

MAURO RUBINO-SAMMARTANO

IL DIRITTO DELL'ARBITRATO (INTERNO)

Seconda edizione



CEDAM

CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

1994

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© Copyright 1994 by CEDAM - Padova

ISBN 88-13-19049-2

A norma della legge sul diritto d'autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro.

Stampato in Italia - Printed in Italy

Centrofotocomposizione Dorigo - Padova
Grafiche TPM s.r.l. - Padova

qualificato come atto di giurisdizione volontaria, e l'attività dell'arbitro è priva di per sé, come il parere di un privato, di alcuna efficacia obbligatoria.

Secondo poi lo stesso Rocco ⁽⁶⁾ e Satta ⁽⁷⁾ compromesso e transazione hanno, in sostanza, identica natura.

In senso conforme è *Soc. Appalti Costruz. Impianti c. Enel* ⁽⁸⁾

«Il procedimento arbitrale, sostitutivo del giudizio ordinario, acquista natura giurisdizionale solo in via riflessa, a seguito del decreto del pretore che conferisce al lodo efficacia di sentenza».

Per la teoria contrattualistica quindi l'attività degli arbitri non può assumere mai rilevanza processuale.

2.2. Teoria processualistica

Alla visione privatistica, che relega il procedimento arbitrale nella sfera contrattuale, si oppone energicamente la teoria processualistica, che ha in Mortara ⁽⁹⁾ il suo principale sostenitore. Per essa se la convenzione arbitrale è un negozio di diritto privato, il quale produce effetti processuali, invece la fonte del potere degli arbitri, prima ancora della volontà delle parti, è la volontà della legge che consente appunto alle parti di dare ad esso vita.

Tali rilievi sono stati poi sviluppati sino ad affermare con Amar ⁽¹⁰⁾ che la procedura arbitrale è un vero e proprio giudizio, e gli arbitri sono dei giudici; secondo Codovilla ⁽¹¹⁾ si deve parlare di una giurisdizione arbitrale, mentre Fedozzi ⁽¹²⁾ considera la decisione degli arbitri alla stregua di una sentenza di mero accertamento che il pretore trasforma in una sentenza di condanna.

E così ormai lontana l'affermazione di Ghirardini ⁽¹³⁾ che il lodo è un

⁽⁶⁾ Rocco, *Sentenza civile*, Torino 1906, p. 167.

⁽⁷⁾ SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1931, p. 152.

⁽⁸⁾ Coll. Arb. 10 marzo 1962, in *Arch. Giur.* 1982, III, 84.

⁽⁹⁾ MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura*, Milano, 1923, III, n. 34.

⁽¹⁰⁾ AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, Torino, 1879, p. 36.

⁽¹¹⁾ CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino 1915, p. 13.

⁽¹²⁾ FEDOZZI, *L'arbitrato nel diritto processuale civile internazionale*, Palermo 1908, p. 19.

⁽¹³⁾ GHIRARDINI, *Sull'arbitrato nel diritto processuale civile internazionale* in *Riv. Dir. Civ.* 1910, p. 84.

CAPITOLO II

NATURA DELL'ARBITRATO

SOMMARIO: 2.1. Teoria contrattualistica. - 2.2. Teoria processualistica. - 2.3. Posizione intermedia di Carnelutti. - 2.4. La Novella del 1983. - 2.5. Permanenza di contrasti malgrado la Novella. - 2.6. La riforma del 1994.

La *doppia anima* dell'istituto arbitrale, ossia il suo trarre da un lato origine da una convenzione delle parti e il suo concludersi dall'altro con un provvedimento simile a una sentenza è munito dell'esecuzione, ha fatto sì che venisse data prevalenza a volte all'aspetto contrattuale (e da qui la teoria contrattualistica o privatistica), e a volte all'aspetto processuale (e da qui la teoria processualistica o pubblicistica).

2.1. Teoria contrattualistica

Secondo la teoria contrattualistica, della quale Chiovenda ⁽¹⁾ è il principale esponente, l'istituto arbitrale è del tutto sprovvisto di contenuto giurisdizionale. Gli arbitri potrebbero solo predisporre il «materiale logico» della sentenza, il quale resterebbe nella sfera dell'attività privatistica e che il pretore trasformerebbe poi, attraverso il decreto di esecutorietà, in una sentenza la quale consisterebbe nella sommatoria di un giudizio logico e di un comando. Sostanzialmente nella stessa direttrice si collocano Calamandrei ⁽²⁾, Betti ⁽³⁾, Lipari ⁽⁴⁾, e più recentemente Rocco ⁽⁵⁾ per il quale il decreto del pretore va

⁽¹⁾ CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1935, I, p. 70.

⁽²⁾ CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, in *Riv. Dir. Proc.* 1924, I, 247.

⁽³⁾ BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma 1936, p. 37.

⁽⁴⁾ LIPARI, *Considerazioni sul tema degli arbitri e degli arbitraggi*, in *Annali Università di Messina*, 1931-32, p. 6, 13.

⁽⁵⁾ Rocco, *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, 1966, I, p. 45.

«atto giurisdizionale in potenza».

Secondo la teoria processualistica gli arbitri quindi, contrariamente alla teoria privatistica, svolgono un'attività giurisdizionale.

In tal senso è *Uff. Imposte Dirette Roma c. Granito* ⁽¹⁴⁾

«I collegi arbitrali sono organi di giurisdizione civile ordinaria, aventi, nella speciale materia, gli stessi poteri del giudice civile ordinario, esclusi quelli vietati dagli artt. 806 e 818 cod. proc. civ.».

qualificazione ribadita della Corte Regolatrice in *Acquedotto Municipale Catania c. Soc. Italiana Lavori e Progetti* ⁽¹⁵⁾

La competenza arbitrale viene assorbita ed esclusa da quella ordinaria, che deve prevalere, non essendo ammissibile il simultaneo intervento di due diversi organi giurisdizionali su questioni connesse.

2.3. Posizione intermedia di Carnelutti

Tra tali opposte opinioni si colloca Carnelutti ⁽¹⁶⁾ il quale, rilevato da un lato che la decisione degli arbitri non è una sentenza in quanto essa abbisogna del decreto di esecutorietà (non solo per essere esecutiva ma ancor prima per essere obbligatoria), e dall'altro che arbitri e giudice concorrono alla formazione della decisione della controversia, ha evidenziato che la sentenza è costituita sia dal lodo che dal decreto del pretore, e che, nel procedimento arbitrale, il giudice è costituito sia dall'arbitro che dal pretore. La sentenza arbitrale va così, secondo esso, qualificata come un *atto complesso ineguale*, al quale contribuiscono sia il lodo che il decreto di esecutorietà ⁽¹⁷⁾.

Di tale guisa, unendo il rilievo – tratto dall'insegnamento di Mortara – che la fonte del procedimento arbitrale è anzitutto la legge alla riflessione che il procedimento si conclude con una sentenza, dovuta sia agli arbitri che al pretore, Carnelutti equilibra felicemente le due contrapposte opinioni.

⁽¹⁴⁾ Commiss. Trib. II grado Roma, 19 novembre 1984, in *Tem. Romana* 1984, 913.

⁽¹⁵⁾ Cass. 22 ottobre 1991 n. 11197 *Foro it.* 1991, I, 701.

⁽¹⁶⁾ CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, in *Riv. Dri. Comm.* 1961, I, p. 3741.

⁽¹⁷⁾ CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, cit. p. 386.

In giurisprudenza

La Suprema Corte in *Comunian c. Calore* ⁽¹⁸⁾ riconosce che gli arbitri sostituiscono il giudice ordinario nell'esercizio della funzione giurisdizionale, in forza di un potere che procede dalla legge e non dalla mera volontà dei privati.

Così ugualmente il Tribunale di Benevento in *Mascia c. Comune di Morcone* ⁽¹⁹⁾

«L'arbitrato è un istituto processuale regolato in via generale dal codice di rito....»

e a sua volta la Corte di Milano in *Piasentin c. Compare* ⁽²⁰⁾

«Anche agli arbitri deve essere riconosciuto il potere di decidere sulla propria competenza perché l'arbitrato, disciplinato dal codice di procedura civile come una forma di procedimento speciale, dà luogo ad una vera e propria funzione giurisdizionale nascente dalla volontà delle parti manifestata nell'accordo compromissorio».

Così in seguito in *Min. Lav. Pubb. c. Fall. Milone* ⁽²¹⁾ la Corte di Roma afferma

«Il lodo arbitrale, reso esecutivo dal pretore, è vera e propria sentenza emessa dagli arbitri nell'esercizio di una funzione giurisdizionale di cognizione ordinaria»

E così pure la Corte di Cassazione in *Mammano c. Bozzo Costa* ⁽²²⁾

Gli arbitri irrituali o liberi non esercitano infatti alcuna funzione giurisdizionale, a differenza di quanto avviene nell'arbitrato rituale.

Ciò mentre in *Ministero dei Trasporti c. S.a.s.t. poi* ⁽²³⁾ la Suprema Corte, sia pur trattando incidentalmente la questione, dichiara senza mezzi termini che il procedimento arbitrale rituale è sprovvisto di carattere giurisdizionale sino al decreto del pretore

⁽¹⁸⁾ Cass. 7 dicembre 1950, n. 2687 in *Mon. Trib.* 1951, 17.

⁽¹⁹⁾ Trib. Benevento 25 settembre 1957, in *Rep. Foro It.* 1958, 170, n. 21.

⁽²⁰⁾ App. Milano 31 ottobre 1950 in *Rep. Foro It.* 1951, 144, n. 34.

⁽²¹⁾ App. Roma 18 febbraio 1969 in *Rep. Foro It.* 1970, 159, n. 88.

⁽²²⁾ Cass. 7 gennaio 1967 n. 56, in *Rep. Foro It.* 1967, 139, n. 18.

⁽²³⁾ Cass. 9 maggio 1956 n. 1505 in *Giur. Civ.* 1956, I, 818 con nota di MARMO, *Recenti orientamenti della dottrina e della giurisprudenza sulla natura giuridica dell'arbitrato rituale*.

«È inammissibile il regolamento preventivo di giurisdizione sollevato nel corso del procedimento arbitrale, il quale assume carattere giurisdizionale solo per effetto del decreto del pretore che attribuisce al lodo efficacia di sentenza».

Così pure in *Milalex c. Neri* ⁽²⁴⁾ e in *Impresa Angelo Farsana spa c. Zuccarello* ⁽²⁵⁾ la Suprema Corte ha affermato che è con il conferimento dell'esecutorietà, da parte del decreto pretorile, che la decisione arbitrale diviene non solo esecutiva ma equiparabile ad una sentenza dell'autorità giudiziaria. Ma da questa ultima decisione sembra trasparire più la preoccupazione di evitare che la decisione arbitrale possa già essere considerata una sentenza che il desiderio di effettuare uno studio esauriente sulla natura dell'arbitrato.

2.4. La Novella del 1983

È in tale contesto dottrinale e giurisprudenziale che si inserisce dunque la Novella del 1983 ⁽²⁶⁾ la quale ⁽²⁷⁾ ha aggiunto all'art. 823 c.p.c. il seguente comma

«Il lodo ha efficacia vincolante tra le parti dalla data della sua ultima sottoscrizione».

La Relazione Ministeriale precisa al riguardo

«Il secondo aspetto, che si riferisce all'efficacia *inter partes* del lodo, prescindendo dall'omologazione, attiene all'eventualità di lodi che le parti intendano eseguire all'estero e quindi in paesi ove non è prevista l'omologazione o dove le modalità e soprattutto il termine sono diversi da quelli previsti dalla nostra legge».

A prescindere dalla qualificazione del decreto pretorile come omologazione, ciò che emerge è la prevalente finalità del legislatore di consentire che la decisione arbitrale italiana venga riconosciuta, in base alla Convenzione di New York, all'estero senza che essa debba essere prima depositata dinanzi al pretore. Necessità per nulla teorica, in

⁽²⁴⁾ Cass. 12 agosto 1982 n. 4586 in *Mass. Giur. It.* 1982, 1654.

⁽²⁵⁾ Cass. 11 febbraio 1980 n. 975, in *Giust. Civ. Mass.* 1980, 413.

⁽²⁶⁾ Legge 9 febbraio 1983 n. 28, Gazzetta Ufficiale 15 febbraio 1983 n. 44.

⁽²⁷⁾ Art. 2.

quanto, prima della Novella, la decisione arbitrale italiana non poteva essere qualificata come obbligatoria (*binding*) e non era facilmente riconoscibile come tale in altri ordinamenti in base a tale Convenzione.

Benché il legislatore abbia quindi soprattutto voluto, e lo ha dichiarato espressamente, conferire alla decisione arbitrale italiana ciò che le mancava affinché essa potesse essere riconosciuta negli altri stati in base alla Convenzione di New York, la modifica da esso introdotta non poteva sottrarsi ad un esame dei suoi ulteriori effetti sul piano interno sotto vari profili, tra i quali in primo luogo circa la natura dell'arbitrato. Mentre gli altri aspetti della Novella saranno esaminati nel trattare specificamente degli stessi, è opportuno esaminare qui la posizione assunta al riguardo dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

In dottrina

Tanto la teoria contrattualistica quanto la teoria processualistica hanno interpretato la Novella nel senso che essa rafforzava la loro rispettiva posizione. Sul fronte privatistico Fazzalari ⁽²⁸⁾ vedeva nella vincolatività, conferita dal legislatore alla decisione arbitrale, una efficacia *negoziale inter privatos* come quella del contratto per arbitrato libero, rilevando che «la struttura dei due atti è diversa ma uguale ne è la natura».

«Rispetto al lodo "rituale", l'omologazione, se e quando sarà intervenuta, svolgerà opera di potenziamento senza cambiare la natura di quell'atto, bensì conferendo alla sua efficacia gli attributi di quella della sentenza giurisdizionale. Quando la Novella collega all'omologazione specificatamente l'efficacia esecutiva (cioè si riferisce al caso più frequente di lodo recante condanna) usa una dizione ellittica che va estesa all'efficacia giurisdizionale in genere: anche un lodo che si limiti all'accertamento o pervenga alla costituzione (per esempio, risolva un contratto) non può considerarsi munito di forza pari alla sentenza giurisdizionale se non dopo l'omologazione. Ne consegue che la Novella lungi dal legittimare una qualsiasi veduta "giurisdizionalistica", in ordine al lodo in sé, le esclude tutte alla radice».

Secondo Punzi ⁽²⁹⁾

⁽²⁸⁾ FAZZALARI, *Primo incontro con una ... lieta Novella*, in *Rass. Arb.* 1983, 1, 2.

⁽²⁹⁾ PUNZI, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. Dir. Proc.* 1983, 78.

«Il vero è che non esiste diversità ma identità di funzioni tra arbitri rituali e arbitri liberi: giudicare e decidere la controversia deferita dalle parti»

si dovevano, quindi, distinguere *gli effetti naturali* del lodo (effetti comuni al lodo rituale e al lodo libero) che derivano dal semplice fatto dell'aver le parti stipulato un compromesso, per cui il lodo avrà forza imperativa, ossia «forza di legge» tra le parti, e *gli effetti ulteriori*, specifici del lodo rituale, (che si aggiungono ai primi e conseguono al decreto pretorile) e cioè l'effetto esecutivo ⁽³⁰⁾ e l'efficacia di sentenza ⁽³¹⁾, né l'aggiunta di questi effetti faceva perdere al lodo la natura privatistica che gli è propria.

Si dovrebbe così concludere che gli effetti disciplinati dall'art. 825 4° e 5° comma c.p.c. non sono idonei a trasformare *a posteriori* un atto di autonomia privata in un atto giurisdizionale. Si avrebbero pertanto

lodi rituali che sono privi di esecutività e di efficacia di sentenza, vincolanti tra le parti così come i lodi irrituali, e lodi rituali «esecutivi», aventi efficacia di sentenza.

Tale orientamento giungeva addirittura con Montesano ⁽³²⁾ alla conclusione che la decisione arbitrale non ha piena efficacia negoziale neppure sin dall'origine. Essa proteggerebbe quindi solamente l'adempimento volontario da una *condictio indebiti*.

Quanto poi alla corrente affermazione che la decisione arbitrale resa esecutiva diviene sentenza, Montesano ammoniva ⁽³³⁾ che tale efficacia di sentenza va affrontata con cautela posto che il Codice Civile del 1865 l'attribuiva anche alla transazione ⁽³⁴⁾.

«Le transazioni hanno fra le parti l'autorità di una sentenza irrevocabile».

Tali rilievi sono stati peraltro radicalmente contrastati, sia pur con varie sfumature, dalla dottrina processualistica.

Secondo Ricci ⁽³⁵⁾ se la decisione arbitrale resa esecutiva andava

⁽³⁰⁾ Art. 825 4° comma c.p.c.

⁽³¹⁾ Art. 825 3° comma c.p.c.

⁽³²⁾ MONTESANO, *Sugli effetti e sulle impugnazioni del lodo nella recente riforma dell'arbitrato rituale*, in *Foro It.* 1983, V, 160 e ss.

⁽³³⁾ MONTESANO, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Bari, 1981, p. 37 e ss.

⁽³⁴⁾ Art. 1872.

⁽³⁵⁾ RICCI, *Sull'efficacia del lodo arbitrale rituale dopo la legge 9 febbraio 1983 n. 28*, in *Riv. Dir. Proc.* 1983, 646; *id.*, *Legge 9 febbraio 1983 n. 28, modificazioni alla disciplina dell'arbitrato*, in *Le Nuove Leggi Commentate* 1983, 633.

equiparata ad una sentenza dell'autorità giudiziaria, gli effetti vincolanti del lodo, anteriori all'esecutorietà, non potevano essere considerati provvisori e non potevano venir meno qualora non fosse richiesta l'esecutorietà. Posta la questione in tali termini

«Occorre allora scegliere tra la soluzione del lodo fornito di iniziali effetti di negozio e la soluzione del lodo fornito di iniziali effetti di decisione Una volta riconosciuto che prima della riforma il lodo rituale o aveva effetti di sentenza (come l'*exequatur*) o non aveva effetto alcuno, infatti gli effetti di decisione sono gli unici dei quali il lodo rituale appaia capace secondo la nostra tradizione».

Conservata quindi all'*exequatur* la funzione di creare il titolo esecutivo, si potevano per Ricci anticipare altri effetti della decisione, primo dei quali l'accertamento, e la decisione arbitrale va, sin dalla sua emissione, considerata una sentenza.

Nel senso che per effetto della Novella la decisione arbitrale andasse ormai *assimilata* ad una sentenza era l'opinione già in precedenza espressa da chi scrive ⁽³⁶⁾ riecheggiando il richiamo che non si potrà mai dimostrare ⁽³⁷⁾

«che una semplice approvazione amministrativa possa trasformare in sentenza ciò che sentenza non è».

Secondo Franchi ⁽³⁸⁾ l'efficacia del lodo era quella di una sentenza soggetta a impugnazione ordinaria e l'effetto di accertamento, proprio della sentenza, si produceva ormai senza il deposito.

Tarzia ⁽³⁹⁾ aderiva a sua volta alla tesi dell'efficacia giurisdizionale del lodo.

Sulla Novella vedasi anche Briguglio ⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁶⁾ RUBINO-SAMMARTANO, *Arbitrati Internazionali e Nazionali in Italia*, in *Foro Pad.* 1983, I, 39.

⁽³⁷⁾ CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.* 1924, I, 256.

⁽³⁸⁾ FRANCHI, *Brevissime osservazioni sulla legge 6 febbraio 1983 n. 28 contenente modificazioni alla disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. Dir. Civ.* 1983, 2, 219.

⁽³⁹⁾ TARZIA, *Efficacia ed impugnabilità del lodo nell'arbitrato rituale*, in *Rass. Arb.* 1985, I.

⁽⁴⁰⁾ BRIGUGLIO, *La riforma dell'arbitrato del 1983 - Soluzioni giurisprudenziali ed implicazioni sistematiche*, *Riv. Arb.* 1991, 411.

2.5. Permanenza di contrasti malgrado la Novella

Le prime decisioni rese sotto il vigore della Novella furono a favore di una efficacia vincolante *solamente negoziale*. In tal senso si è pronunciata la Suprema Corte in *Ispiro c. Gepi* ⁽⁴¹⁾.

La *Ispiro S.p.A.* (Iniziativa per lo Sviluppo Economico Produttivo) pattuiva con la *Gepi S.p.A.* (Gestioni a Partecipazione Industriale) il risanamento e la ricapitalizzazione della *Vabco S.p.A.*, della quale entrambi erano soci. Gli accordi parasociali impegnavano le parti a sottoscrivere l'aumento di capitale. La *Ispiro* contestava alla *Gepi* la mancata sottoscrizione dell' aumento del capitale così come la mancata erogazione dei finanziamenti pattuiti e sottoponeva la controversia al collegio arbitrale previsto dalla clausola compromissoria chiedendo l'accertamento dell'esistenza di inadempimenti della *Gepi* e la risoluzione del contratto con la condanna della *Gepi* al risarcimento dei danni. La *Gepi* contestava le domande della *Ispiro* e chiedeva la risoluzione del contratto per inadempimento di quest'ultimo. Il collegio arbitrale con decisione parziale affermava che l'inadempimento della *Gepi* non comportava la risoluzione del contratto, ma la obbligava al risarcimento dei danni, che sarebbero stati liquidati in prosieguo del giudizio. La *Gepi* impugnava il lodo dinanzi alla Corte di Roma deducendone la nullità. La Corte di merito dichiarava l'inammissibilità del gravame non essendo una decisione arbitrale parziale impugnabile immediatamente. La decisione di merito veniva gravata di ricorso per Cassazione. La Suprema Corte nel considerare le argomentazioni svolte a sostegno del ricorso (che in definitiva respingeva) trattava tra l'altro dell'argomento del ricorrere secondo il quale l'impugnazione immediata era legittimata dalla «efficacia vincolante» introdotta dalla Novella. La Corte peraltro respingeva tale argomentazione: «poiché la efficacia vincolante, antecedente alla omologazione, ha palesemente natura negoziale».

A tale decisione seguiva la pronuncia della Corte di Genova in *Coedi c. Europetrol e Ronzana* ⁽⁴²⁾.

La *Coedi* conveniva in giudizio dinanzi alla Corte di Appello di Genova la Società *Europetrol* e l'Avv. *Ronzana*, chiedendo che la decisione arbitrale resa nella controversia tra di esse e la *Europetrol* conclusasi con la condanna della *Coedi* al pagamento di L. 19.632.309 per crediti derivanti da contratto di appalto, oltre a un compenso per l'uso di cavi elettrici di sua proprietà, venisse dichiarata nulla. La *Europetrol* resisteva svolgendo tra le altre difese l'eccezione che l'impugnazione per nullità era da considerarsi inesistente o inammissibile in quanto

⁽⁴¹⁾ Cass. 9 giugno 1986 n. 3835 con nota RUBINO-SAMMARTANO, *I mezzi di impugnazione del lodo ritale non esecutivo e la giurisprudenza*, in *Foro Pad.* 1986, 1, 303.

⁽⁴²⁾ App. Genova 3 gennaio 1986 in *Foro Pad.* 1986, 1, 295.

essa riguardava una decisione arbitrale non dichiarata esecutiva a norma dell'art. 825.

La Corte di merito nell'accogliere tale eccezione affermava

«La differenza tra il vecchio ed il nuovo sistema è più sensibile di quanto i riformatori sospettassero ed ha dato lo spunto a taluni autori per affermare che, a differenza di quanto accadeva prima della riforma, quando l'impugnazione per nullità poteva essere proposta solo contro il lodo munito dell'*exequatur* pretorile, oggi l'impugnazione sarebbe proponibile immediatamente dopo l'ultima sottoscrizione poiché per effetto di essa il lodo acquista fin da quel momento efficacia decisoria. L'eventuale *exequatur* servirebbe soltanto a conferire l'ulteriore effetto di titolo esecutivo nel territorio della Repubblica, essendo esso troppo povera cosa per attribuire al lodo un'efficacia decisoria che in ipotesi già non avesse acquistato al momento della sua pronuncia. Altri pervengono a soluzioni diametralmente opposte

L'efficacia vincolante che il lodo consegue al momento della sua sottoscrizione si risolverebbe in una efficacia di tipo negoziale, più o meno compiuta o più o meno stabile secondo i diversi orientamenti dei vari autori, che in nessun caso conferirebbe all'atto efficacia di sentenza, e, quindi, l'idoneità di essere impugnata con le azioni tipiche.

La Corte condivide questo ultimo orientamento e ritiene improponibile l'impugnazione per nullità. È indubbio che con la legge di riforma, attuata con il metodo della novellazione, sono state inserite in un sistema a suo modo coerente norme nuove non agevolmente coordinabili con quelle rimaste in vigore.....

Tuttavia la sistematicità dei testi normativi e lo scarso tecnicismo che in essi si riscontra non possono mai consentire all'interprete di ignorare gli insuperabili dati testuali che impongono di distinguere nettamente l'efficacia vincolante tra le parti del lodo non depositato dall'efficacia di sentenza che allo stesso lodo ancor oggi è conferita soltanto dal deposito tempestivo e dal successivo *exequatur*.

In senso conforme erano le pronunzie della Corte di Roma in *Impresa Ceretti & C. c. INA* ⁽⁴³⁾ e della Suprema Corte in *Cortis c. Codazzi* ⁽⁴⁴⁾ così massimata:

«..... Le modificazioni introdotte dalla Legge 9 febbraio 1983 n. 28, ivi inclusa quella inerente alla efficacia del lodo tra le parti dalla data della sua sottoscrizione, non toccano il principio posto dall'art. 825, 5 c. c.p.c. secondo cui il lodo medesimo acquista valore di sentenza con il decreto di esecutorietà del pretore ... deve ritenersi inammissibile l'impugnazione per nullità proposta contro il lodo

⁽⁴³⁾ App. Roma 23 giugno 1986, in *Rass. Arb.* 1987, 229.

⁽⁴⁴⁾ Cass. 22 aprile 1989 n. 1929 in *Rass. Arb.* 1989, 307.

prima del suddetto decreto, atteso che tale rimedio è contemplato dall'art. 827 c.p.c. solo avverso la sentenza arbitrale».

La Novella, lungi dal dirimere la controversia tra i sostenitori delle teorie processualistica e contrattualistica, le aveva dunque riaccese come risulta dai numerosi commenti prontamente pubblicati, oltre quelli già richiamati ⁽⁴⁵⁾.

In effetti la Novella, seppur rivolta all'esportazione del lodo italiano all'estero, ha certamente modificato anche gli effetti interni della decisione arbitrale. Mentre infatti, prima di essa, non venivano attribuiti, prima del decreto di esecutorietà, effetti alla decisione arbitrale, con essa la decisione arbitrale aveva anche prima, e indipendentemente dall'exequatur, efficacia vincolante.

Si trattava pertanto solo di determinare quale fosse la portata di tale efficacia. Si poteva cominciare con l'escludere l'efficacia esecutiva, che era conferita esclusivamente dal decreto pretonile. Può tale efficacia allora essere solamente quella di tutelare chi ottenga l'adempimento spontaneo del lodo da pretese di ripetizione? Se tale effetto appare troppo limitato, all'eccesso opposto appare condurre un'interpretazione letterale dell'art. 24 della Convenzione di Strasburgo ⁽⁴⁶⁾ la quale attribuisce alla decisione arbitrale, resa in un paese membro del Consiglio dell'Europa, autorità di cosa giudicata ai fini del riconoscimento in altri stati aderenti ⁽⁴⁷⁾.

La interpretazione di tale efficacia vincolante, come avente contenuto solamente negoziale, non lasciava soddisfatti in quanto tale efficacia già andava attribuita alla decisione arbitrale in base alla precedente normativa, ove la decisione degli arbitri venisse vista come un negozio, frutto a sua volta dell'accordo delle parti contenuto nella

⁽⁴⁵⁾ MIRABELLI, *Arbitrato e fenomeni in evoluzione*, in *Rass. Arb.* 1982, 242; RECCHIA, *Nuove prospettive dell'arbitrato commerciale in Italia*, in *Rass. Arb.* 1983, 41; BERNINI, *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. VIII, 1983, 327; GIARDINA, *La nuova disciplina dell'arbitrato in Italia*, in *Rass. Arb.* 1983, 5; NOBILI, *La formazione del lodo arbitrale e la legge 9 febbraio 1983 n. 28*, in *Rass. Arb.* 1983, 21; FERRANTE, *Legge 8 febbraio 1983 e prospettive di sviluppo dell'arbitrato rituale*, in *Rass. Arb.* 1982, 251; SELVAGGI, *Legge 9 febbraio 1983 n. 28 e l'efficacia del lodo arbitrale*, in *Rass. Arb.* 1983, 69.

⁽⁴⁶⁾ Progetto di Convenzione Europea relativa alla legge uniforme in materia di arbitrato, Strasburgo 20 gennaio 1966, che non risulta ancora entrata in vigore.

⁽⁴⁷⁾ Occorre peraltro tenere presente, che l'espressione «cosa giudicata» appare da intendersi, nell'ambito della convenzione di Strasburgo, come una semplice non soggezione della decisione a impugnativa nel merito o dinanzi ad altri arbitri, ferme restando le impugnazioni disponibili per motivi procedurali dinanzi all'autorità giudiziaria.

convenzione arbitrale. In tal caso esso infatti, come ogni altro contratto, doveva aver già di per sé forza di legge tra le parti.

Il non riconoscimento di natura processuale alla procedura arbitrale era stato favorito dall'avvenuto inserimento della stessa, nel codice del 1865, nel Titolo Preliminare intitolato «Della Conciliazione e del compromesso». Ciò tanto più che la relazione del Ministro Guardasigilli al Re aveva precisato

«Innanzi d'entrare nel proprio campo del libro I, si incontra un Titolo Preliminare che raffigura come il vestibolo dell'edificio processuale».

Tale argomento sistematico, peraltro incerto, è stato tuttavia sostituito nel Codice del 1940 dall'altro, nettamente favorevole a tale natura processuale, derivante dall'essere stato il procedimento arbitrale spostato e collocato nel *corpus processuale* e precisamente tra i procedimenti speciali. Se, in base alla normativa novellata, l'efficacia della decisione arbitrale prima del decreto di esecutorietà fosse solo di natura negoziale, oltre ad apparire ciò una precisazione superflua per il motivo sopra esposto, si produrrebbe il singolare risultato che un atto avente effetti solamente negoziali acquisterebbe natura ed effetti di sentenza semplicemente per effetto del conferimento del decreto di esecutorietà, (benché quest'ultimo consista semplicemente nella verifica della tempestività del deposito e della regolarità formale del lodo).

Del resto già la Relazione al Re al Codice del 1865 mostrava una tendenza processuale e non negoziale.

La relazione inizia richiamando la funzione sociale dell'arbitrato.

«Quanto è necessario che la legge impedisca ai cittadini di farsi diritto di loro mano, sostituendo la forza privata alla giustizia sociale, altrettanto conviene che la ragione pubblica non intervenga se non in sussidio di ogni mezzo volontario inteso ad antivenire o cessare le liti. Le quali sono di per sé cagione di dissidi, di turbazioni e di rancori infesti al benessere sociale. Ecco a quale intento e per quale proposito il codice esordisce con due capi della conciliazione che previene le liti e del compromesso che le definisce per vie amichevoli».

Ma di maggior rilievo è il suo seguito

«Sentenza

La sentenza degli arbitri è resa esecutiva per decreto del Pretore. Questa disposizione del progetto sembrò da conservare nonostante le opposizioni incontrate. In questo caso l'autorità giudiziaria non esercita atto di cognizione e di impero, sicché sia necessario ricorrere alla magistratura competente per materia o

per valore, solamente esercita un atto di autorizzazione esteriore e quasi complemento. Come il Notaro appone la formula esecutiva agli atti propri, così il magistrato l'appone alla *sentenza* degli arbitri. Ed era ragionevole che ciò fosse facilitato in ogni guisa».

Gia nel codice del 1865 la decisione degli arbitri è quindi denominata sentenza.

Mentre dunque nella precedente normativa il procedimento, sino all'*exequatur*, era *in itinere* e, non essendo completo, esso non poteva produrre effetti processuali, il legislatore ha di proposito interrotto con la Novella questo percorso attribuendo compiutezza alla *prima tappa*: il lodo. E gli effetti dell'atto conclusivo del procedimento dinnanzi agli arbitri non potevano a questo punto che essere degli effetti decisionali. Non potevano certo essere gli effetti esecutivi, che sono riservati al decreto pretorile, ma essi non potevano neppure – in assenza dello stesso – ripercorrere a ritroso tale cammino per divenire ciò che sin dall'inizio non erano, ossia degli effetti solo negoziali.

L'opinione di Tombari ⁽⁴⁸⁾ che l'eccezione di compromesso sarebbe semplicemente uno strumento per far rilevare la mancanza di interesse ad agire giudizialmente lascia dunque ancor più perplessi dell'affermazione di Chiovenda che, contrariamente a quanto afferma una giurisprudenza consolidata ⁽⁴⁹⁾, l'eccezione di compromesso non andrebbe qualificata come eccezione di carenza di competenza.

2.6. La riforma del 1994

Il legislatore riprendeva l'elaborazione della materia arbitrale nella ottava legislatura, che si concludeva con la Legge 5 gennaio 1994 n. 25.

Tale testo, che costituisce una Riforma dell'Arbitrato, prende aperta posizione circa «gli effetti vincolanti» attribuiti prima dell'*exequatur*, la cui portata processuale o negoziale era stata oggetto di ampie divergenze posto che era rimasto immutato il disposto dell'art. 825 c.c. secondo il quale

⁽⁴⁸⁾ Tombari, *Natura e regime giuridico dell'eccezione di compromesso*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.* 1964, 1021.

⁽⁴⁹⁾ Vedasi tra le ultime *Bontervice c. Maffezzoli*, Cass. 29 novembre 1986 n. 7087 in *Mass. Foro It.* 1987, 180, n. 44.

«Il decreto del Pretore conferisce al lodo efficacia di sentenza».

Gia il Disegno di Legge Vassalli, che ha messo in moto la Riforma ⁽⁵⁰⁾ aveva affermato

Può, così, accogliersi nel completamento della riforma già avviata, ma non pienamente realizzati, la prima delle esigenze del nuovo intervento, dimodoché possa risultarne definitivamente acquisito e chiarito il principio dell'efficacia del lodo come *pronuncia assimilabile a quella giudiziale*, svincolata dal deposito in dell'autorità giudiziaria e, conseguentemente, dall'attribuzione al deposito in pretura ed al provvedimento pretorile del mero valore di condizione per l'esecuzione, nel territorio nazionale, della pronuncia arbitrale.

La relazione dei senatori Covi e altri al disegno di legge ripresentato si esprime analogamente al riguardo e l'iter dei lavori parlamentari si conclude con la modifica dell'art. 825 3° comma c.p.c. consistente nella eliminazione del disposto sopra citato e nell'inserimento al posto di questo, enfatizzando la precedente disposizione, della immediatamente successiva puntualizzazione

«Il lodo reso esecutivo....».

Il cambiamento di registro che ne risulta è così netto. Tale presa di posizione dovrebbe poter porre termine alla divisione tra scuole dottrinali.

Se infatti la procedura arbitrale è un istituto disciplinato dal codice di rito tra i procedimenti speciali e pertanto da qualificarsi, anche solo per tale motivo, come processuale, il suo effetto naturale non può che essere di natura decisionale.

Ciò non significa dimenticare la natura contrattuale del compromesso ma tener ben presente anche il rilievo di Carnelutti, secondo il quale il procedimento arbitrale trae origine solo in via indiretta dalla volontà delle parti ma in primo luogo soprattutto dalla volontà della legge, che consente alle parti di scegliere, in alternativa al giudice statale, i propri arbitri, così come la procedura da applicarsi, riservando solo all'autorità giudiziaria un controllo, peraltro esclusivamente formale, ai fini dell'esecutorietà della sentenza.

⁽⁵⁰⁾ Vedasi *infra* Cap. 3 nota, 11.

Sembra quindi che si possa affermare che la decisione degli arbitri va *assimilata* ad una sentenza. Del resto il parallelo con la procedura statutale ci ricorda che anche la sentenza del giudice di primo grado non è esecutiva sino al momento dell'apposizione della formula. Se il controllo ai fini dell'esecutorietà della decisione arbitrale è certo maggiore di quello per l'apposizione della formula esecutiva, esso rimane peraltro nell'ambito di quel minimo necessario affinché le venga dato ingresso nell'arengo delle sentenze e l'ordinamento metta il proprio potere coercitivo anche a sua disposizione.

Né tale costruzione confligge con il recupero in più parti ad opera della Novella del termine «lodo» in luogo di «sentenza» che sembra da ricondursi più che altro al desiderio di marcare la differenza fra decisione arbitrale prima della esecutorietà e dopo di essa.

La doppia anima del procedimento arbitrale sopra evocata, dovuta da un lato alla natura contrattuale della convenzione arbitrale e dall'altro alla sua collocazione come procedimento disciplinato dal codice di rito, in realtà – anziché essere motivo di disarmonia – fonde tali elementi nel sopra evocato rilievo Carneluttiano che, al di sopra della volontà delle parti, vi è la volontà della legge – senza il consenso della quale la volontà delle parti non produrrebbe alcun effetto – e ora nell'ulteriore riscontro, inevitabile dopo la Novella del 1983 e la Riforma del 94, che il procedimento speciale arbitrale non può che produrre sin dall'inizio effetti decisorii processuali.