza della Corte forse pone il giusto limite alla discrezionalità anche degli arbitri perché se il giudizio di equità non può essere un giudizio extra-giuridico nelle liti di scarso rilievo (come da monito della Corte cost.), a maggior ragione non dovrebbe esserlo nell'arbitrato dove le questioni sono più complesse e di valore ben superiore. V., in questo senso, TENELLA SILLANI, *L'arbitrato di equità. Modelli, regole, prassi*, Milano, 2006, in part. 360 ss., la quale, tuttavia, dopo una profonda analisi del concetto di equità (concludente nel senso dell'insensatezza nichilistica di tale concetto), esclude anche questa seppur minima forma di oggettivizzazione. Torna poi anche qui il problema della totale (im)prevedibilità del processo arbitrale, qui sotto il profilo sostanziale, v. COSTANTINO, cit., nota 36.

⁽⁴⁴⁾ Così, TOMMASEO, *Le impugnazioni del lodo arbitrale nella riforma dell'arbitrato*, in questa *Rivista*, 2, 2007, 199; contra MENCHINI, *Impugnazioni del lodo*, cit., 858 ss.

⁽⁴⁵⁾ Per una distinzione tra la regola dell'*estoppel*, ripresa dall'arbitrato internazionale, e quella, più classica, della rinuncia, quindi sulla loro concreta applicazione, v. Cour de cassation (1re Ch. civ.), con nota di PINSOLLE, in *Rev. arb.*, Volume 2005, Issue 4, pp. 994-1010. Dalle corti francesi sono infatti principi molto utilizzati per dichiarare i *recours* irricevibili. L'Autore, nell'annotare la sentenza, tuttavia, osserva anche come « la règle de l'*estoppel*, que le droit français vient d'accueillir, ne soit utilisée de manière immodérée pour sanctionner toute incohérence dans le comportement d'une partie ». V. *infra*. Sul più ampio tema, da adattare al contesto arbitrale, oggetto di recente dibattito in dottrina, del principio di preclusione e

Per la Corte l'art. 829, comma 2, c.p.c. trova applicazione quando si deduca, avanti al giudice dell'impugnazione, la violazione del principio del contraddittorio nel corso del procedimento arbitrale, quindi la nullità derivata del lodo per quel motivo. La parte lesa da quella violazione non può per il medesimo motivo impugnare il lodo se « non ha eccepito la violazione di [quella] regola », ossia, nel caso concreto, la difettata enunciazione dei criteri generali di giudizio e la mancata provocazione del contraddittorio su questi, nel corso del procedimento arbitrale, pena l'inammissibilità dell'impugnazione ⁽⁴⁶⁾.

L'idea di fondo della Corte, in linea del resto col dato normativo, ossia con l'art. 829, comma 2, c.p.c., è che se il motivo di nullità, a prescindere dal suo contenuto (non contenendo, la norma da ultimo richiamata, eccezioni) ma purché eccepibile, non è eccepito nel corso del procedimento arbitrale, non può fondare un motivo di impugnazione. Che ad essere invocato, in fase di impugnazione, sia un principio di ordine pubblico processuale, come quello del contraddittorio, non vale *ex se* ad escludere l'applicazione della succitata preclusione ⁽⁴⁷⁾.

La conferma di tale nuova conclusione, cui perviene la Corte d'appello di Milano, viene dalle giurisdizioni più avanguardiste in materia di arbitrato, anche internazionale, come quella francese, che, nel limitare la censurabilità della *sentence arbitrale*, riconoscono che la regola dell'*estoppel* trovi applicazione anche quando il lodo venga impugnato perché « [l]e principe de la contradiction n'a pas été respecté », anche facendo leva sul dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto d'arbitrato e della

dell'autoresponsabilità delle parti, in dottrina italiana, v., per tutti, MENCHINI, *Principio di preclusione e autoreponsabilità*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, 4, 979 ss.

⁽⁴⁶⁾ Qui la « inammissibilità » pronunciata dalla Corte d'appello non deriva da una valutazione di non astratta riconducibilità della censura a uno dei motivi di impugnazioni *ex art.* 829, comma 1, c.p.c. (come nei casi *supra*), ma dalla carenza di potere di impugnare derivante dalla insussistenza della condizione posta dall'art. 829, comma 2, c.p.c., e cioè l'aver sollevato l'eccezione nel corso del procedimento arbitrale. V. sull'inammissibilità nell'impugnazione del lodo arbitrale, BOCCAGNA, *L'impugnazione del lodo*, cit., 87 ss.

⁽⁴⁷⁾ Nel senso che la violazione del principio del contraddittorio *non* è subordinata alla preclusione di cui all'art. 829, comma 2, c.p.c., « in ragione della natura assoluta della nullità cui detta violazione dà luogo », MARINUCCI, *I motivi di nullità*, cit., 22. Si veda, nel senso del testo e della sentenza, l'analisi di CADIET, *La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale*, in *Rev. arb.*, 1996, Issue 1, pp. 3-38, dove, ancor prima della consacrazione del principio nell'art. 1466 *CPC*, fa un'analisi della giurisprudenza in un senso e nell'altro, per trarne che « il n'est pas distingué selon la nature ou le type d'irrégularité susceptible d'être ainsi couverte par la renonciation implicite des parties à l'arbitrage, irrégularité d'intérêt privé ou irrégularité d'ordre public ». L'Autore pur partendo dalla soluzione di principio per cui « on ne peut renoncer à ce dont on ne peut disposer » afferma che « le recours à l'arbitrage comporte l'obligation pour les parties, comme pour les arbitres, de coopérer au prononcé d'une sentence susceptible d'être exécutée o, ne pas soulever immédiatement une irrégularité de façon à s'en réserver le bénéfice ultérieur, c'est manquer à la loyauté contractuelle ».

convenzione arbitrale, quindi facendo prevalere qui le origini contrattuali dell'arbitrato sulle sue finalità giurisdizionali ⁽⁴⁸⁾.

Ma anche obliterando il riferimento alla buona fede, che in fondo non può giustificare troppo ⁽⁴⁹⁾, e restando entro il nostro sistema, la regola dell'*estoppel* a ben guardare reitera per l'arbitrato la regola di cui all'art. 157, commi 2 e 3, c.p.c. in tema di nullità degli atti processuali nonché quella dell'art. 161, comma 1, c.p.c. ⁽⁵⁰⁾, oltre a essere espressione di quella coerenza processuale che il legislatore si è preoccupato di garantire (anche qui) con la previsione di una preclusione ⁽⁵¹⁾. E come generale è l'ambito applicativo del principio posto dall'art. 157, commi 2 e 3, c.p.c., generale, e sufficientemente definito, è l'ambito applicativo della preclusione *de qua*, ovviamente escludendo che questa possa trovare applicazione per le nullità che colpiscono direttamente e solo il lodo arbitrale (come quelle sub nn. 4, 5, 10, 11 e 12) ⁽⁵²⁾. Il fatto che poi, per alcuni vizi (come per i vizi di cui ai nn. 1, 2, 4, 6 e 7 che, nell'imporre oneri alle parti, già avvertono dell'effetto preclusivo), la (ri)affermazione di una « clausola generale di sanatoria » possa apparire ridondante, non può che confermare la sua generale applicabilità ⁽⁵³⁾.

La Corte d'appello di Milano ha mostrato, con la sentenza in epigrafe, come quella regola dovrebbe essere applicata dal giudice dell'impugnazione per censurare impugnazioni dilatorie e incoerenti, per questa via garantendo al lodo quella maggiore stabilità che lo dovrebbe distinguere dalla sentenza statale. Tale utilizzo crediamo tuttavia non possa essere immoderato ⁽⁵⁴⁾: verrebbe infatti obliterato l'*incipit* della norma che, nell'ammettere l'impugnazione per nullità in casi tassativamente indicati,

⁽⁴⁸⁾ In questo senso v. Cass., 1re civ., 28 marzo 2008, in *Rev. arb.*, 2008, 345 ss.; App Paris, 31 gennaio 2008, *ibid.*, 2008, 487 ss. La norme francesi di riferimento sono l'art. 1492 *CPC*, motivo n. 4, che ammette l'impugnazione del lodo per violazione del principio del contraddittorio, nonché l'art. 1466 *CPC* (omologo del l'italiano art. 829, comma 2, c.p.c.), introdotto con l'ultima riforma che ha codificato il principio dell'*estoppel*. Sull'*estoppel*, come codificato dall'ultima riforma francese, JARROSSON, PELLERIN, *Le droit français*, cit., 27; GAILLARD, DE LAPASSE, *Commentaire analytique*, cit., 292, che, con riferimento all'art. 1466 *CPC*, parlano di « consécration du nouveau principe, celui de l'*estoppel* ou de cohérence ».

⁽⁴⁹⁾ Cessando del resto il dovere di buona fede con l'emissione della pronuncia arbitrale, per PINSOLLE, 1004-1005, per il quale, se così non fosse, si arriverebbe all'estremo di ritenere che il fatto stesso di impugnare sarebbe contrario a buona fede.

⁽⁵⁰⁾ Nel senso che l'art. 829, comma 2, c.p.c. è un'applicazione diretta dell'art. 157, commi 2 e 3, c.p.c., CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit. 524 e 546; nello stesso senso MENCHINI, *L'impugnazione del lodo*, cit., 854.

⁽⁵¹⁾ Sulla nozione di preclusione, v. VERDE, *Diritto processuale civile*, Bologna, 2012, I, 252.

⁽⁵²⁾ Così, CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., 547; MENCHINI, *L'impugnazione del lodo*, cit., 855.

⁽⁵³⁾ Per CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, cit., 548, il ribadito principio « in un'ottica di massima protezione del lodo, vuole probabilmente imporre [...] che la deduzione con cui la parte reagisce alla violazione della norma processuale deve essere pressoché subitanea ».

⁽⁵⁴⁾ V. *supra* nota 45.

afferma anche che questa è consentita « nonostante qualunque preventiva rinuncia », rinuncia che, pur quando incoerente, non vale di per sé a escludere l'ammissibilità dell'impugnazione.

MICHELA DE SANTIS