

TEMI ROMANA 2001

PROCESSUALE CIVILE

a cura di

Chiara Petrillo

La sezione di diritto processuale civile
si segnala all'attenzione del lettore
per l'interesse ed i profili pratici
dei temi trattati.

Accanto alla problematiche "classiche",
ma sempre interessanti, in tema di onere
probatorio, i cui risvolti pratici ciascuno
di noi gestisce ogni giorno nell'esercizio
della professione, si affronta l'istituto
dell'arbitrato, con particolare riferimento
al contenuto della clausola compromissoria
e al luogo delle notificazioni.

Di notevole attualità la disamina delle c.d.
Alternative Dispute Resolution,
quale sistema alternativo che possa
"alleggerire" i magistrati ordinari
da un carico di lavoro ormai insostenibile
e la lettura, a dieci anni di distanza,
della riforma del processo civile, alla luce
della giurisprudenza sostitutiva.

CORTE DI CASSAZIONE

SEZIONE	UNITE
ORD.	06.04/30.10.2001, N. 13533
PRESIDENTE	VELA
RELATORE	PREDEN
P.M.	IANNELLI
PARTI	GALLO CONTRO ASSOCIAZIONE NON RICONOSCIUTA CENTRO CULTURALE LATINO AMERICANO EL CHARANGO

Il creditore, sia che agisca per l'adempimento, sia che chieda la risoluzione o il risarcimento del danno, deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, mentre, in relazione al lamentato inadempimento, può limitarsi ad una semplice allegazione: sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costitutivo dell'avvenuto adempimento.

L'onere della prova nelle azioni d'adempimento e risoluzione ex art. 1453 c.c.

La risoluzione del contrasto giurisprudenziale

La Corte di Cassazione, con la pronuncia in commento, che ha ricevuto il plauso di parte della dottrina,¹ ha affrontato, dirimendola, la questione da sempre dibattuta della ripartizione dell'onere probatorio in sede di esercizio dei rimedi a tutela del creditore insoddisfatto.

Due sono gli orientamenti prevalenti in dottrina e in giurisprudenza. Secondo il primo indirizzo, peraltro maggioritario, si opina che *"ai fini della ripartizione dell'onere della prova in materia di obbligazioni si deve aver riguardo all'oggetto specifico della domanda: se l'attore chiede l'esecuzione del contratto e l'adempimento delle relative obbligazioni è sufficiente che provi il titolo che costituisce la fonte del diritto vantato e cioè l'esistenza del contratto e quindi dell'obbligo che si assume inadempito; nell'ipotesi in cui si domandi la risoluzione del contratto per l'inadempimento di una obbligazione l'attore è tenuto a provare anche il fatto che legittima la risoluzione, ossia l'inadempimento e le circostanze inerenti in funzione delle quali esso assume giuridica rilevanza, spettando al convenuto l'onere probatorio di essere immune da colpa solo quando l'attore abbia provato il fatto costitutivo dell'inadempimento."*² A detta dei fautori del secondo orientamento, quello minoritario, sarebbe opportuno riunire il regime probatorio da applicare alle azioni previste dall'art. 1453 c.c. in un solo genere, cosicché *"in base ai principi sulla ripartizione dell'onere della prova ricavabili dall'art. 2697 c.c., per l'azione di adempimento così come per quella di risoluzione e per quella risarcitoria (...) il creditore è tenuto a provare soltanto l'esistenza del titolo"*³.

La soluzione della diatriba giurisprudenziale, presentata dalla Corte, aderisce alla corrente minoritaria. Il creditore, che agisca per l'adempimento, che agisca per la risoluzione o per il risarcimento del danno, deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, e, se previsto, del termine di scadenza. Potrà limitarsi, in relazione all'inadempimento, ad una semplice allegazione, senza alcun riflesso di ciò in tema di regola di giudizio nel caso in cui non alleghi prove atte a dimostrare l'inadempimento (restando onere del convenuto dimostrare il proprio adempimento a pena di soccombenza nella lite), fatta esclusione del caso in cui il convenuto sollevi l'eccezione *inadimplenti non est adimplendum* (art. 1460 c.c.), nel qual caso sarà l'altra parte, quella attrice, *"a doverla neutralizzare provando il proprio adempimento o che la sua obbligazione non era ancora dovuta"*⁴.

Il Supremo Consesso, con palese contraddizione, non ha ritenuto di riconoscere fondamento all'eccezione a tale principio, pur avanzata da parte della dottrina e della giurisprudenza cui ha aderito,⁵ eccezione che obbligherebbe, in caso di inesattezza nell'inadempimento, a dar prova delle modalità in cui l'inesattezza si è

concretizzata. Nella sentenza si è invece superficialmente ritenuto che anche in tali casi la prova dell'attore, il quale chiami in giudizio il debitore per l'adempimento o la risoluzione (nonché per il risarcimento), debba arrestarsi al titolo.⁶ L'eccezione al principio di uniformità di incombenza delle prove è stata invece concessa per un'altra fattispecie: ove sia dedotta la violazione di una obbligazione di non fare o di tollerare, poiché tale violazione si sostanzia in un comportamento positivo modificante la realtà preesistente, non vi sarebbe ragione, a detta della Corte, di applicare il principio *negativa non sunt probanda* (riesumato invece per patrocinare la tesi della necessità della sola prova del titolo⁷), perché qui i fatti che violano l'obbligo assunto saranno positivi per loro natura, con l'effetto di richiedere in tali casi la prova dei fatti in cui si è sostanziato l'inadempimento del debitore che ha tenuto comportamenti commissivi tali da ledere obblighi di *non facere* e di *patti* posti a suo carico.

Due le ragioni, a detta della Suprema Corte: la prima attiene alla coerenza dell'ordinamento e all'economia processuale che sarebbero elise lì dove non si desse alla identità dei presupposti delle tre tipologie di azioni elencate nell'articolo 1453 (adempimento, risoluzione e risarcimento) il necessario peso per ravvisare in tal modo omogeneità nel regime probatorio preordinato alle suddette azioni; la seconda è una considerazione di più immediato risalto pragmatico poiché afferma la difficoltà del creditore di fornire la prova di un fatto negativo quale quello dell'inadempimento, e sottolinea come un creditore che deduce di non essere stato pagato avrà difficoltà non lievi ad individuare, come mezzo di prova, un fatto positivo che dimostri il fatto negativo del pagamento (il principio *negativa non sunt probanda* viene così riaffermato pienamente). Nel conformarsi alla teoria su espressa la Corte ritiene inoltre di dover fare applicazione del principio di riferibilità della prova, ponendo così l'onere della prova a carico di quella tra le parti nella cui sfera i fatti da provare si vengono a trovare più vicini (cosiddetto principio di vicinanza della prova).⁸

Già preliminarmente si può portare l'attenzione su una contraddizione in cui a mio parere cade la Corte lì dove ritiene che il principio dell'onere probatorio così come dalla stessa condiviso, debba essere applicato anche nell'ipotesi di inesatto adempimento. Se è vero, infatti, che esigenze di pratica sono state predominanti nel giungere alla soluzione probatoria riportata in tema di rivendicato inadempimento totale, con il recupero delle teorie della vicinanza della prova e dell'impossibilità di prova di fatti negativi, allora appare contraddittorio obliare tali basi pragmatiche ponendo a carico del debitore la prova che i comportamenti e le azioni da lui operate rispondono all'esatto adempimento di quanto dedotto nella stipula negoziale: questa volta la prova sarebbe veramente difficile, poiché richiede una quantomeno ostica indagine in retrospettiva, tanto più difficoltosa quando si tratti di obbligazioni di fare: come potrà il prestatore di opera intellettuale dimostrare passo per passo la propria diligenza e la propria perfetta adempimento all'impegno professionale assunto?⁹

Sempre in via di considerazioni sommarie sulla motivazione della sentenza potrebbe avanzarsi il rilievo seguente. Nell'affermare che *"la formulazione generale del principio del 2697 c.c. è quindi di ostacolo alla formulazione di temi fissi di prova"* la Corte esclude in sostanza, sulla scorta di eminenti assunti dottrinari,¹⁰ la sussistenza, nel complesso dei principi regolanti la materia processuale-civile, di temi fissi di prova. Inoltre in motivazione, appena dopo, recita che *"occorre considerare che, al fine in esame, assume certamente rilevanza il ruolo assunto dalla parte nel processo"*. Proprio tali premesse, invece, sono le basi da cui parte della dottrina deriva la necessità di una diversa incidenza del carico probatorio nelle diverse azioni previste dall'articolo 1453.

Assumendo infatti che ai fini conestati acquista rilevanza il ruolo assunto dalla parte nel processo sui dice, in altre parole, ciò che la dottrina richiamata esprime

dando rilievo all'effetto giuridico richiesto dalla parte in giudizio, in connessione con la posizione processuale di quella parte. Di conseguenza, gli elementi che qualificano secondo il diritto sostanziale una certa vicenda giuridica, e, così qualificandola, assurgono a fatti costitutivi (o, all'opposto, estintivi, modificativi, impeditivi) vanno determinati, ai fini della ripartizione dell'onere della prova, in relazione a ciò che si richiede in giudizio.

Da ciò dovrebbe discendere, in antitesi con quanto concluso dalla Suprema Corte, che poiché l'effetto giuridico chiesto con la domanda di adempimento è diverso da quello chiesto con la risoluzione, a poco vale dire che per entrambe si fa riferimento al medesimo titolo contrattuale. Perché si chiedi l'adempimento basta la domanda di esso supportata dal fatto che esiste un titolo da cui sorge l'obbligazione (comunque il debitore dovrebbe adempiere). Benché il titolo contrattuale sia certamente elemento integrante la situazione di diritto sostanziale, l'attecchirsi di tale elemento si configura secondo differenti prospettive, per ciascuna delle quali si aggiungono ulteriori elementi. In particolare uno di questi altri elementi per la risoluzione è dato dall'importanza che l'inadempimento deve rivestire: ciò farebbe supporre, tra l'altro che se si deve dar prova dell'importanza dell'inadempimento, la prova dello stesso dovrà essere data dallo stesso attore.¹¹

Per trarre delle considerazioni sommarie si può quindi dire che l'intervento del Giudice di legittimità ha senza dubbio il pregio rimarchevole di aver tracciato una soluzione tra le più agevoli a fini empirici, ma la questione era e rimane complessa, e la via seguita non lascia del tutto convinti. L'analisi della sentenza passa attraverso la comprensione dei punti fondamentali della questione che sono stati altrettanti capi di meditazione per la Cassazione: *i fatti costitutivi*, il principio *negativa non sunt probanda*, la *presunzione di persistenza del diritto*.

**Fatti costitutivi,
impeditivi,
modificativi
ed estintivi**

In tema di disciplina generale dell'onere della prova i persistenti dubbi hanno radici nella mancata riproposizione, nel sistema vigente, del vecchio articolo 1312 del codice abrogato, il quale chiosava in tal modo: "*Chi comanda l'esecuzione di una obbligazione deve provarla e chi pretende di essere liberato deve, dal canto suo, provare il pagamento o il fatto che ha prodotto l'estinzione dell'obbligazione*". Tale puntualizzazione, che regolava le ipotesi di azione di adempimento nella specifica disciplina delle obbligazioni, non fu utilizzata dal codificatore del 1942. Questi dettò, invece, due norme, delle quali una più generale, contenuta nel libro sulla tutela dei diritti (art. 2697 c.c.), ed una più specifica sul risarcimento del danno da responsabilità contrattuale (art. 1218 c.c.). Anche da tale dato sarebbe logico inferire, una volontà del legislatore del 1942 in guisa da richiedere un regime probatorio diverso da quello desunto dalla Corte nella sentenza in commento. Infatti l'articolo 1312 abrogato si riferiva espressamente alle sole azioni di manutenzione del contratto. Quindi escludere la ripetizione dell'articolo, ed inserire, d'altro canto, la norma dell'articolo 2697 che propone un generico riferimento ai fatti costitutivi, impeditivi, modificativi, estintivi, deve far desumere che non può applicarsi la regola dell'art. 1312 del 1865 per ogni tipo di azione prevista dal 1453 c.c. vigente. Si deve ritenere che la regola vigente sotto l'imperio dell'abrogato codice sia rimasta valida solo per le azioni di adempimento e non anche per quelle di risoluzione.¹²

Contro quanto disposto dal vecchio articolo 1312 oggi la ripartizione degli oneri probatori resta affidata al generico richiamo della differenza tra fatti costitutivi da un lato ed estintivi, impeditivi, modificativi dall'altro, ma è proprio la genericità della norma che in una prospettiva di applicazione ai singoli casi e alle singole norme genera le difficoltà di cui ci occupiamo.¹³

Si presenta per questo l'ineludibile esigenza di riempire di significato il testo letterale dell'art. 2697 c.c. In particolar modo, con riferimento all'articolo 1453 c.c.,

stabilire quali sono i fatti costitutivi delle azioni in quest'ultimo previste e quali sono i fatti estintivi, impeditivi e modificativi che frustrano le dette azioni.¹⁴ Nella fattispecie del 1453 c.c. vi sono due situazioni rilevanti: l'obbligazione e l'inadempimento. Il fatto "obbligazione" è senza dubbio costitutivo del diritto alle azioni previste nella norma, ossia per l'adempimento e per la risoluzione.¹⁵ Per il fatto "inadempimento" i problemi sorgono giacché non è pacificamente riconosciuto da tutti che esso sia un elemento costitutivo e anche coloro che ammettono ciò tornano sui propri passi in ragione di altri criteri di orientamento (tra i quali quello della normalità, della specificità, della presunzione di durata, della vicinanza alla prova, dei fatti negativi).¹⁶

In riferimento alla natura di fatto costitutivo cui l'inadempimento può o meno assurgere, in relazione all'articolo 1453 c.c., e in specie con riguardo all'azione di risoluzione, si può peraltro asserire che una ragione per cui può riconoscersi tale,¹⁷ anche se in via indiretta, risiede in ciò. La mancata ottemperanza a quanto dedotto in obbligazione è un fatto lesivo del diritto sorto in capo al creditore in quanto diritto generato dall'obbligazione contratta: il fatto lesivo non è, in quanto tale, fatto impeditivo o estintivo dell'obbligazione, ma appunto il contrario di questo, è il fatto che appunto "lede" l'interesse tutelato del creditore. Si deve infatti rammentare che il fatto costitutivo del diritto affermato (nel caso in esame il diritto ad ottenere la risoluzione del contratto), non sempre è sufficiente per fondare la pretesa in giudizio riuscendo cioè da solo ad integrare quell'elemento necessario della domanda che è la *causa petendi*; in altri casi l'individuazione del fatto costitutivo semplice dovrà essere integrata fisiologicamente con l'individuazione del fatto lesivo affermato (si parla in tal caso della cosiddetta *causa petendi* passiva),¹⁸ e nel caso in analisi l'integrazione sarà operata tramite l'inclusione del fatto lesivo dell'inadempimento. Nel caso di domanda di adempimento, invece, la richiesta dell'attore è una richiesta di esecuzione del contratto, e in tal caso il fatto costitutivo è soltanto il titolo giacché è su di esso che si fonda l'obbligazione che deve essere adempiuta. Non vi è ulteriore elemento necessario per concedere la tutela, poiché in tal caso l'azione di condanna all'adempimento è solo complementare all'azione di accertamento dell'esistenza del contratto che si vuole adempiuto.¹⁹

La riconducibilità dell'inadempimento alla sfera del fatto costitutivo del diritto alla risoluzione, (anche se per il tramite della natura di fatto lesivo integrante il fatto costitutivo semplice), può argomentarsi anche a mezzo di una schematizzazione che si serva di strumenti lessicali ed interpretativi generali, i quali forniscono direttrici da seguire.²⁰

Una ricerca siffatta di tipo lessicale deve partire da un postulato: "che il legislatore non si è discostato in linea generale dal significato che i termini assumono nel linguaggio comune".²¹ Questa è una "premessa plausibile e tale da potersi razionalmente condividere".²² Da ciò deriva che tutte le volte che si indicano gli elementi costitutivi si trovano adoperate congiunzioni o espressioni atte a condizionare "la verifica dell'effetto alla presenza degli elementi stessi (ad esempio: se, quando, qualora, sempre che, ecc.)". Così la congiunzione *quando*, utilizzata dall'articolo 1453 per introdurre la circostanza del non adempimento, deve far concludere che "il contraente può chiedere" la risoluzione "quando l'altro contraente non adempie le sue obbligazioni".

Desumerne la rilevanza dell'inadempimento come fatto costitutivo del diritto alla risoluzione è quindi abbastanza intuitivo.²³

Fatti negativi o negazione di fatti estintivi?

Dalla sentenza emerge chiaro che una delle ragioni per cui la Corte ha ritenuto di dover abbracciare la tesi esposta in motivazione risiede nel brocardo *negativa non sunt probanda*, in base al quale non può darsi, perché di somma difficoltà, la prova di un fatto negativo. Ma la Corte sembra così tene-

re in scarsa considerazione i risultati cui è giunta la giurisprudenza stratificatasi oramai da tempo.²⁴ Si è del resto osservato, anche da tanta parte della dottrina, che il brocardo "*negativa non sunt probanda*" ha perso di persuasività nel pensiero giuridico moderno giacché la deduzione di un fatto negativo non esonera dall'onere della prova, che dovrà comunque darsi mediante un'affermazione positiva contraria. In tal modo viene affermato il principio secondo il quale la prova dei fatti negativi non inverte l'onere della prova. La dottrina mette in rilievo come la formula "prova del fatto negativo" indichi in realtà aspetti molto diversi. Nel caso in cui il fatto negativo comporta un'antitesi immediata, sotto forma di una precisa proposizione positiva contraria, la prova che deve darsi è in realtà quella del fatto positivo contrario; quindi non si incapperebbe nelle difficoltà che valgono a sostenere l'opinione di quanti ritengono non provabile il fatto negativo.²⁵

Ma lo stesso principio varrebbe anche nel caso delle cosiddette proposizioni negative indefinite, quelle nelle quali il fatto negativo che si invoca non comporta un'antitesi, perché corrisponde, in teoria, ad una lunga serie di proposizioni affermative. In tal caso, essendo impossibile provare la proposizione negativa indefinita sarà sufficiente spostare l'oggetto della prova, su alcuni fatti diversi che rendendo probabile il fatto negativo, anche per via presuntiva, possano portare al convincimento del giudice.²⁶ Si osserva, sempre in tale prospettiva ed a maggior conforto della stessa, che la prova di fatti negativi è richiesta con una certa frequenza nel codice civile: ciò ad esempio avviene con gli artt. 2033, 1453, 2047, 2048, 2900, e, da ultimo, dalla disciplina in tema di clausole vessatorie che, non ricorrendo i presupposti per l'applicazione dell'art. 1469-ter, 5° comma, attribuisce al consumatore l'onere di provare la mancanza di trattative.²⁷

Da questa esposizione si può desumere che non basta argomentare che il fatto dell'inadempimento è un fatto negativo e da ciò derivare che, data la scarsa o nulla riferibilità alla sfera del soggetto che lo allega, esso non debba essere provato dal creditore.²⁸ Il fatto negativo anche se tale, va provato, perché la "*somma difficoltà in cui qualcuno si trovi di provare il fatto che serve a fondamento della sua azione*" - (ma questo vale anche per l'eccezione del convenuto) - "*non può mai autorizzarlo ad esimersi dal carico e a gravarne l'altra parte*".²⁹ La regola di giudizio obbligherà poi il giudice, nella coscienza ed insindacabilità della sua libera convinzione, a tener conto della situazione concreta.

Una volta assunto che il fatto dell'inadempimento nonostante possa integrare una situazione negativa deve essere provato comunque, e che esso è fatto costitutivo (perché lesivo delle situazioni contratte in obbligazione), allora se ne deve desumere che sarà onere del creditore provarlo, proprio in quanto fatto costitutivo dell'azione di risoluzione che egli muove in giudizio.

Si deve precisare che anche gli argomenti di coloro che distinguono tra fatti costitutivi negativi e negazioni di fatti estintivi non rilevano ai fini della soluzione qui prospettata.³⁰ Infatti l'avvenuta omissione dell'impegno contratto è un fatto che si deve provare per ottenere un determinato effetto mentre non è la negazione del fatto estintivo contrario qual è l'adempimento (cioè non è la negazione pura e semplice che vi sia stato l'adempimento che è il fatto estintivo). Altrimenti non si spiegherebbe come la prova del fatto che costituisce inadempimento delle obbligazioni negative (o che integra inesattezza nel pur avvenuto adempimento) sia invece comunemente ammessa.³¹

Se la prova dell'inadempimento significasse prova della mancanza del fatto estintivo e non prova di un fatto negativo - costitutivo, non dovrebbe essere ammessa in nessun caso. Se tale prova è ammessa nei casi di obbligazioni negative, alla luce del rilievo che in tali casi non sovengono intralci concreti di sorta, allora se ne deve desumere che comunque essa verte su un fatto propriamente costitutivo, la cui esclusione nel caso di obbligazioni positive sarebbe giustifica-

ta solo dalla validità del brocardo negativa non sunt probanda. Ma, acclarato che esso non gode di ancoraggi normativi fondati, non si può tentare di spiegare la natura del fatto inadempimento, nel caso di obbligazioni positive, come negazione di fatti estintivi, ed escluderne così la prova.

La presunzione di persistenza del diritto

Alle conclusioni della Corte si perviene anche con riferimento all'altro argomento cui è ricorsa la giurisprudenza e la dottrina che optano per la sufficienza della prova del titolo tanto nelle azioni per adempimento quanto nelle azioni per risoluzione: la cosiddetta presunzione di persistenza del diritto.³² La corrente dottrina ispiratrice di detta teoria parte anzitutto dalla constatazione che, in effetti, la domanda che non si limiti ad una richiesta di mero accertamento ha come suo presupposto il fatto dell'inadempimento del rapporto obbligatorio.

Ma da ciò, proprio per la suddetta presunzione, non deve desumersi la costante e necessaria prova specifica dell'inesecuzione della prestazione. *"Per quanto attiene ai crediti - così si esprime questa dottrina³³ - la presunzione di persistenza del diritto oltre il termine di scadenza può implicare per se stessa presunzione di inadempimento: quando infatti si tratta delle pretese creditorie che sono destinate ad essere estinte entro un certo termine attraverso l'atto di adempimento, la loro sopravvivenza al di là da questo termine significa che la prestazione non è stata eseguita"*.

Tale è la ragione per cui, per quelle obbligazioni che devono eseguirsi entro certi limiti di tempo, si può spiegare il non richiedere al creditore la prova dell'inadempimento: il fatto è che l'inadempimento si assume essersi verificato per il tramite della presunzione di persistenza del diritto. Una volta considerata come operante tale presunzione d'inesecuzione del rapporto obbligatorio al di là del termine, sarà il debitore a doverla vincere, apportando le prove che egli ha adempiuto la sua obbligazione, soddisfacendo il creditore.

Anche in tale prospettiva si spiegherebbe il perdurare del carico probatorio completo (del titolo e dell'inadempimento) a carico del creditore per le ipotesi di obbligazioni negative, degli obblighi di protezione, e per i casi di inesatto adempimento. Infatti per le pretese creditorie che tutelano un interesse di salvaguardia contro la dannosa ingerenza del debitore o di terzi, la scadenza del termine di durata segna anche la normale estinzione del diritto. Si dice parimenti che nell'ipotesi di inesatto adempimento la presunzione di persistenza del diritto sarebbe del pari inoperante perché il creditore, nell'allegare che inesattezza vi è stata, ammette l'avvenuta esecuzione della prestazione, mentre la lamentata lesione, ad opera di un atto o di un certo modo di essere del bene prestato, viene riferita all'interesse al risultato creditorio oppure ad altri interessi.³⁴

A tale ragionamento si è obiettato che non esiste un nesso logico necessario tra scadenza del termine e mancato adempimento: anzi *"statisticamente, dovrebbe semmai pervenirsi ad una presunzione di regolare adempimento, così come è previsto espressamente per alcuni rapporti obbligatori"*.³⁵ Ma ciò che più vale è che quella di persistenza del diritto è appunto una presunzione che, in quanto tale, modificherebbe la regola generale sull'onere della prova, in base alla quale l'inadempimento andrebbe provato dal creditore.³⁶

Ad ulteriore obiezione, è stato rilevato, da coloro che ritengono esservi già in radice un principio di ripartizione nel senso dell'esonero del creditore dal provare l'inadempimento, che il vizio logico della teoria esposta consisterebbe in ciò:³⁷ nel richiamo che la teoria fa all'insufficienza dell'affermazione e della prova dell'avvenuto acquisto del diritto ai fini della tutela attuale; parrebbe, per contro, che nella dimostrazione dell'esistenza del diritto sia insita anche quella della sua persistenza nel momento in cui è stato promosso il giudizio per ottenere la condanna all'adempimento o alla risoluzione. Invece a detta di costoro la riafferma-

ta teoria del carico incombente al debitore e non al creditore trova supporto e valorizzazione nella massima *negativa non sunt probanda* e nel fatto che l'attore - creditore in sostanza deve sostenere semplicemente la prova del titolo che è l'unico fatto costitutivo.³⁸

Quest'ultima critica in particolare, più ancora della precedente, sembra voler trovare giovamento a mio parere in un dato normativo che non pare indicare tracce evidenti della presunzione in parola.

Ma se con questi argomenti si tende a mostrare che la presunzione di persistenza del diritto non convince pienamente come strumento atto a chiarificare come la prova dell'inadempimento non compete al creditore, neppure le altre argomentazioni sono atte a dare tale apporto.

Abbiamo infatti visto che a conclusioni diverse si giunge analizzando sotto altra prospettiva tanto il brocardo *negativa non sunt probanda*, quanto le teorie sulla inesistenza di una natura costitutiva del fatto inadempimento; si può giungere infatti, se non si considera valido perché superato il primo argomento (esclusione della prova dei fatti negativi), se si considera il secondo come molto più complesso e foriero di disparate posizioni (i fatti costitutivi vanno concretati dall'integrazione fisiologica e necessaria dei fatti lesivi), ed infine se si considera poco convincente l'ultimo pensiero riportato (presunzione di persistenza del diritto), a dover ritenere necessaria la prova dell'inadempimento nel caso di azioni di risoluzione.

Per le azioni di adempimento vale quanto si sostiene da parte della dottrina in riferimento alle obbligazioni positive, ma che a mio parere deve trovare più generale applicazione: nel caso di azioni di adempimento il creditore sostiene in definitiva che tra il momento in cui è sorto il credito e quello in cui ha promosso l'azione non è successo nulla (e perciò egli chiede la condanna del debitore all'adempimento), così dovrà provare solo il titolo.

Vorrei portare infine l'attenzione su un ultimo ma non meno importante aspetto della questione, peraltro incidentalmente trattato da una eminente dottrina.³⁹

Il ricadere del peso della prova si atteggia in diverso modo a seconda che dalla formula generica del 2697 c.c. si ritaglino le varie vicende processuali che si verificano nel giudizio in caso di mancata costituzione della parte convenuta.⁴⁰

Si è considerato che quando il convenuto è dichiarato contumace la concreta applicazione dell'art. 2697 viene influenzata sotto due aspetti: innanzi tutto il giudice non può tenere conto di quei fatti impeditivi, estintivi, modificativi che eventualmente il convenuto addurrebbe; infine le decisioni del giudice si formano sulla base delle prove proposte dal solo attore e dal Pubblico Ministero.

Orbene, laddove si tenesse fermamente acquisito che l'attore deve provare solo l'esistenza del titolo la regola di giudizio, nel caso di tale evenienza processuale, verrebbe viziata.

Ora è chiaro che, in un sistema improntato alla parità sostanziale delle parti nel processo, col fine precipuo di equamente e agevolmente garantire il diritto alla difesa (tanto che l'ordinamento riconosce al contumace di poter intervenire fino alla fine nel giudizio che lo riguarda), la tesi che stimo opportuno contestare favorirebbe comportamenti poco corretti, furbeschi, addirittura proditoriamente azionati. Basterebbe, ad opera di taluno, procacciarsi la prova del titolo e la vittoria sarà assicurata senza alcun altro sforzo, se, per di più, si considera che le eccezioni di cui parla l'art. 2697 sono eccezioni sostanziali, come tali non esperibili di ufficio, stante il disposto dell'art. 112 c.p.c.

Così non appare facile condividere la posizione della Cassazione nella sentenza in epigrafe perché, pur meritevole per aver reciso con un deciso colpo le incertezze tra gli operatori, non ha tenuto nel dovuto conto altre considerazioni che ugualmente avrebbero supportato l'opposta scelta di ritenere onere del creditore dar prova dell'inadempimento del debitore nel caso di azioni di risoluzione o

di risarcimento del danno, lasciando invece immutata e condivisa la tesi che richiede nel caso di azione di adempimento la sola prova del contratto.

In un caso si può pensare di rendere omogeneo il quadro di distribuzione della prova: quando, sia che si tratti di azione di adempimento, sia di risoluzione si controverta di cattiva esecuzione del contratto, di cattiva qualità della cosa alienata, di negligenza professionale in tema di prestazione d'opera intellettuale; allora il creditore sarà tenuto a dar prova dell'inadempimento anche nel caso di azione di adempimento.

Pasquale Edoardo Merlino

Note

¹ Cfr. SACCHETTINI in *Guida dir.*, 45, 2001, 45.

² Questa la massima espressiva dell'indirizzo prevalente ripresa dalla pronuncia di Cass. 29 gennaio 1993, n. 1119, in *Corr. Giur.*, 1993, 5, 568, con nota di MARICONDA. Si vedano inoltre Cass. 17 giugno 1968 n. 2024, in *Mass.* 1968; Cass. 7 settembre 1970 n. 1234, in *Mon. Trib.*, 1970, 1098; Cass. 27 maggio 1975 n. 2151, in *Mass.* 1975; Cass. 22 settembre 1981 n. 5166, in *Mass.* 1981; Cass. 24 giugno 1982 n. 3838, in *Mass.* 1982; Cass. 17 agosto 1990 n. 8336, in *Mass.* 1992; Cass. 17 novembre 1990 n. 11115 in *Mass.* 1990; Cass. 25 novembre 1994 n. 10014 in *Mass.* 1994; Cass. 9 gennaio 1997 n. 124, in *Mass.* 1997.

³ Si vedano Cass. 16 dicembre 1971 n. 3678, in *Mass.* 1971; Cass. 5 dicembre 1994 n. 10446, in *Mass.* 1994; Cass. 7 febbraio 1996, n. 973; Cass. 27 marzo 1998 n. 3232, in *Corr. Giur.* 1998, 784, con nota di MARICONDA; Cass. 15 ottobre 1999 n. 11629, in *Mass.* 1999.

⁴ Cass. , 27 marzo 1998, n. 3232, *cit.*, 784, ma praticamente identico il pensiero di costante giurisprudenza; si vedano ad esempio la risalente Cass. 17 aprile 1970, n. 1109, in *Foro it.*, 1970, I, 1911 e ss., e inoltre Cass. 31 marzo 1987, n. 3099; Cass. 5 aprile 1984, n. 2221; infine pressochè tutte le sentenze citate alle note precedenti.

⁵ La dottrina è pressochè tutta concorde nel ritenere la necessità che la prova dell'inesattezza della prestazione vada a carico dell'attore - creditore. Cfr. infatti, BIANCA, *Dell'inadempimento delle*

obbligazioni, in *Commentario al codice civile Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 1990, t.1, I, 176; MENGONI, voce *Responsabilità contrattuale*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 1097; DE CRISTOFARO, *Mancata o inesatta prestazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1994, 590 e ss.; PATTI, *Delle Prove, Disposizioni generali*, in *Commentario del codice civile a cura di SCIALOJA - BRANCA*, Bologna - Roma, 1990, 120; DI MAJO, voce *Pagamento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, 566 e ss.; LA SERRA in nota a Cass. 28 settembre 1960, in questa *Rivista*, 1960, I, 1, 296. In senso parzialmente diverso invece VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, 429, per il quale se si agisce per l'adempimento sarà il convenuto a dover provare l'esatto adempimento, mentre se si agisce per la risoluzione sarà l'attore a dover provare che l'adempimento è stato inesatto, cioè ripropone il diverso carico probatorio nell'adempimento e nella risoluzione anche per l'inesatto adempimento.

⁶ Tale affermazione (condivisa dal Verde per i casi di azione di manutenzione del contratto - vedi nota precedente), si pone in netto contrasto con la giurisprudenza antecedente, travatasi sempre unanime sulla questione della lamentata inesattezza nell'adempimento. Si vedano Cass. 28 febbraio 1963, *Sett. cass.* 1963, 133; Cass. 14 febbraio 1969, n. 513, *Foro it.*, 1969, I, 1153; Cass. 23 luglio 1973, n. 2156; Cass. 7 febbraio 1975, n. 474, *Foro it.*, 1975, I, 2787 con nota adesiva di DI LALLA; Cass. 20 agosto 1977, n.

3820, *Foro it.*, 1977; Cass. 21 dicembre 1978, n. 6141, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 953; Cass. 11 febbraio 1985, n. 1121, *Foro it.*, 1985; Cass. 17 maggio 1985, n. 3053, *Foro it.*, 1985, Cass. 7 febbraio 1996, n. 973, *cit.*, per le quali "l'attore, che non contesti che l'adempimento vi sia stato, ma assuma che tale adempimento sia difforme da quello convenuto e chieda perciò di essere risarcito, ha l'obbligo di fornire al giudice tutti gli elementi necessari per accertare la difformità addotta, costituendo questo il fondamento della domanda di risarcimento". Tale asserzione deve ritenersi una diretta e logica conseguenza dell'applicazione della teoria che ritiene non provabili i fatti negativi, giacché l'inesatto adempimento è per definizione non un fatto negativo ma un fatto positivo che si ricollega ad un altro fatto positivo. La diversa incidenza dell'onere della prova in tal caso, (per coloro che ritengono che il creditore debba solo dimostrare il titolo) si giustifica ripercorrendo il seguente iter logico: la domanda esercitata in caso di risoluzione per inesatto adempimento si fonda non sul fatto costitutivo del credito, come nel caso di inadempimento totale, bensì sulle circostanze ulteriori costituite dai vizi e dai difetti, ovvero dalla mancanza di qualità della prestazione resa rispetto a quella dovuta in base alle di volta in volta richiamate regole della buona tecnica professionale. In tal senso vedi anche COVIELLO, *L'obbligazione negativa*, II, Napoli, 1931, 60 ss.; DE CRISTOFARO, *cit.*, 595 e ss.;

CARNEVALI, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Commentario Sociologia - Branca*, Bologna - Roma, 1990, che peraltro cadono come gli altri nella ricerca della facilitazione dell'onere probatorio: tardività e inesattezza (che giustificano il carico di prova a carico del creditore, mentre diverso è il caso dell'inadempimento assoluto) sono infatti da costoro ritenuti come elementi costitutivi della fattispecie di inadempimento e così del diritto alla risoluzione del contratto solo perché più facile non è la prova; ma la differenza quantitativa di difficoltà non è argomento sufficiente per differenziare qualitativamente i diversi tipi di inadempimento. L'inadempimento resta tale sia che si configuri in mero ritardo, sia in inesattezza, sia in via assoluta. In sostanza, come si vedrà in seguito, il ricadere dell'onere di prova sul creditore deriva dalla regola generale dell'obbligo del creditore di provare il fatto dell'inadempimento nelle azioni di risoluzione e non è, come da alcuni sostenuto, eccezione all'opposto principio dell'onere del solo titolo.

⁷ Si veda MARICONDA, *Tutela del credito e onere della prova, la Cassazione ad una svolta?*, in *Corr. giur.*, 1998, 784; *Risarcimento del danno ed onere della prova*, *ivi*, 1996, 541 in commento a Cass. 27 marzo 1998 n. 3232 e Cass. 7 febbraio 1996 n. 973.

⁸ Cfr. Cass. 7 febbraio 1996, n. 973, che definisce "il criterio di riferibilità della prova, a seconda in concreto della possibilità per l'uno o per l'altro soggetto di provare fatti e circostanze che ricadono nelle rispettive sfere di azione (criterio al quale del resto si ispira l'art. 2697 nel distinguere tra fatti costitutivi, modificativi ed estintivi), cosicché è conforme a norma che la prova dell'adempimento, fatto estintivo del diritto per cui la tutela è richiesta dal creditore, (sia che agisca in via diretta che per il risarcimento), spetti al debitore convenuto in giudizio, che dovrà dare in sostanza la prova diretta e positiva di un fatto riferibile alla sua sfera di azione". In dottrina vedi ROPPO, *Istituzioni di*

diritto privato, Bologna, 1996, 393, secondo il quale "dato che l'inadempimento si produce prevalentemente nella sfera del debitore, è costui, molto più che il creditore, a possedere gli elementi che decidono se l'inadempimento gli è imputabile, o no".

⁹ Vedi inoltre *supra* in nota 7 sulle ragioni che rendono comunque necessario ritenere onere dell'attore provare l'inesattezza.

¹⁰ Si veda ANDRIOLI, *Prova*, in *Nss. D.I.*, XIV, 293; MICHELLI, *In tema di onere della prova dell'inadempimento*, *Giur. it.*, 1960, I, 1420.

¹¹ Su questo aspetto in particolare il MARICONDA, *cit.*, 793, puntualizza invece che la differenza esistente tra i due diritti azionabili con il 1453 c.c., insita nel fatto che la fattispecie costitutiva del diritto alla risoluzione presuppone l'importanza dell'inadempimento, non è circostanza da cui "può trarsi certo la conseguenza che la prova dell'importanza del ritardo dell'inadempimento implichi la prova, a carico del creditore, anche del mancato adempimento". Sul thema probandum l'esposizione nel testo è in sintesi la concettualogia che prende le mosse dal pensiero del MICHELLI, *cit.*, 1420, e dal precedente remoto che trovasi in CARNELUTTI, *Appunti sulle obbligazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 1915, I, 621. Al contrario la dottrina classica, attestata sugli antecedenti insegnamenti del CHIOVENDA (*Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, 1936, 344) ha sempre ritenuto la derivazione dall'articolo 2697 c.c. di temi fissi di prova, desumibile dalla causa pretendi dell'azione. Si argomenta infatti che l'art. 2697 stabilisce la facoltà, cui subordina il perseguimento del diritto richiesto, di provare i fatti su cui il diritto preteso è fondato. Ora poichè l'oggetto costitutivo della pretesa si determinerebbe unicamente in rapporto al diritto sostanziale che disciplina la fattispecie legale dedotta in giudizio, antecedentemente al giudizio e a prescindere da esso, allora la prova dovrà vertere su uno ed un solo fatto, o su una sola categoria di fatti, costitutivi di quel diritto. Da ciò

deriverebbe l'esistenza di un unico *thema probandum* nel caso di azioni ex articolo 1453 c.c., e precisamente il *factum probandum* consisterebbe nel titolo da cui l'obbligazione sorge, con la conseguenza che rimanendo l'obbligazione sempre identica a se stessa, nella sua ragione genetica, dopo l'inadempimento del debitore, sia che si domandi l'adempimento sia che si domandi la risoluzione o il risarcimento sarà il titolo a dover essere provato.

¹² Il punto sarà approfondito più avanti. L'omessa inclusione di una norma plasmata fedelmente sull'articolo 1312 c.c. abrogato, è stata infatti utilizzata da molti come chiave di lettura nel senso esposto nel testo. In particolare di tale opinione sono il MICHELLI, *L'onere della prova*, Padova, 1966, 438; e il CARBONE, *Obbligazioni di mezzi e di risultato tra progetti e tatuaggi*, in *Corr. giur.*, 1997, 5, 546 in commento a Cass. 8 aprile 1997, n. 3046 e Cass. 21 aprile 1997, n. 2540. Quest'autore, in particolare, opina che "il mutamento dello scenario normativo è nel senso che la prova dell'inadempimento dovrebbe essere a carico del creditore, in attuazione dei principi di carattere generale, quale elemento costitutivo della pretesa, sia in relazione all'adempimento che al risarcimento dei danni" ma poi conclude riconoscendo che "benchè l'inadempimento resta in astratto un fatto costitutivo a carico del creditore... il creditore in concreto viene esonerato dall'onere della prova sulla base della presunzione di persistenza del diritto e si addossa al debitore l'onere della prova contraria e cioè dell'adempimento che si pone come fatto estintivo dell'obbligazione". Altri invece ritengono che l'elisione dell'abrogato articolo non implica di per sé nessun cambio di prospettiva interpretativa e il principio sarebbe invece per intero implicitamente trasfuso nell'attuale norma, salvo poi essere costretti a ricorrere ad altre argomentazioni esterne allo stretto tenore letterale. Per tale opinione si veda in particolare MARICONDA, *cit.*, 787 che

sottolinea come “contro questa conclusione (quella della prova dell’inadempimento a carico del creditore) sono stati prospettati argomenti ulteriori rispetto a quello desumibile dagli articoli 1218 e 2697”, argomenti ulteriori desumibili dalla cosiddetta presunzione di persistenza del diritto, riferibilità della prova, distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale.

¹³ La presenza di una norma a carattere generalissimo è il riflesso della tradizione giuridica tedesca in materia. Nella norma sull’onere della prova si riflette una collaudata tradizione di pensiero sorta da un costruttivo e simbiotico scambio tra dottrina italiana e dottrina tedesca. Quest’ultima, mancando nel BGB una norma simile al 1312 abrogato, aveva elaborato la teoria della *Beweislast* (onere della prova). Con precisione aveva così “costruito la trama di fatti costitutivi, modificativi, estintivi, ai fini dell’individuazione del soggetto cui compete la prova, e per fissare la misura dell’onere da dividere tra chi afferma e chi contesta il diritto (le categorie così delineate sono passate nella formula del nostro articolo 2697 c.c.) (vedi RESCIGNO, *Introduzione* al vol. 19 del *Trattato di diritto privato*, Torino, 1985, 14). L’impalcatura concettuale della *Beweislast* era il frutto diretto e consequenziale della teoria, sempre di genesi germanica, della *Normentheorie* (la nota teoria elaborata dal ROSENBERG in *Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zinilprozessordnung*, Berlino, 1952). Sulla base di essa si ritiene che una norma possa essere applicata solo quando sussistono tutti i presupposti di fatto richiesti dalla stessa. La parte quindi deve di conseguenza provare l’esistenza di tutti i presupposti previsti dalla norma di cui invoca l’applicazione (ROSENBERG, *cit.*, 90 e ss.). Una siffatta regolamentazione, rispondente a comuni principi di logica applicati alla premessa, ha come naturale corollario il criterio della ripartizione anche sulla base del rischio dello svantaggio sopportato in caso di mancata prova (sulla rilevanza

che la separazione del rischio ha nella discussione si veda anche la nota successiva). Punto di arrivo di tale ragionamento è che l’onere grava sulla parte che intende godere gli effetti favorevoli derivanti dall’applicazione della norma. In argomento vedi inoltre WACH, *Die Beweislast*, Leipzig, 1901, 10 e ss.; BLOMYER, *Beweislast und Beweiswürdigung in Zivil und Verwaltungsprozess*, in *Verhandlungen des 46. D.J.T.*, Teil 2 a, 4; GRUNSKY, *L’onere della prova nel diritto tedesco*, in *Le prove nel diritto civile, amministrativo, tributario*; infine PATTI, *Delle prove*, cit., 85 con citazioni bibliografiche. Peraltro la suddetta teoria, pur indiscussa nelle basi, non tardò ad incontrare critiche che pongono in luce problematiche molto simili a quelle individuate nell’esperienza italiana. Si contestava infatti come lo schema così genericamente delineato non poteva essere quasi mai applicato nella pratica, e perchè le norme spesso sono poco chiare nell’individuazione della fattispecie, e perchè renderebbe in troppi casi eccessivamente difficile la posizione di chi agisce in giudizio; così vennero create regole integrative a seconda dei singoli casi. In definitiva si pose l’accento su come spettasse all’interprete, arguire, rispetto alle singole fattispecie concrete, quale sia stata la scelta del legislatore (PATTI, *Il diritto civile tra crisi e riforma dei codici*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, I, 85 e ss. cui si rimanda per ulteriori riferimenti bibliografici).

¹⁴ Ribadiamo che l’applicazione dell’art. 2697 c.c. si presenta difficoltosa nei casi in cui risulta dubbia l’assegnazione di un fatto alla categoria dei fatti costitutivi ovvero a quella dei fatti impeditivi e estintivi: di inappuntabile chiarezza, ai fini di illustrare le difficoltà applicative connesse alla regola, pare la spiegazione che dà CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Milano, 1995, 168. L’autore in particolare afferma che: “il fatto che difesa ed eccezione si distinguono essenzialmente dal punto di vista del rischio della mancata prova, poiché solo l’eccezione si colloca

nell’area di quei fatti per cui il rischio è sopportato dal convenuto, sembrerebbe implicare che l’interprete possa agevolmente determinare se il fatto da provare ha efficacia costitutiva oppure impeditiva, estintiva, modificativa. Ed invece al riguardo l’art. 2697 pone una norma in bianco, perché non ne disegna i confini: talora facili, altre volte delicati”. Per le diverse prospettive di analisi dei fatti costitutivi, impeditivi, modificativi ed estintivi vedi CHIOVENDA, cit., 5, SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa. Considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, 331 e ss.; FALZEA, voce *Fatto giuridico*, *Enc. Ddir.*, 945 e ss.; SACCO, *Presunzione, natura costitutiva ed impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 405 e ss.; SENOFONTE, *Il fatto impeditivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 1525 e ss.; COLESANTI, voce *Eccezione*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 172.

¹⁵ L’affermazione gode del suffragio pressoché unanime della giurisprudenza e della dottrina: per tutti si vedano TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 69; DE CRISTOFARO, cit., 567; BIANCA, cit., 175 e ss. Esprime qualche dubbio SACCO, *Presunzione, natura costitutiva o impeditiva del fatto, onere della prova*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 414 e ss.

¹⁶ Così in particolare Bianca, *op. ult. cit.*, 175 e ss. che riconosce come “effettivamente deve ammettersi che la domanda giudiziale... esprime una pretesa che assume a suo fondamento il fatto dell’inadempimento del rapporto obbligatorio” salvo poi sottolineare che, per la presunzione di persistenza del diritto, “siffatto riconoscimento, per altro, non si traduce nella costante necessità di una prova specifica dell’inesecuzione della prestazione”. Sull’identico peso specifico che l’inadempimento assume in entrambe le azioni contemplate dal 1453 c.c. si esprime anche il CARNEVALI, cit., 75, il quale sottolinea che se la condanna all’adempimento “è preceduta da una fase di accertamento”, così pure la domanda di risoluzione lo è. Dopo “siffatta fase preliminare di

accertamento ...una volta provati i fatti costitutivi del diritto dedotti in giudizio, diviene immediatamente operante la presunzione di persistenza del diritto e di in esecuzione della prestazione, al pari di quanto si suole affermare in relazione alla domanda di condanna all'inadempimento... Non vi è alcuna ragione, né logica, né di opportunità, perché...si deroghi a quanto praticato allorché l'inesecuzione della prestazione dà luogo ad un domanda di adempimento". Sempre tra chi ritiene che la prova che grava sul creditore è quella del solo titolo si è detto che "il diritto alternativo di chiedere l'adempimento o la risoluzione è attribuito, dall'art. 1453 c.c., alla parte fedele al contratto sulla base del medesimo fatto dell'inadempimento, onde le due azioni non possono essere soggette a diversi regimi di prova", DE CRISTOFARO, *cit.*, 567. Si afferma anche da parte di GENTILE, *Le prove civili*, Roma, 1960, 28 e ss. che "a norma dell'art. 1453 c.c.,

l'inadempimento è un elemento comune tanto dell'azione diretta ad ottenere l'esecuzione del contratto, quanto all'azione di risoluzione, sicché se esso fosse considerato come fatto costitutivo della domanda attrice bisognerebbe concludere che, anche quando il creditore chiede l'adempimento, egli deve provare l'inadempimento, il che è unanimemente escluso".

¹⁷ Propensi a considerare l'inadempimento fatto costitutivo della risoluzione MICHELLI, *cit.*, 370 e ss.; RAVAZZONI, in *Studi per Donatuti*, II, 957 e ss.

¹⁸ Cfr. in particolare, a supporto di tale concezione, MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, I, Torino, 1995, 147. In Mandrioli tra l'altro si fa riferimento al fatto che nelle obbligazioni di genere "l'allegazione del fatto costitutivo già determina il fatto lesivo implicitamente affermato con il fatto stesso della proposizione della domanda": ma il richiamo, lungi dall'essere di supporto al ritenere che basta la prova del solo fatto costitutivo del credito, dimostra invece che nei casi in cui il fatto lesivo non è implicitamente desumibile

dalla domanda debba andar dedotto e provato dal creditore. Altri invece hanno argomentato contro l'ipotesi espressa nel testo sulla base dell'osservazione che "pare poco plausibile che il fatto dell'omesso adempimento venga costruito come costitutivo del diritto alla risoluzione mentre il suo contrario, cioè l'avvenuto adempimento, è considerato pacificamente fatto estintivo del diritto all'adempimento", MARICONDA, *cit.*, 793, da ciò desumendo che il fatto dell'avvenuto adempimento è solo fatto estintivo mentre "l'articolo 1453 c.c. configura quale alternativi i due diritti legando l'uno e l'altro al medesimo fatto costitutivo, da individuarsi nel ritardo dell'adempimento e quindi nella persistenza del credito enunciato dall'attore". Secondo altra parte della dottrina invece non è l'inadempimento che si pone come fatto costitutivo della domanda di risoluzione, ma è l'adempimento che si pone come fatto estintivo dei diritti sorti con il contratto e coevamente in favore del creditore (così SEGRETO, *La ripartizione dell'onere della prova in tema di risoluzione per inadempimento*, in *Giust. civ.*, II, 2000, 187) partendo dall'osservazione che "il diritto alla risoluzione del contratto, come l'obbligo del risarcimento in caso di domanda autonoma e non accessoria, conseguente all'inadempimento, attua una responsabilità del debitore coeva al sorgere del rapporto obbligatorio". Ma a tali obiezioni si può rispondere col seguente sillogismo, ponendo l'accento in particolar modo sulla premessa maggiore: il fatto dell'inadempimento è, dal punto di vista del suo verificarsi nel mondo fisico, obiettivamente diverso dall'adempimento (e ciò è anche ultroneo dimostrare); ad esso inadempimento, per quanto detto *supra*, si conferisce natura di fatto lesivo necessario ad integrare il fatto costitutivo semplice del titolo genetico dell'obbligazione; allora l'inadempimento deve considerarsi come integrante il fatto costitutivo semplice e di questo deve seguire la sorte in tema di onere probatorio.

¹⁹ Una chiara formulazione del concetto si legge già in MICHELLI, *L'onere della prova*, *cit.*, 439; l'argomento è stato affrontato tralattivamente dalla giurisprudenza tutta richiamata alle note 1 e 4. Cfr. anche FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, 35-36. Si riporta qui la massima costantemente riproposta in giurisprudenza: "Il creditore che agisca per l'adempimento della prestazione è tenuto unicamente a fornire la prova del rapporto o del titolo dal quale deriva il suo diritto alla prestazione e non anche alla prova di un fatto negativo qual è il mancato adempimento, poiché quest'ultimo integra il fatto estintivo per eccellenza dell'obbligazione, la cui prova incombe al debitore che la *excepisca*"; da Cass. 11 marzo 1994, n. 2369, in *Mass.* 1994 (nella specie l'onere della prova positiva dell'effettuata consegna dei certificati di deposito gravava sulla banca debitrice, non potendosi addossare al creditore l'onere della prova negativa del mancato adempimento): peraltro la giustificazione dell'asserzione va al di là del semplice riferimento al brocardo *negativa non sunt probanda* perché la giurisprudenza stessa riconosce la possibilità che tale fatto sia e debba essere provato (in particolare vedi *infra* al paragrafo successivo).

²⁰ Per una completa analisi in tal senso vedi VERDE, *L'onere della prova nel processo civile*, Napoli, 1974, 292 e ss.

²¹ Vedi VERDE, *cit.*

²² Vedi VERDE, *cit.*

²³ Nondimeno lo stesso autore (VERDE, *cit.*, 424 e ss.) non ritiene sufficiente ciò per richiedere la prova dell'inadempimento anche nel caso di azione di adempimento giacché la lettera stessa del 1453 è, a detta dell'autore, solo indicativa ed esemplificativa e non tiene conto di tutti i problemi di ripartizione dell'onere della prova.

²⁴ La Cassazione sempre più frequentemente ha statuito che la deduzione di un fatto negativo non esonera dall'onere della prova che sempre incombe a che chiede una pronuncia giudiziale. Si vedano Cass. 16 luglio 1969, n. 2612; Cass. 6 dicembre 1972 n. 3515, in questa *Rivista* 1973, I,

192; Cass. 22 ottobre 1976, n. 3741; Cass. 28 aprile 1981 n. 2586, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 560; Cass. 15 giugno 1982 n. 3644; Cass. 10 marzo 1986 n. 1614 in *Nuova giur. civ. comm.* 1986, I, 598; Cass. 23 dicembre 1991, n. 13872; Cass. 28 novembre 1992 n. 12746; Cass. 20 maggio 1993 n. 5744; Cass. 13 febbraio 1998 n. 1557 in questa *Rivista*, 1999, I, 249 con nota di ROSETTI. Eppure, è doveroso ricordare, la corrente asserzione giurisprudenziale che, in applicazione dei chiari dati normativi ora citati, pone a carico dell'attore la prova del fatto negativo, non traslascia le difficoltà di ordine pratico connesse a tale onere. Così la Cassazione, in tema di ripetizione dell'indebito, dopo aver confermato che "la prova del fatto negativo, e cioè dell'inesistenza della causa debendi, può anche consistere nella prova di un fatto, apparentemente negativo, ma sostanzialmente positivo", ha peraltro chiarito che, per evidenti ragioni equitative, "al solvens compete determinare la causa di ciascun pagamento e anzi la configurazione di questo in riferimento ad un determinato obbligo conforme: conseguentemente, nella successiva azione di ripetizione dell'indebito, il solvens deve dimostrare l'inesistenza solo di quella causa da lui stesso individuata all'atto del pagamento, incumbendo all'accipiens la dimostrazione di un'eventuale altra fonte di debito" (Cass. 28 luglio 1997, n. 7027). Ma già prima per Cass. 9 aprile 1975, n. 1304 "il condomino, il quale contesti la liceità della modifica apportata da altro condomino alla parte di edificio di proprietà comune, nel suo esclusivo interesse, in quanto tale modifica non consente analogo uso da parte di altri condomini, deve dare la prova dell'allegata impossibilità di analogo uso, ma può farlo anche in via indiretta e presuntiva". Ciò detto ribadiamo che non bisogna dimenticare il dato raggiunto e convenzionalmente condiviso: anche la prova del fatto negativo deve essere data da colui al quale essa incombe.

²⁵ In particolare si veda Cass. 20 febbraio 1998, n. 1790.

²⁶ Di diverso avviso DONDI in nota a Cass. 10 marzo 1986, n. 1614, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, 598; e inoltre MARICONDA, cit., 788,, che in linea di principio ammette che non vi sono sostenibili ragioni normative - giuridiche per cui debba essere esclusa la prova dei fatti negativi ma poi afferma che comunque "la corrente affermazione giurisprudenziale della possibilità di provare i fatti negativi mediante la prova dei fatti positivi contrari si rivela, in concreto, inutilizzabile in tutti i casi in cui il contenuto negativo allegato presenta contenuto concretamente indefinito e non può pertanto essere desunto dalla prova dei fatti positivi contrari".

²⁷ Si veda PATTI, *Prova*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, 4; PATTI, cit., 119 e ss.; TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da CICU e MESSINEO e continuato da MENGONI, Milano, 1992, 117 e ss.; DE CRISTOFARO, cit., 576 e ss.; COVIELLO, cit., 59.

²⁸ Si veda in particolare Cass. 13 febbraio 1998, n. 1557, in un caso in cui un soggetto richiedeva la censura della sentenza di merito, sentenza che aveva rigettato una richiesta di ripetizione dell'indebito per somme eccedenti le spese sostenute da terzi per le migliorie all'appartamento del ricorrente. La corte di merito aveva ritenuto non provato, da parte attrice, il fatto dell'eccedenza (eccedenza per cui il pagamento delle spese sostenute era per questo privo di causa solvendi), e per questo aveva rigettato la domanda. Conformemente alla curia del merito la Cass. ritenne di non accogliere il ricorso perché "la prova del difetto di causa solvendi... può anche consistere nelle dimostrazione che il pagamento è stato ricevuto in maniera eccedente, e che, quindi, per l'eccedenza è privo di causa solvendi" circostanza desumibile non necessariamente dal riferimento ad "un obbligo inesistente, ma dalla difformità quantitativa rispetto ad un obbligo esistente". E la difformità quantitativa è senza dubbio un fatto negativo di cui pure al Corte aveva richiesto la prova.

²⁹ Così, già sotto il vigore del codice abrogato, VENZI, *Manuale di diritto civile italiano*, Torino, 1933, 205 ss; inoltre vedi autori citati a nota 26; si confronti infine ESMEIN, *Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée la responsabilité délictuelle*, *Rev. Trim. dr. Civ.*, 1933, 644 e ss.

³⁰ Le negazioni dei fatti estintivi sarebbero "negazioni che, esplicite o implicite, tendono semplicemente ad evidenziare lo stato di insoddisfazione del diritto in conseguenza del mancato conseguimento degli obiettivi perseguiti dal titolare", MARICONDA, cit. 788 - 789, per il quale "è necessario distinguere tra i casi nei quali la norma regolatrice di una data fattispecie colleghi l'effetto al concorso tra fatti positivi e fatti negativi concorrenti e casi che sono contrassegnati dalla presenza di soli fatti positivi produttivi di un determinato effetto che può essere paralizzato, modificato o estinto, da altri fatti positivi". Da questa premessa egli giunge a ritenere che "non appaiono del tutto convincenti le critiche che vengono formulate al brocardo *negativa non sunt probanda*" se si vuole, dice l'autore, con tale ditterio asserire che non deve essere data la prova della mancanza dei fatti modificativi e/o estintivi. Da ciò l'autore deriva che il fatto dell'inadempimento sarebbe in realtà la negazione del fatto estintivo dell'adempimento; come tale non competerebbe all'attore provarlo in quanto il fatto estintivo è cosa diversa da un fatto negativo che concorre col fatto costitutivo semplice alla formazione della fattispecie.

³¹ Perché l'inadempimento in tali casi si sostanzia in un evento positivo. Infatti se la domanda di risoluzione si fonda sull'inadempimento di una obbligazione negativa (astenersi da una qualche attività; permettere al creditore un'attività o un comportamento che il debitore potrebbe altrimenti vietare), l'attore in risoluzione è tenuto a dare la prova del fatto positivo (esercizio dell'atto o dell'attività vietata, impedimento arrecato dal debitore all'atto o attività del creditore) che concreta la

violazione imputata al debitore. Vedi in proposito CARNEVALI, *cit.*, 74; VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Il codice Civile - Commentario diretto da SCHLESINGER*, sub art. 1218 - 1222, 471 - 472; VERDE, *cit.*, 427; COVIELLO, *L'obbligazione negativa*, II, 59 e ss.; BIANCA, *Dell'inadempimento*, *cit.*, 176, che peraltro ricollega ciò al fatto che risulta inoperante la presunzione di persistenza del diritto poiché "la dimostrazione dell'originaria esistenza del credito non consente quindi alcuna deduzione nel senso della sua in esecuzione".

³² La Corte infatti nella sentenza ritiene che "Il principio di presunzione di persistenza del diritto, in virtù del quale, una volta provata dal creditore l'esistenza del diritto destinato ad essere soddisfatto entro un certo termine, grava sul debitore l'onere di dimostrare l'esistenza del fatto estintivo, costituito dall'inadempimento, deve ritenersi operante non solo nel caso in cui il creditore agisca per l'adempimento, nel quale caso deve soltanto provare il titolo contrattuale o legale del suo diritto, ma anche nel caso in cui, sul comune presupposto dell'inadempimento della controparte, agisca per la risoluzione". Si veda anche Cass. 27 marzo 1998, n. 3232, *cit.* che peraltro si cura di sottolineare che "essa vale in relazione ai normali tempi di adempimento". Per la dottrina si veda BIANCA, *cit.*, 128 e ss.; CARNEVALI, *cit.*, 75; CARBONE, *cit.*, 554; MENGONI, *cit.*, 1095, il quale si esprime in realtà in altri termini parlando di "principio probatorio di equivalenza tra l'effetto dell'acquisto del diritto e la titolarità attuale del medesimo".

³³ Vedi BIANCA, *cit.*, 175.

³⁴ In particolare per il contenuto specifico della prova dell'inadempimento nelle obbligazioni di salvaguardia si veda BIANCA, *cit.*, 177 e ss., il quale analizza le varie forme in cui può concretizzarsi l'inadempimento, distinguendo casi in cui l'obbligo del debitore è di preservare un bene da danni, casi in cui il debitore è tenuto a non mettere in pericolo l'incolumità del creditore (es. trasporto di persone, prestazioni

di albergo), casi in cui siano dedotte prestazioni traslative (ad esempio la vendita). Di rilievo è proprio il caso della vendita per la quale si ritiene che la prova dell'inesattezza della prestazione è raggiunta attraverso la diversità o difformità del bene rispetto a quello pattuito. Anche sul prezzo della compravendita si afferma che, parimenti, grava sul venditore che agisce per la realizzazione del credito, l'onere di provare l'ammontare del prezzo. Egualmente graverebbe, di conseguenza, sul venditore l'onere di provare gli altri eventuali elementi che concorrono a determinare il diritto al prezzo, così ad esempio, la pronuncia del terzo a cui sia stata rimessa la fissazione del prezzo, oppure i dati rilevanti nel caso di determinazione legale del prezzo. Vedi in proposito Cass. 8 gennaio 1966, n. 139, in questa *Rivista*, 1966, I, 701 e 2265, con nota di MARINI; più di recente PATTI, *Delle prove*, *cit.*, 121. A ulteriore riprova dell'incombenza al creditore dell'onere probatorio dell'inadempimento e delle forme del suo manifestarsi, si può proporre anche l'esempio dello SCARDACCIONE, *Le prove*, Torino, 1965, 56 e ss., il quale osserva (da Cass. 25 ottobre 1957, n. 4107), che in caso di eccezione sull'ammontare del prezzo, sollevata dal convenuto compratore, sarà il venditore onerato di dar prova che quello da lui richiesto è il prezzo contrattualmente stabilito, ovvero che è conforme ai prezzi correnti. Se non fosse vera l'asserzione dell'onere a carico del creditore, il venditore ben potrebbe limitarsi alla richiesta del pagamento e la regola di giudizio, in caso di eccezione del convenuto, qualora l'eccezione non fosse da lui comprovata, faciliterebbe senza dubbio il venditore alla vittoria della causa.

³⁵ Così PATTI, *Delle prove*, *cit.*, 119; ne riproduce il pensiero MARICONDA, *cit.*, 790 il quale enuncia che "se infatti certi rapporti sono normalmente estinti entro determinati termini si dovrebbe presumere non l'inadempimento, bensì l'adempimento". Il primo, più

particolarmente, sottolinea come l'obbligazione nasce per estinguersi, e di conseguenza dovrebbe parlarsi all'inverso di presunzione di estinzione del diritto. In conseguenza, a suo parere, ciò che deve piuttosto dimostrarsi è proprio la sopravvivenza del diritto al di là del termine consensuale o legale. Ma, aggiungo, quando vi è sopravvivenza oltre il termine vi è, per ciò solo, inadempimento, e provare la sopravvivenza sarà provare l'inadempimento. Il DE CRISTOFARO, *cit.*, 567, sottolinea, inoltre, come l'espresso riferimento al decorso del termine finale del vincolo, quale momento condizionante il sorgere della presunzione di persistenza dell'obbligazione, costringerebbe ad ammettere la necessità di una distribuzione diversa dei carichi probatori qualora il creditore facesse valere la violazione del suo diritto in un momento antecedente allo spirare del termine, nel qual caso egli dovrebbe dare prova dell'inadempimento.

³⁶ Così BIANCA, *cit.*, 175.

³⁷ Vedi compiutamente in tal senso MARICONDA, *cit.*, 791; e MENGONI, *voce Responsabilità contrattuale*, *cit.*, 1095.

³⁸ Vedi MARICONDA, *cit.*, 791, e PATTI, *Delle prove*, *cit.*, 119, per il quale, oltre ai riferimenti dati nel testo, "la regola giurisprudenziale, secondo la quale il creditore deve provare l'esistenza del rapporto o del titolo e la scadenza del termine ma non l'inadempimento, non si giustifica quindi, in base ad una presunzione di persistenza del diritto, collegata alla prova della scadenza del titolo, bensì in corrispondenza alla ripartizione del rischio relativo alla prestazione". Per le fondamenta di tale principio della ripartizione del rischio si veda quanto detto *supra* a nota 13.

³⁹ Vedi infatti ANDRIOLI, *cit.*, 296.

⁴⁰ Problemi di equità non si presentano nel caso inverso dell'attore contumace poiché in tali situazioni il convenuto può decidere se dare o meno prosecuzione al processo.

CORTE DI CASSAZIONE	
SEZIONE	I CIVILE
SENTENZA	3 AGOSTO 2001, N. 10699
PRESIDENTE	REALE
RELATORE	FIORETTI
P.M.	PALMIERI (CONCL. CONF.)
PARTI	METANPROGETTI S.R.L. (AVV.TI VITUCCI, TISA) COMUNE DI CATANIA (AVV.TI NAPOLITANI, SAITTA)

Arbitrato e compromesso - Lodo arbitrale - Impugnazione per nullità - Notificazione presso il difensore domiciliatario costituito nel procedimento arbitrale - Inesistenza - Inammissibilità dell'impugnazione

L'impugnazione per nullità del lodo arbitrale rituale, notificata presso il difensore domiciliatario costituito nel giudizio arbitrale, è inammissibile, essendo tale notifica inesistente, in quanto effettuata in un luogo e nei confronti di un soggetto che non ha più alcun collegamento con il destinatario dell'atto.

La natura privata dell'arbitrato rituale, la sua autonomia e antiteticità rispetto al giudizio civile ordinario, portano a escludere ogni rilevanza, al fine della notifica dell'impugnazione per nullità del lodo, all'elezione compiuta dalla parte presso il suo difensore, poiché il mandato difensivo esaurisce tutti i suoi effetti, con l'espletamento dell'incarico ricevuto, nell'ambito del giudizio arbitrale.

La sentenza così motiva:

Svolgimento del processo

Con deliberazione n. 2713 del 21 giugno 1989 la Giunta Municipale di Catania affidava l'incarico della progettazione e direzione dei lavori della rete di metanizzazione del territorio comunale alla Società Metanprogetti s.r.l., che avrebbe dovuto avvalersi della collaborazione dell'Azienda Autonoma Municipale del Gas e seguire le direttive dell'Ufficio Tecnico Comunale. Con la stessa delibera veniva approvato il testo del disciplinare d'incarico da stipulare con la società summenzionata e previsto che l'importo delle opere da realizzare avrebbe dovuto includere, ex art. 7 L. R. n. 21/85, le competenze tecniche da corrispondere alla società incaricata.

Al punto E) della delibera veniva espressamente stabilito che la spesa per le competenze tecniche avrebbe dovuto gravare esclusivamente sui finanziamenti che sarebbero stati concessi sulla base delle leggi speciali in materia.

Nella delibera si premetteva che il Comune di Catania era interessato al programma di metanizzazione, per la realizzazione di una nuova rete di distribuzione e per la trasformazione e l'ampliamento di quella esistente, mediante l'utilizzazione delle agevolazioni finanziarie previste sotto forma di contributi in conto capitale ed in conto interessi e che, per poter accedere ai finanziamenti era necessario provvedere alla progettazione relativa, motivo per cui già con deliberazione n. 1500 del 14.3.1983 la G.M aveva affidato alla Società Metanprogetti s.r.l. la redazione del progetto, di poi approvato con deliberazione n. 2964 del 10.7.1985 (il che aveva consentito al Comune di richiedere alle competenti autorità con nota, 2427/85 del 10.8.1985 i benefici finanziari di cui alla L. n. 784/1980); che tale progettazione (unitamente a quella redatta dall'Azienda Autonoma Municipale del Gas - A.A.M.G. - per l'ammodernamento della rete esistente) non era più da prendere in considerazione e andava revisionata sia per il tempo trascorso sia per le innovazioni tecnologiche nel frattempo intervenute, per cui, non potendosi fare ricorso al proprio personale o alla A.A.M.G. per mancanza delle necessarie strutture tecniche, si ravvisava l'opportunità di affidare il nuovo incarico alla stessa Società Metanprogetti s.r.l., la quale non aveva ricevuto alcun compenso per la redazione del precedente progetto e si era dichiarata disposta a rinunciare ad ogni pretesa previo conferimento del nuovo incarico e tenuto

conto, pure, dei ristretti temporali in cui il nuovo progetto doveva essere completato e inviato per la richiesta dei finanziamenti.

Le parti sottoscrivevano il disciplinare d'incarico il 10.8.1989.

La Società Metanprogetti s.r.l. espletava il nuovo incarico, redigendo un progetto generale e sei progetti-stralcio, tutti trasmessi al Comune il 15.9.1989.

Con deliberazione del 23.9.1989, emessa con i poteri del consiglio e salva ratifica stante le ragioni di particolare urgenza, attesi i termini di scadenza previsti dal CIPE in data 30.9.1989, la G.M. approvava gli elaborati progettuali così come redatti dalla Società Metanprogetti s.r.l., nonché il complesso e cospicuo piano finanziario relativo all'opera progettata (comprensivo delle spese tecniche)

Tale delibera non veniva mai ratificata dal Consiglio Comunale.

Con nota n.638377/94 il Ministero dell'Industria comunicava al Comune che la città di Catania non era rientrata nei finanziamenti relativi al Programma comunitario 1989-1993 (metanizzazione del Mezzogiorno), di cui alle delibere del CIPE 11.2.88 e 21.12.89.

Il Comune, a seguito di tale comunicazione, non corrispondeva alcun compenso alla Società Metanprogetti s.r.l. per cui questa, con atto notificato il 16.9.1994, introduceva, sulla base della clausola compromissoria prevista all'art. 22 del disciplinare, il giudizio arbitrale, richiedendo agli arbitri se, per l'attività prestata le competesse la somma di £ 5.917.574.162 oltre IVA, tassa previdenza e rimborso diritti di segreteria, e le spettassero gli interessi moratori al tasso convenzionale di sconto e le spese tutte del giudizio.

Con lodo, emesso il 23.2.1996, dichiarato esecutivo dal Pretore di Catania con decreto del 6.3.1996, gli arbitri condannavano il Comune di Catania al pagamento, a favore della Società Metanprogetti s.r.l., della somma di £ 5.145.715.830 oltre interessi.

Avverso tale decisione arbitrale, notificata il 18 aprile 1996 unitamente all'atto di precetto, il Comune di Catania proponeva impugnazione per nullità dinanzi alla Corte d'appello di Catania, che, in accoglimento dell'impugnazione, dichiarava la nullità del lodo stesso e rigettava la domanda, proposta dalla Società Metanprogetti s.r.l. nei confronti del Comune di Catania con l'atto di accesso agli arbitri notificato il 16.9.1994.

A sostegno della decisione la corte d'appello osservava:

che il compenso professionale per l'attività espletata dalla Società Metanprogetti s.r.l. era regolamentato dall'art. 13 del disciplinare d'incarico, il quale prevedeva al comma primo: "le somme per onorario e spese, dovute per lo studio e la redazione del progetto di cui alla presente convenzione verranno corrisposte al professionista ad opera finanziata"; al terzo comma: "trascorso un biennio dalla data dell'approvazione del progetto da parte della Amministrazione sarà in ogni caso corrisposta dall'Amministrazione al professionista la somma spettantegli in via definitiva per onorario di progettazione, rimborso spese ed oneri";

che la deliberazione della Giunta del 23.9.89 di approvazione del progetto generale e dei sei progetti stralcio, elaborati dalla società menzionata, era valida ed efficace per la parte relativa all'approvazione dei progetti, trattandosi di materia riservata dalla legge alla competenza della giunta municipale, ma, essendo stata adottata "con i poteri del consiglio e salvo ratifica" e non essendo stata mai ratificata dal consiglio comunale, doveva ritenersi priva di effetti per la parte riguardante l'approvazione del piano finanziario (adesione ai finanziamenti statali e comunitari e in parte accensione dei mutui), trattandosi di materia riservata alla competenza del consiglio comunale;

che la clausola di cui all'art.13, terzo comma, del disciplinare d'incarico, essendo inserita in un negozio concluso a seguito di trattative svoltesi tra le parti, non poteva ritenersi nulla ex art. 1341 c.c., perché non era stata approvata specificamente per iscritto;

che detta clausola, letta, come imposto dalle norme sulla interpretazione dei contratti, in relazione a quella di cui all'art. 13, primo comma, doveva essere intesa nel senso che la concessione del finanziamento costituiva presupposto indeffabile per il pagamento del compenso professionale e non che detto compenso sarebbe spettato pur in mancanza di finanziamento;

che il finanziamento dell'opera (da parte della CASMEZ) costituiva giuridicamente una condizione, incidente, quale elemento accidentale, sull'efficacia del negozio;

che tale condizione non poteva ritenersi meramente potestativa, essendo il finanziamento dell'opera di competenza di un soggetto pubblico diverso dal Comune di Catania e, quindi, di un organo diverso dalla giunta municipale. Né poteva dirsi che detta condizione doveva considerarsi avverata ex art. 1359 c.c.; tale condizione, infatti, non era mancata per causa imputabile al Comune, avendo il Consiglio Comunale ommesso di ratificare la delibera della giunta municipale, ma per il fatto che il Comune di Catania non era rientrato nei finanziamenti relativi al programma comunitario 1989-1993;

che l'apposizione nel disciplinare d'incarico della clausola, che subordinava il compenso professionale all'avveramento della condizione summenzionata - introducendo nel contratto un elemento di alea in ordine alla percezione del compenso per la possibilità del non verificarsi della condizione - doveva ritenersi legittima;

che tale clausola non costituiva violazione del principio della inderogabilità dei minimi tariffari, riguardando tale principio esclusivamente i rapporti intercorrenti tra i privati e ricorrendo, nel caso di specie, particolari motivi della gratuità dell'incarico nella ipotesi di mancata concessione del finanziamento;

che anche la ulteriore condizione dell'approvazione del progetto, prevista dall'art. 13 del disciplinare d'incarico, non si era avverata, non essendo stato questo sottoposto al parere del Comitato Tecnico Amministrativo Regionale di cui all'art. 14 L.R. n. 21/85, omissione che aveva determinato la invalidità derivata della delibera della giunta del 23.9.1989 di approvazione del progetto stesso, che doveva, pertanto, essere disapplicata.

Avverso detta sentenza la Società Metanprogetti s.r.l. ha proposto ricorso per cassazione sulla base di quattro motivi. Il Comune di Catania ha resistito con controricorso e depositato memoria ex art. 378 c.p.c.

Motivi della decisione

Con il primo motivo la società ricorrente denuncia violazione dell'art. 828 c.p.c. e falsa applicazione dell'art. 330 c.p.c. (ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c.).

Notificato il lodo ad istanza dell'attuale ricorrente, l'impugnazione per nullità del lodo stesso da parte del Comune di Catania fu notificata nel domicilio eletto dalla Metanprogetti per il giudizio arbitrale e non personalmente alla parte vittoriosa. Tale notifica, da ritenersi inesistente, avrebbe determinato l'inammissibilità dell'impugnazione.

Con il secondo motivo la ricorrente denuncia violazione degli artt. 112 e 829 c.p.c., nonché degli artt. 1362 e segg. cod. civ. - Extrapetizione - Motivazione omissa sul punto decisivo della controversia, dedotto dalla ricorrente e comunque rilevabile d'ufficio, che non era stata proposta impugnazione - e tanto meno impugnazione dotata dei necessari requisiti di specificità - contro il capo del lodo relativo alla interpretazione del contratto di cui è causa (ai sensi dell'art. 360, nn. 3, 4 e 5 c.p.c.). Con l'atto di impugnazione per nullità del lodo il Comune di Catania non avrebbe dedotto né in modo specifico - come sarebbe stato necessario - né in modo generico la violazione delle norme sull'ermeneutica contrattuale, essendosi limitato a dedurre soltanto la nullità della clausola contenuta nell'art.13 terzo comma del disciplinare.

Ne conseguirebbe:

- 1) la inammissibilità della impugnazione del lodo;
- 2) il vizio di extrapetizione della sentenza impugnata, avendo disatteso i risultati ermeneutici cui era pervenuto il lodo, senza che nell'atto di impugnazione fosse stata dedotta alcuna censura, neppure generica, circa l'interpretazione del contratto.

Con il terzo motivo la ricorrente denuncia la violazione dell'art. 1362 e falsa applicazione degli artt. 1363 e 1367 cod. civ. - Motivazione omessa o contraddittoria circa i punti decisivi della controversia (ai sensi dell'art. 360, nn. 3 e 5, c.p.c.). Nello statuire in ordine alla interpretazione del contratto la sentenza impugnata sarebbe incorsa in varie illogicità.

Il criterio della interpretazione testuale ex art. 1362 c.c. non poteva essere superato non essendovi alcuna ambiguità da risolvere.

Sarebbe del pari ingiustificato il ricorso al dato testuale rappresentato dalla delibera di giunta del 21 giugno 1989.

Parimenti sfornito di presupposto - non essendovi ambiguità da risolvere - dovrebbe ritenersi il richiamo al principio (sussidiario) di conservazione del contratto.

La corte d'appello, infine, non avrebbe tenuto conto del fatto che già una volta l'attuale ricorrente non aveva avuto alcun compenso per la redazione di un precedente progetto e si era dichiarata disposta a rinunciare ad ogni precedente pretesa previo conferimento del nuovo incarico e che, quindi, la gratuità delle prestazioni offerte per un imprenditore può essere un episodio, non la regola costante e l'attività economica.

Con il quarto motivo la ricorrente denuncia violazione dell'art. 1 e conseguente falsa applicazione dell'art. 7 legge regionale Sicilia 29 aprile 1985, n. 21; violazione dell'art. 11 legge (nazionale) 28 novembre 1980, n. 784, nonché dei principi sulla disapplicazione degli atti amministrativi - Violazione degli artt. 1368 e 1371 cod. civ. ed omessa motivazione circa il contenuto di atti amministrativi di portata generale - Extrapetizione - Violazione degli artt. 1359 e 1358 cod. civ. (ai sensi dell'art. 360, nn. 3 e 5, c.p.c.).

La corte d'appello anziché pronunciarsi sulla dedotta nullità della clausola contenuta nell'art. 13, terzo comma, del disciplinare, e sulla eventuale illegittimità della delibera 21 giugno 1989, che aveva approvato il testo del disciplinare, si sarebbe posta d'ufficio la questione se fosse legittima la delibera successiva (23 settembre 1989), con la quale era stato approvato il progetto, dando risposta negativa e conseguentemente disapplicandola.

La illegittimità della delibera deriverebbe dal fatto che l'art. 7, primo comma, della legge regionale 29 aprile 1985, n. 21, prescrive all'ultimo alinea che la valutazione preventiva delle spese tecniche sia sottoposta insieme con il progetto da esaminare dall'organo preposto ad esprimere parere tecnico sui progetti, mentre dagli atti del giudizio non risulterebbe che la valutazione preventiva delle spese tecniche ed i progetti predisposti dalla Metanprogetti siano stati sottoposti ad alcun organo tecnico della P.A. Non si sarebbe, pertanto, avverata la condizione rappresentata dalla valida approvazione dei progetti predisposti dall'attuale ricorrente.

Secondo la ricorrente la summenzionata illegittimità non sussisterebbe atteso che il parere tecnico previsto dall'art. 7 primo comma della L.R. n. 21/85 non sarebbe necessario, quando si tratti, come nel caso di specie, di opere finanziate dalla Cassa per il Mezzogiorno, alla quale sola sarebbe riservata dall'art. 11 della legge 28 novembre 1980, n. 784 la istruttoria tecnica.

Pertanto al carattere officioso della pronuncia si aggiungerebbe anche la violazione di legge consistente nella ritenuta applicabilità della legge regionale summenzionata ad un'ipotesi ad essa estranea.

Inoltre la corte d'appello avrebbe disapplicato l'atto amministrativo senza tener conto che lo stesso Assessorato regionale dei lavori pubblici, con circolare 14 maggio 1986, n. 1610, aveva precisato l'ambito di applicazione della legge regionale n. 21/1985, escludendone l'applicabilità nella ipotesi di esecuzione di opere finanziate dalla Cassa per il Mezzogiorno.

Infine il mancato avveramento della condizione sarebbe imputabile all'omessa richiesta del parere di cui sopra, e, quindi, a fatto del Comune. Avrebbe dovuto, pertanto, operare la c.d. finzione di avveramento di cui all'art. 1359 cod. civ.

Il primo motivo di ricorso è fondato.

Con sentenza n. 345/99 questa Corte ha affermato il principio secondo cui nell'istituto dell'arbitrato, così come derivato dalla riforma legislativa del 1994, la notificazione dell'impugnazione per nullità del lodo non può essere validamente effettuata presso colui che è stato difensore nel giudizio arbitrale.

In detta sentenza si osserva che, mentre nei giudizi civili è necessario il ministero o l'assistenza di un difensore, tranne in casi specificatamente indicati dalla legge, nel procedimento arbitrale - in mancanza di una disposizione analoga all'art. 82, comma 3, c.p.c., che imponga la difesa tecnica, ossia lo *jus postulandi*, inteso come rappresentanza in giudizio a mezzo di legale abilitato all'esercizio della professione - le parti possono difendersi personalmente o servirsi di altra persona di fiducia, atteso che l'arbitrato rituale è, e rimane, anche dopo la riforma, un processo in unico grado, di natura privata non rientrante nell'ambito della giurisdizione statale;

che l'art. 330 c.p.c. - il quale prevede che l'impugnazione, nel caso in cui la parte non abbia dichiarato la residenza o eletto domicilio in sede di notificazione della sentenza da impugnare, deve essere notificata presso il procuratore già costituito nel precedente giudizio - identificando nel procuratore del precedente grado di giudizio il destinatario di tale norma in forza di una proroga *ex lege* dei poteri conferitigli con la procura alle liti per il giudizio a quo, non è estensibile all'impugnazione per nullità del lodo. Ciò perché siffatta proroga, riguardando il passaggio da un grado ad un altro dello stesso processo pubblico, non può ritenersi applicabile nella transizione da un processo privato, in cui difetta lo *jus postulandi*, ad un processo pubblico di fronte alla Corte d'appello, che, invece, lo postula;

che, dopo le modifiche apportate all'istituto arbitrale dalla legge di riforma del 1994, neppure può trovare applicazione l'art. 141, comma 2, c.p.c., il quale dispone che quando l'elezione di domicilio è stata inserita in un contratto, la notificazione presso il domiciliatario è obbligatoria, se così è stato espressamente dichiarato;

che, comunque l'applicabilità di detta disposizione e, quindi l'obbligatorietà della notifica presso il domiciliatario, richiede che l'elezione di domicilio sia stata inserita in un contratto e l'obbligatorietà di tale notifica sia stata espressamente pattuita per i rapporti tra le parti del contratto;

che la notifica dell'impugnazione per nullità del lodo, eseguita, anziché alla parte, presso il soggetto che la aveva difesa nel giudizio arbitrale, erroneamente ritenuto suo domiciliatario, deve ritenere - data l'autonomia del giudizio arbitrale, non dotato di *jus imperii*, ma basato solo sul consenso delle parti, rispetto al giudizio civile ordinario - inesistente con conseguente inammissibilità dell'impugnazione.

Il surriferito orientamento merita di essere condiviso anche alla luce delle sentenze di questa corte n. 527/2000 e n. 1251/2000, entrambe rese a sezioni unite. Nella prima questa corte ha affermato che la nuova normativa in materia di arbitrato ha riconosciuto una giustizia cognitiva privata, che si estrinseca in un *dictum* di uno o più privati, reso, su richiesta di entrambe le parti, al termine di un procedimento in cui gli arbitri risolvono la controversia mediante una regolamentazione negoziale degli interessi in conflitto;

che, quindi, gli arbitri non esercitano funzione giurisdizionale, né solo giudici, che l'arbitrato rituale e il *dictum*, che lo definisce, hanno natura privata; che la natura privata dell'arbitrato porta a qualificare il procedimento arbitrale come ontologicamente alternativo alla giurisdizione statale, restando, pertanto, esclusa la sua configurabilità come affidamento agli arbitri di una frazione di quello stesso potere giurisdizionale che la legge attribuisce ai giudici dello Stato e come forma sostitutiva della giurisdizione degli organi dello Stato; che il giudizio arbitrale è, addirittura, antitetico a quello giurisdizionale e ne costituisce la negazione.

Tali principi sono stati ribaditi nella seconda delle sentenze suindicate con il qualificare la decisione arbitrale "quale atto riconducibile, in ogni caso, all'autonomia negoziale", che si fonda "non solo sullo *jus imperii*, ma solo sul consenso delle parti" e che si colloca "in posizione del tutto autonoma ed alternativa al giudizio civile ordinario".

La affermata natura privata del giudizio arbitrale e la sua autonomia, addirittura, antitetica rispetto al giudizio civile ordinario, unitamente al fatto che nel giudizio arbitrale non è richiesta la difesa tecnica, portano ad escludere ogni rilevanza, al fine della notifica dell'impugnazione per nullità del lodo, alla elezione di domicilio presso il soggetto, al quale è stato conferito dalla parte il mandato di difenderla nel giudizio arbitrale, esaurendo tale mandato tutti i suoi effetti, con l'espletamento dell'incarico ricevuto, nell'ambito di tale giudizio.

Pertanto l'orientamento espresso nella sentenza n. 345 del 1999 merita di essere condiviso, atteso che l'esaurimento di ogni incarico al difensore con la conclusione del giudizio arbitrale comporta la inesistenza della notifica dell'impugnazione per nullità del lodo, effettuata nel domicilio eletto presso di lui, atteso che tra il luogo ove la notifica avviene e la persona che la riceve e il destinatario dell'atto non vi è ormai più alcun collegamento.

Tale orientamento non può ritenersi efficacemente contrastato dalle successive sentenze n. 4397 del 1999 e 5011/2000, che hanno invece affermato la validità di siffatta notifica, essendosi queste limitate a richiamare acriticamente l'orientamento giurisprudenziale formatosi nella vigenza della precedente normativa sull'arbitrato, senza prendere minimamente in considerazione quello espresso con la summenzionata sentenza n. 345 del 1999 e dando così luogo ad un contrasto inconsapevole.

Nel caso che ne occupa la impugnazione per nullità del lodo dinanzi al Comune di Catania è stata notificata alla Società Metanprogetti s.r.l. nel domicilio eletto in via M. Scammacca n. 46, presso lo studio della dott.ssa proc. leg. Maria Tisa, che aveva difeso la società nel giudizio arbitrale.

Trattandosi di notifica inesistente, la Corte di appello avrebbe dovuto dichiarare inammissibile l'impugnazione, non essendo intervenuta sanatoria *ex nunc* con la costituzione in giudizio della società summenzionata, atteso che la comparso di costituzione e risposta è stata depositata presso la cancelleria della Corte d'appello di Catania il 24 luglio 1996, quando cioè era già scaduto il termine breve di novanta giorni, di cui all'art. 828 c.p.c., per proporre impugnazione, essendo stato notificato il lodo al Comune di Catania il 18 aprile 1996.

L'accoglimento del primo motivo di carattere pregiudiziale comporta l'assorbimento di tutti gli ulteriori motivi di ricorso.

Per quanto precede la sentenza impugnata deve essere cassata senza rinvio ed il Comune di Catania, in quanto soccombente, deve essere condannato a rimborsare alla Società Metanprogetti s.r.l. le spese del giudizio, che tenuto conto del valore della lite, appare giusto liquidare in lire 20.350.000, di cui lire 20.000.000 per onorari.

Il controricorso deve essere dichiarato inammissibile, essendo stata la procura speciale rilasciata, come si legge nella stessa intestazione dell'atto, in calce alla

copia notificata del ricorso introduttivo (cfr. in tal senso Cass. n. 2980/67; 405/2000 resa a sezioni unite).

P.Q.M.

La corte accoglie il primo motivo di ricorso, assorbiti gli altri. Cassa senza rinvio la sentenza impugnata e condanna il Comune di Catania alle spese del giudizio, che si liquidano in complessive lire 20.350.000, di cui lire 20.000.000 per onorario. Dichiara inammissibile il controricorso (*omissis*).

SUL LUOGO DELLA NOTIFICAZIONE DELL'IMPUGNAZIONE PER NULLITÀ DEL LODO RITUALE

La sentenza che si annota è interessante per un duplice profilo. In primo luogo, perché risolve il problema della sede in cui eseguire la notificazione dell'impugnazione per nullità del lodo rituale. In secondo luogo, perché la decisione in commento si allinea con il nuovo e attuale orientamento, espresso dalla giurisprudenza della Cassazione, sulla natura negozial-privatistica dell'arbitrato rituale, a cui verrà fatto riferimento in seguito.¹

Iniziando dal primo degli aspetti da esaminare, la Suprema Corte viene chiamata a decidere sulla validità della notificazione dell'atto di impugnazione di un lodo rituale, avvenuta nel domicilio eletto presso il difensore nel procedimento arbitrale, anziché alla parte personalmente, come lamentato dal ricorrente. I giudici decidono nel senso della invalidità (più precisamente della «inesistenza») della notifica dell'impugnazione effettuata presso il difensore apud arbitros, a nulla rilevando che la parte abbia eletto domicilio presso costui. Viene, così, stabilito che solo e unicamente la parte stessa può validamente ricevere l'atto di impugnazione. Nel caso di specie, la sentenza della Corte d'appello, che aveva ritenuto valida la notificazione della citazione avvenuta presso il difensore, viene cassata senza rinvio, in quanto i giudici di merito avrebbero dovuto dichiarare inammissibile l'impugnazione proposta, per la mancanza di un elemento di procedibilità del processo.

Questo tema, che ha una notevole importanza pratica, merita di essere approfondito perché la soluzione adottata dalla sentenza in commento contrasta con la tradizionale e consolidata impostazione accolta dalla giurisprudenza in materia, di cui perciò è opportuno parlare brevemente.² Anche in base alla precedente opinione giurisprudenziale, la notificazione dell'atto di impugnazione del lodo rituale (o della sentenza arbitrale, ante riforma del 1994) andava effettuata alla parte personalmente. Si riteneva, infatti, inapplicabile in materia l'art. 330 c.p.c., essendo questa una disposizione che presuppone l'obbligatorietà della difesa tecnica e una formale costituzione in giudizio del procuratore; circostanza quest'ultima che in sede arbitrale non si verifica, poichè "il rapporto fra la parte e il suo difensore si svolge sul piano meramente contrattuale del mandato con rappresentanza".³ Tuttavia, nonostante l'inapplicabilità dell'art. 330 c.p.c., era stata costantemente ritenuta valida anche la notifica eseguita presso il difensore, "per il quale la ricezione dell'impugnazione rientra tra gli adempimenti che gli incombono per la definizione del giudizio arbitrale, ed in specie in base all'art. 141, comma 2 c.p.c., quando il difensore medesimo abbia la qualità di domiciliatario della parte".⁴

Da una prima lettura della citata sentenza sembrerebbe che per la giurisprudenza, ai fini della validità della notificazione presso il difensore, fosse necessaria l'integrazione della fattispecie prevista dall'art. 141, comma 2, c.p.c., ossia un'elezione di domicilio inserita in un contratto ed espressamente dichiarata obbligatoria dalle parti. Ma la dottrina più attenta aveva notato come il riferimento al secondo comma dell'art. 141, compiuto dai giudici di merito e di legittimità, fosse ridondante e in realtà non legato da alcuna logica con la *ratio decidendi*

I. Impostazione del problema e analisi del tradizionale orientamento giurisprudenziale relativo al luogo della notificazione della impugnazione

delle sentenze emanate in materia, perché l'unico presupposto richiesto dalla giurisprudenza per la validità della notificazione dell'impugnazione al difensore, era rinvenuto nella sua qualità di mandatario e non in quella di domiciliatario.⁵ Perciò, secondo l'impostazione giurisprudenziale anteriore alla decisione in esame, la notificazione dell'impugnazione per nullità poteva avvenire alternativamente o presso la parte personalmente oppure presso il suo difensore, anche se non domiciliatario, poiché quest'ultimo risultava legato da un rapporto di mandato con la parte.⁶ Ad analoga conclusione si giungeva (e a quanto pare si giunge tuttora) riguardo alla notificazione del lodo ai fini della decorrenza del termine breve per la decadenza dall'impugnazione, di cui all'art. 828, comma 1; notificazione che può essere eseguita in alternativa o alla parte o al suo difensore.⁷

2. La nuova soluzione adottata dalla suprema corte

Esposto il tradizionale indirizzo giurisprudenziale sulla notificazione del lodo e della relativa impugnazione, è ora opportuno procedere nel commento della sentenza. Come già rilevato, la decisione considera inesistente la notifica dell'atto di impugnazione del lodo, in quanto avvenuta presso il difensore nel giudizio arbitrale, a nulla rilevando che costui abbia la qualità di domiciliatario della parte. Secondo la Corte, una eventuale elezione di domicilio, compiuta dalla parte presso il suo difensore, non legittima quest'ultimo a ricevere la citazione contenente l'impugnazione per nullità, poiché "tra il luogo ove la notifica avviene e la persona che la riceve e il destinatario dell'atto non vi è ormai più alcun collegamento".

Le ragioni espresse dalla Corte (che in parte riprendono quelle già espresse da Cass., n. 345 del 1999) per giustificare l'inesistenza della notifica presso il difensore domiciliatario sono più d'una.

Anzitutto, viene nuovamente ribadita l'inapplicabilità dell'art. 330 c.p.c. all'impugnazione per nullità del lodo, disposizione che presuppone un procedimento in cui la difesa tecnica è necessaria. Al contrario, nell'arbitrato non è imposta l'intermediazione del difensore (ossia lo *ius postulandi*), per cui in questa sede non è possibile avere una vera e propria costituzione in giudizio di costui. Quindi, se anche le parti si dovessero avvalere dell'assistenza di un avvocato, il rapporto tra questi due soggetti si svolgerà sempre su un piano contrattuale, come mandato con rappresentanza.⁸

Ulteriore ragione della non estensibilità dell'art. 330 c.p.c. all'impugnazione del lodo viene rinvenuta nel rapporto intercorrente tra la fase arbitrale e la fase di impugnazione per nullità. La disposizione citata prevede una proroga dei poteri del difensore *ex lege* in riferimento al "passaggio da un grado all'altro dello stesso processo pubblico", mentre tale proroga di poteri del difensore è ritenuta non configurabile "nella transizione da un processo privato, in cui difetta lo *ius postulandi*, ad un processo pubblico di fronte alla corte d'appello, che, invece lo postula".⁹

Quindi, al fine di sovvertire il precedente orientamento giurisprudenziale in materia e giustificare la soluzione circa l'inesistenza della notificazione dell'impugnazione del lodo effettuata al difensore anziché alla parte personalmente, viene richiamato il nuovo indirizzo elaborato dalla Cassazione a favore della natura privatistica dell'arbitrato rituale. È in ragione della "natura privata del giudizio arbitrale" (definito un "processo in unico grado, non rientrante nell'ambito della giurisdizione statale"), e della sua "autonomia e, addirittura antitetività rispetto al giudizio civile ordinario" (oltre all'assenza in sede arbitrale dell'obbligo della difesa tecnica), che bisogna escludere ogni rilevanza alla elezione di domicilio presso il difensore, per gli atti successivi al procedimento arbitrale. Dall'essenza prettamente privatistica dell'arbitrato la Cassazione deduce che con la conclusione del giudizio arbitrale il rapporto contrattuale tra la parte e il

suo difensore viene ad estinguersi, poiché gli effetti giuridici del mandato sono limitati all'espletamento dell'incarico difensivo all'interno del solo procedimento arbitrale, senza che sia concepibile alcun tipo di ultrattività del contratto. Ed è proprio in virtù dell'esaurimento del mandato difensivo, che si verifica la mancanza del collegamento tra il domicilio eletto presso il difensore e la parte del giudizio, necessario affinché la notifica eseguita presso il difensore possa ritenersi valida.¹⁰ È, cioè, l'estinzione del mandato difensivo che rende del tutto irrilevante l'elezione di domicilio compiuta dalla parte presso il suo difensore, e comporta l'inesistenza della notificazione dell'impugnazione eseguita a quest'ultimo.

La sola ipotesi in cui detta notifica può (anzi deve) essere validamente eseguita al difensore, secondo la Corte, si verifica nel caso in cui l'elezione di domicilio sia stata inserita in un contratto e l'obbligatorietà della notifica sia stata espressamente pattuita tra le parti del contratto stesso. In tal caso, cioè, ricorrerebbe la fattispecie contemplata dal comma 2 dell'art. 141 c.p.c. con la conseguente obbligatorietà della notifica presso il soggetto domiciliatario.¹¹

3. Alcune considerazioni sul luogo della notifica della impugnazione

Esposte le ragioni contenute nella sentenza in commento, in realtà va rilevato che la soluzione adottata non può essere del tutto condivisa.

Si può approvare l'assunto che al procedimento arbitrale non possono essere estese le disposizioni contenute negli art. 170, 285 e 330 c.p.c. sia perché dettate in riferimento al solo processo civile, sia perché queste norme presuppongono la costituzione in giudizio per mezzo di un procuratore. Va ugualmente approvata la corretta interpretazione del secondo comma dell'art. 141 c.p.c., essendo questa una disposizione che, qualora ricorrano i presupposti richiesti, comporta l'esclusività della notificazione al solo soggetto domiciliatario (mentre, come già detto, in passato la norma veniva letta in maniera equivoca e "richiamata sicuramente a sproposito"¹²). Ed infine, anche la presa di posizione circa l'estinzione del mandato difensivo nel momento in cui si conclude il procedimento arbitrale può ritenersi corretta.¹³

Ciò che, invece, desta alcune perplessità è la sanzione dell'inesistenza della notifica effettuata al difensore, nel caso in cui la parte abbia eletto domicilio presso di lui. La Corte, infatti, sembra dimenticarsi dell'esistenza del primo comma dell'art. 141 c.p.c., norma che si rivela essere molto utile per la risoluzione del problema in esame. Quest'ultima disposizione conferisce la facoltà di eleggere domicilio presso una persona o un ufficio, di modo che la notificazione di un atto potrà avvenire alternativamente sia al suo destinatario che al soggetto indicato come domiciliatario. L'art. 141 c.p.c. risulta, a mio avviso, essere applicabile anche al procedimento arbitrale perché costituisce la specificazione processuale della disciplina sostanziale dell'elezione di domicilio, di cui all'art. 47 c.c., quindi può estendersi al procedimento arbitrale anche configurando questo come una giustizia cognitiva privata, priva del carattere giurisdizionale. Del resto la stessa Cassazione, postasi ormai compatta nell'ottica della negozialità dell'arbitrato rituale, ammette che l'art. 141 c.p.c. sia riferibile anche al procedimento arbitrale, ma limita l'operatività del suddetto articolo al solo secondo comma. Perciò, non si può dire che le norme sulle notificazioni vadano escluse per l'arbitrato, sol perché l'istituto ha natura non giurisdizionale, ma privata.

Si può allora pensare che, essendo l'atto di elezione di domicilio autonomo dal contratto di mandato, il primo non perda efficacia in conseguenza dell'estinzione del secondo, e quindi che l'elezione di domicilio presso il difensore valga anche per gli atti successivi alla emanazione del lodo.¹⁴ Sarà, allora, in base alla citata disposizione che individueremo le modalità e i destinatari della notificazione del lodo arbitrale e della relativa impugnazione.

Dall'analisi della norma si deduce che in materia potranno verificarsi tre ipotesi. Un primo caso, in cui si avrà l'integrazione della fattispecie prevista dal primo

comma dell'art. 141: la parte del giudizio arbitrale ha eletto semplicemente domicilio presso il difensore, quindi la notificazione potrà validamente avvenire al destinatario di essa, o in alternativa al soggetto indicato come domiciliatario.¹⁵ In una seconda ipotesi, si potrà verificare l'applicazione della fattispecie contenuta nel secondo comma dell'art. 141: l'elezione di domicilio viene inserita nella clausola compromissoria o nel compromesso e dichiarata dalle parti espressamente obbligatoria, perciò la notificazione deve avvenire in via esclusiva al domiciliatario.¹⁶ Un ultimo caso è dato poi dalla mancanza di qualsiasi elezione di domicilio: la notificazione dovrà effettuarsi solo alla parte personalmente.¹⁷ Delineato, ora, il quadro completo delle possibilità che si aprono nel campo delle notificazioni e comunicazioni in materia arbitrale, e stabiliti i casi in cui queste devono essere eseguite alla parte personalmente o al suo difensore (in via esclusiva ad uno solo di essi, o in via alternativa ad entrambi), si deve rilevare che la Cassazione non prende nella giusta considerazione che, nel caso di specie, il difensore non solo era mandatario della parte, ma anche domiciliatario della stessa. In virtù della qualità di domiciliatario il difensore poteva, come spero di aver chiarito, essere un valido ricevitore della notifica dell'impugnazione, così come previsto dal primo comma dell'art. 141 c.p.c.; articolo questo che non è valuto pienamente nella sua intera portata, ma limitatamente al suo secondo comma. Sono questi i motivi per cui appare più giusto ritenere che qualora il difensore nel procedimento arbitrale risulti essere anche domiciliatario della parte, costui possa validamente ricevere sia il lodo, ai fini della decorrenza del termine breve per proporre l'impugnazione per nullità (art. 828, comma 1), sia l'atto di citazione contenente la relativa impugnazione.¹⁸ Mentre solo qualora non vi sia stata alcuna elezione di domicilio, esclusivamente la parte potrà ricevere le notificazioni.

4. Alcuni cenni sull'orientamento della giurisprudenza relativo alla natura dell'arbitrato rituale

La sentenza in commento offre l'occasione per parlare del tema della natura dell'arbitrato rituale e del relativo lodo, argomento che riveste un ruolo centrale sia per l'inquadramento teorico-dogmatico dell'istituto, sia per la risoluzione di problemi essenzialmente pratici, come quello qui analizzato dell'individuazione del luogo in cui eseguire la notificazione dell'impugnazione per nullità.

Ho già accennato alla riqualificazione dell'arbitrato rituale in chiave privatistica e negoziale, avvenuta ad opera della Sezione Unite con la sentenza, 3 agosto 2000, n. 527, nella quale gli arbitri vengono considerati come dei "soggetti privati radicalmente carenti di potestà giurisdizionale d'imperio", il giudizio arbitrale è qualificato come "ontologicamente alternativo alla giurisdizione statale" e il lodo è considerato un "atto di autonomia privata".¹⁹ Sentenza quest'ultima con cui si è ribaltata definitivamente la passata concezione giurisdizional-pubblicistica dell'istituto, in base alla quale il giudizio arbitrale veniva inquadrato "nell'ambito della giurisdizione ordinaria", agli arbitri erano riconosciuti "poteri decisori sostituitivi di quelli del giudice ordinario" e la sentenza arbitrale considerata come atto idoneo a acquisire "l'efficacia di cosa giudicata".²⁰

In base alla nuova impostazione negoziale, la giurisprudenza ricostruisce in termini nuovi i rapporti tra l'arbitrato rituale e la giurisdizione statale: il contrasto relativo alla deferibilità o meno di una controversia agli arbitri, per essere questa devoluta per legge alla giurisdizione del giudice amministrativo, non darà più luogo ad una questione di giurisdizione in senso tecnico, ma ad una questione di merito, in quanto direttamente inerente alla validità del compromesso;²¹ così come il contrasto sull'esistenza di un valido patto compromissorio, sorto dinanzi al giudice ordinario, non sarà più configurabile come questione di competenza, ma di merito.²²

Ma in questa sede vorrei richiamare un aspetto che, a mio avviso, è in parte sfuggito alla Suprema Corte e sul quale non è stata fatta la necessaria chiarezza. Infat-

ti, se relativamente ai rapporti esterni dell'arbitrato si può dire che la Cassazione ha offerto un quadro completo ed esaustivo, altrettanto non si può affermare rispetto al tema nevralgico dell'efficacia del lodo rituale, in relazione al quale la Corte non ha preso una posizione netta.²³ Anzi, va rilevato in proposito come alcune affermazioni della giurisprudenza siano estremamente ambigue. Nella sentenza n. 527 del 2000, resa a Sezioni Unite, si sostiene che: "il rilievo che per legge il lodo è dotato di tutti o di taluni effetti della sentenza pronunciata dai giudici dello Stato non è determinante ai fini della soluzione del problema sulla natura dell'arbitrato"; "l'attribuzione al lodo, a posteriori, di effetti propri della sentenza non può incidere sulla sua configurazione quale atto negoziale", poiché "può essere intesa solo quale attribuzione *quoad effectum* che lascia inalterata la natura originaria". Le stesse considerazioni sono riprese nella sentenza n. 7858 del 2001 ove si legge che la natura privata del lodo rituale "non è alterata dalla circostanza che ad esso siano attribuibili effetti simili a quelli di un provvedimento giurisdizionali di cognizione". Mentre nella sentenza n. 10932 del 2001 si dice che "gli arbitri - in analogia a quanto disposto dall'art. 2908 c.c. per l'autorità giudiziaria - hanno il potere di pronunciare decisioni intese a costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici tra le parti e, quindi, di rendere sentenze costitutive".²⁴ Ed, infine, va ricordato che nella sentenza n. 1251 del 2000, resa a Sezioni Unite, si attenua parzialmente la tesi prettamente privatistica della pronuncia arbitrale, dichiarando che l'opinione dell'equiparazione effettuale tra lodo e sentenza è "una non meno radicale prospettiva circa la portata della novella del 1994 in tema di arbitrato".

Alla sostanziale neutralità delle pronunce ultime citate in ordine all'efficacia del lodo rituale, vanno contrapposte alcune decisioni, che seppur temporalmente anteriori all'accoglimento esplicito dell'indirizzo negozial-privatistico, hanno esplicitamente affermato l'equiparazione effettuale tra lodo e sentenza, in base alla nuova disciplina introdotta dalla Legge n. 25 del 1994. Nella sentenza n. 6291 del 2000 si dice che: "l'immediata impugnabilità del lodo, indipendentemente dal suo deposito, sancita dal comma 2 dell'art. 827 c.p.c., esprime una precisa opzione del legislatore nel senso della equiparazione sul piano effettuale del lodo alla sentenza, e che anche la previsione, introdotta dal comma 1 dello stesso art. 827 c.p.c., della esperibilità dell'opposizione di terzo avverso la pronuncia arbitrale appare coerente con tale impostazione, costituendo quello di cui all'art. 404 c.p.c. un mezzo di impugnazione tipicamente correlato all'efficacia della sentenza".²⁵

5. Il criterio distintivo tra arbitrato rituale e irrituale secondo il nuovo orientamento della giurisprudenza

Il nuovo indirizzo giurisprudenziale sull'arbitrato rituale ha inevitabilmente comportato la ricerca di un nuovo criterio distintivo tra arbitrato rituale e irrituale, essendo quest'ultimo ancora esistente nel nostro ordinamento.²⁶ Ma divenuto inutilizzabile il concetto, frutto della tradizionale impostazione, dell'esercizio da parte degli arbitri rituali di un potere decisorio alternativo e sostitutivo rispetto a quello del giudice ordinario, non riesce semplice alla giurisprudenza individuare gli elementi di distinzione tra i due tipi di arbitrato.²⁷ Viene riconosciuta l'attenuazione della distinzione tra le due tipologie di arbitrato e la conseguente "natura sostanzialmente unitaria della decisione arbitrale, quale atto riconducibile alla autonomia negoziale e alla sua legittimazione a derogare alla giurisdizione, per ottenere una decisione privata della lite".²⁸ Mentre, l'elemento differenziale è individuato nell'idoneità del lodo rituale ad acquistare gli effetti descritti nell'art. 825 (idoneità a divenire titolo esecutivo, titolo per la trascrizione nei pubblici registri, titolo per iscrivere l'ipoteca giudiziale), al contrario con l'arbitrato irrituale si ottiene solo una "composizione amichevole o un negozio di accertamento riconducibile alla volontà delle parti stesse".²⁹ Inoltre, ulteriore ravvicinamento tra le due figure di arbitrato riguarda l'eccezione di compromes-

so: sia quella per arbitrato rituale, sia quella per arbitrato irrituale sono entrambe classificate come delle eccezioni di merito di improponibilità della domanda, in quanto integranti una “rinunzia convenzionale delle parti all’azione giudiziaria e alla giurisdizione dello Stato”.³⁰ Tuttavia, va ricordato che anche attualmente una parte della giurisprudenza continua ad applicare il tradizionale criterio distintivo, in base a cui ricorre l’arbitrato rituale “quando è da ritenersi che le parti abbiano inteso demandare agli arbitri una funzione sostitutiva di quella del giudice”, mentre ricorre l’arbitrato irrituale “quando debba ritenersi che abbiano inteso demandare ad essi la soluzione di determinate controversie in via negoziale, mediante un negozio di accertamento, ovvero strumenti conciliativi o transattivi”.³¹

Ma è proprio sull’individuazione dei criteri distintivi tra i due tipi di arbitrato che si ripercuote l’incertezza manifestata dalla Cassazione in ordine agli effetti del lodo rituale. Se da una parte le due figure di arbitrato vengono sostanzialmente identificate o avvicinate (almeno a livello di principio), dall’altra parte le due tipologie di decisione arbitrale continuano ad essere tenute distinte per alcuni fondamentali aspetti, come specialmente per le diverse modalità di impugnazione, in quanto solo avverso il lodo rituale sono esperibili i mezzi previsti dal codice di rito, mentre avverso il lodo libero sono spendibili le normali impugnative negoziali, previste dal codice civile. Resta, così, inspiegata la ragione per la quale, a fronte della natura sostanzialmente unitaria della decisione arbitrale, si continuano ad applicare le tradizionali regole elaborate in materia, tra cui la diversità del regime di impugnazione delle due *species* di lodi e il *favor* per l’arbitrato irrituale, in caso di dubbio sulla portata del patto compromissorio.³²

6. Cenni sulla legittimazione degli arbitri rituali a sollevare la questione di legittimità costituzionale

Per chiudere l’analisi della giurisprudenza sulla natura dell’arbitrato rituale bisogna ricordare brevemente che la Corte Costituzionale, con la sentenza del 28 novembre 2001, n. 376, ha legittimato esplicitamente e per la prima volta gli arbitri rituali a sollevare la questione di costituzionalità.³³ Mentre in una precedente occasione la Corte aveva preferito aggirare il problema circa la possibilità di un Collegio arbitrale di proporre validamente il dubbio di incostituzionalità della legge, dichiarando con ordinanza la manifesta inammissibilità della questione relativa alla illegittimità dell’art. 238 c.p.c., perché già decisa con una precedente sentenza di accoglimento, e lasciando “impregiudicata ogni valutazione circa la legittimazione del Collegio rimettente a sollevare questione di legittimità costituzionale”.³⁴

In questa sede non è possibile ricostruire compiutamente il dibattito relativo alla possibilità per gli arbitri di effettuare il rinvio alla Corte per richiedere la pronuncia sulla costituzionalità della legge, né procedere ad un commento analitico della sentenza citata. Vorrei solo ricordare che, in dottrina, è stata sempre prevalente la tesi negativa, in base alla quale gli arbitri non essendo organi giurisdizionali avrebbero dovuto procedere alla disapplicazione *incidenter tantum*, della legge ritenuta incostituzionale.³⁵

La soluzione dell’impossibilità per gli arbitri rituali di porsi validamente come giudici *a quo*, risulta più aderente al dato letterale di alcune delle disposizioni regolanti il procedimento in via incidentale. Solo una parte delle norme relative alle modalità di accesso alla Corte in via d’eccezione sono neutrali sul problema del proponibilità in sede arbitrale della *quaestio legitimitatis*; lo sono in quest’ultimo senso sia l’art. 134 Cost. che parla di controversie relative alla legittimità delle leggi e degli atti aventi forza di legge (lasciando aperta anche la via del ricorso diretto), sia l’art. 1 della Legge cost. n. 1 del 1948, in base al quale la questione di illegittimità costituzionale deve sorgere nel corso di un “giudizio” davanti a un “giudice” (termini questi che potrebbero anche adattarsi all’arbitrato rituale, in cui c’è un giudizio e un giudice, seppur di tipo privato).

Mentre, è la Legge n. 87 del 1953, dettante le norme di procedura del giudizio in via incidentale, a costituire l'ostacolo principale alla legittimazione degli arbitri al rinvio pregiudiziale, dal momento in cui l'art. 23 della suddetta legge stabilisce che la questione può essere sollevata solo "nel corso di un giudizio dinanzi ad una autorità giurisdizionale". E non è solo il riferimento all'autorità giurisdizionale, contenuto nel citato articolo, che tende a escludere gli arbitri dal novero dei soggetti abilitati ad adire la Corte, poiché sono le stesse modalità previste per il procedimento in via incidentale che presuppongono l'esistenza della struttura burocratica propria dell'organizzazione giurisdizionale; basta ricordare a riguardo che: l'ordinanza di rimessione del giudice *a quo* è trasmessa a cura della cancelleria e di essa è data lettura nel pubblico dibattimento, ed inoltre la questione può essere sollevata anche dal pubblico ministero.

Quindi, nell'ammettere gli arbitri a porsi validamente come giudici *a quo* la Corte ha dovuto superare il requisito soggettivo richiesto dall'art. 23 L. 87/53 (dal momento in cui è innegabile che gli arbitri non sono organi della giurisdizione statale), facendo leva sul profilo procedimentale e funzionale dell'arbitrato. A parere della Consulta, infatti, "l'arbitrato costituisce un procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione della controversia, con le garanzie tipiche della giurisdizione ordinaria", perciò, in un ordinamento in cui è adottato un sistema accentrato per il controllo della legittimità costituzionale delle leggi e degli atti ad essa equiparati, anche gli arbitri "debbono" utilizzare tale sistema. L'idea che il Giudice delle leggi ha dell'arbitrato rituale, pur non volendo "addentrarsi nella complessa problematica relativa alla natura giuridica" di esso, sembra chiara: è un giudizio "potenzialmente fungibile con quello degli organi della giurisdizione".³⁶

Per sostenere la propria decisione la Corte utilizza il concetto di giurisdizione in senso oggettivo, richiamando precedenti sentenze con cui aveva in precedenza ammesso come giudici *a quo* anche soggetti estranei alla organizzazione della giurisdizione in senso stretto, ma tuttavia investiti, anche se in via eccezionale, di "funzioni giudicanti, per l'obiettiva applicazione della legge" e situati "in posizione *super partes*".³⁷ Va però ricordato che la Corte, nell'utilizzare il criterio di giurisdizione in senso oggettivo nei casi precedenti alla decisione in esame, ha legittimato al rinvio pregiudiziale solo soggetti, che seppur estranei dell'organizzazione giurisdizionale statale, sono comunque organi dello Stato.³⁸

Ritornando al caso in esame, l'insegnamento proveniente dalla Corte (secondo quanto riconosciuto dai primi commentatori della decisione) è, dunque, che gli arbitri rituali «esercitano una funzione oggettivamente giurisdizionale in quanto chiamati a dichiarare la volontà concreta della legge esattamente come i giudici statuali»;³⁹ ossia che gli arbitri svolgono «una funzione equivalente a quella giurisdizionale quanto a risultato (riassumibile negli effetti del lodo)»;⁴⁰ o che «gli arbitri rituali non sono giudici statuali, ma al limitato fine dell'esercizio del poterdovere di rimessione è come se lo fossero», data la sostanziale equivalenza funzionale ed effettuale tra decisione arbitrale e decisione giudiziale;⁴¹ o ancora che l'arbitrato è «un'equivalente giurisdizionale, volto a conseguire l'interesse alla composizione dei conflitti, al quale lo stato riconosce idoneità a raggiungere i medesimi fini cui tende la giurisdizione».⁴²

Esposta sommariamente la decisione della Corte Costituzionale, va ammesso che in essa manca il necessario approfondimento che il tema ad oggetto avrebbe meritato. A prescindere dall'idea (positiva o negativa) che si abbia dell'arbitro rituale come possibile giudice *a quo*, il problema doveva essere trattato in modo maggiormente esaustivo, non essendo sufficiente dire che il giudizio arbitrale «è potenzialmente fungibile con quello degli organi della giurisdizione». A mio parere, ciò che nella sentenza manca è la dovuta discussione sull'endiadi «auto-

rità giurisdizionale», di cui al citato art. 23 della Legge n. 87 del 1953, e di ciò non si può che restare perplessi poiché il riferimento alla disposizione era quasi obbligatorio da parte della Corte, almeno per rispondere all'eccezione, avanzata dall'Avvocatura generale dello Stato, di inammissibilità-irricevibilità dell'ordinanza di rimessione per non essere il Collegio arbitrale un organo giurisdizionale.⁴³ Nella motivazione della Corte Costituzionale manca, inoltre, qualsiasi riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità Europee, che ha espressamente negato agli arbitri la possibilità di effettuare il rinvio pregiudiziale per ottenere l'interpretazione della normativa comunitaria, ai sensi dell'art. 234 Trattato CE, per la ragione che gli arbitri non rientrano nella nozione di «giurisdizione di uno Stato membro».⁴⁴

In assenza della dovuta spiegazione sull'argomento si può solo ipotizzare che, nell'ottica della Consulta, l'art. 1 della Legge costituzionale n. 1 del 1948 (la quale, come ricordato, parla solo di «giudice» e di «giudizio») prevalga sulla disciplina più restrittiva dettata dall'art. 23 della Legge ordinaria n. 83 del 1953 (ove è contenuto il riferimento alla «autorità giurisdizionale»)⁴⁵ Oppure altra possibile ipotesi è che la Corte abbia ritenuto di allargare la nozione di autorità giurisdizionale, sino a ricomprendere in questa anche i soggetti abilitati dalla legge ad emanare decisioni con attitudine al giudicato formale e sostanziale.⁴⁶

Ma, a prescindere dal mancato riferimento alla nozione di autorità giurisdizionale, resta il fatto che la pronuncia della Consulta ha «indubbiamente effetti riflessi non indifferenti in ordine alla collocazione dell'arbitrato nel quadro della tutela dei diritti».⁴⁷ E sembra chiaro che la sentenza si ponga come ulteriore tappa verso il raggiungimento della equiparazione del procedimento arbitrale al processo giurisdizionale, dal punto di vista funzionale ed effettuale, perché pone espressamente sullo stesso piano arbitri rituali e giudici statali, almeno per ciò che riguarda il potere-dovere di provocare il sindacato di legittimità costituzionale.⁴⁸ Infine, dalla decisione si deve trarre la logica conseguenza che il lodo rituale non più impugnabile per nullità, al pari della sentenza passata in giudicato, resiste alla sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità della legge in base a cui si è deciso, perché se così non fosse non avrebbe senso legittimare gli arbitri alla proposizione della questione di costituzionalità della legge rilevante per la decisione della controversia ad essi deferita.⁴⁹

7. La posizione della dottrina

Delineato sommariamente lo stato della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, vorrei brevemente esporre lo stato della dottrina sulla natura e sull'efficacia del lodo rituale.

Secondo una prima impostazione, che può dirsi dominante, il lodo sarebbe «una sentenza pronunciata dai giudici non togati», poiché l'efficacia del lodo risulterebbe assolutamente identica a quella della sentenza, dato che la sua inimpugnabilità precluderebbe «qualsiasi diverso accertamento da parte di qualsiasi altro giudice o arbitro».⁵⁰ Questa tesi viene giustificata in riferimento ad alcune disposizioni normative, tra cui: l'idoneità della domanda di arbitrato a produrre l'effetto interruttivo istantaneo e permanente della prescrizione del diritto dedotto (art. 2943 e 2945 c.c.) e la possibilità di trascrivere nei pubblici registri la suddetta domanda, al fine di rendere il lodo opponibile ai terzi (art. 2652, 2653, 2690, 2691 c.c.); la previsione della perdita di efficacia della misura cautelare nel caso in cui il lodo dichiarò «inesistente il diritto per il quale il provvedimento è stato concesso» (art. 669 *novies* c.p.c.); l'abrogazione della disposizione, secondo cui «il decreto del pretore conferisce al lodo l'efficacia della sentenza» (precedente comma 5, dell'art. 825 c.p.c.); l'immediata impugnabilità del lodo, indipendentemente dal suo deposito (art. 827 c.p.c.); la previsione di lodi non definitivi, che decidono parzialmente il merito o che risolvono alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio (art. 827); la sanzione della nullità del lodo se

«contrario ad altro precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti» (art. 829, n. 8); l'assoggettamento del lodo all'opposizione di terzo (art. 827 e 831).⁵¹ Ed è opportuno precisare che i sostenitori dell'efficacia decisoria del lodo rituale ritengono che quest'ultimo, divenuto impugnabile, acquisti la completa efficacia-autorità della cosa giudicata, sia tra le parti che nei confronti dei terzi soggetti all'efficacia riflessa del giudicato *ultra partes*.⁵²

All'opposto, altra dottrina ritiene che il lodo rituale abbia un'efficacia di tipo negoziale (o comunque un'efficacia diversa da quella della sentenza togata) e resti, perciò, ben distinto dalla decisione giurisdizionale, in quanto solo alla seconda compete l'effetto del passaggio in giudicato formale e sostanziale, mentre il primo può assumere, preclusa l'impugnazione per nullità, «soltanto una situazione di non ulteriore impugnabilità». ⁵³ Perciò, non essendo dotata la pronuncia arbitrale dell'efficacia preclusiva propria del giudicato, che «per riconoscimento espresso del legislatore non ha ragion d'essere», nei confronti di un lodo emanato in totale assenza di compromesso (in cui manca la stessa *potestas decidendi* degli arbitri), di un lodo emesso su materia incompromettibile, è possibile esperire in ogni sede e in qualsiasi tempo un'*actio nullitatis*, ossia una autonoma azione di accertamento negativo, per far valere l'assoluta nullità-inesistenza della decisione arbitrale.⁵⁴ Inoltre secondo la dottrina favorevole all'efficacia privatistica del lodo rituale, un'ulteriore conseguenza della riforma del 1994 è l'avvenuta la scomparsa dall'ordinamento dell'arbitrato irrituale, poiché circoscritto il ruolo dell'*exequatur* al conferimento dell'efficacia esecutiva (oltre agli altri effetti previsti dall'art. 825 c.p.c.), si ha un unico arbitrato, «sicuramente appartenente all'area del diritto privato, destinato a concludersi con un lodo avente efficacia vincolante». ⁵⁵

Se queste sono le conclusioni cui giungono gli autori favorevoli ad un'impostazione di tipo negoziale, bisogna ammettere che, a parte il caso dell'inesistenza del lodo, quest'ultimo resta comunque ben distinto dai normali atti negoziali, in quanto, preclusa l'impugnazione per nullità, la pronuncia arbitrale acquista un particolare tipo di stabilità, definita come «situazione di non ulteriore impugnabilità», di cui non godono gli atti di autonomia privata. Infatti, anche per la citata teoria privatistica l'accertamento contenuto nel lodo non più impugnabile, pur non essendo dotato dell'efficacia-autorità della cosa giudicata, non può essere ulteriormente rimesso in discussione nel futuro dell'esperienza giuridica. Quindi, pur non volendo conferire al lodo quella particolare efficacia propria della sentenza giurisdizionale, rimane il fatto che la pronuncia arbitrale è dotata di un particolare regime di «irretrattabilità-imm modificabilità», o «situazione di non ulteriore impugnabilità», estraneo agli atti negoziali.⁵⁶ Ma allora resta da chiedersi il motivo per cui la legge attribuisce efficacia negoziale ad un atto soggetto ad una disciplina di tipo giurisdizionale, ad un atto cioè che si trova in una situazione processuale analoga a quella di una «sentenza di primo grado in attesa di impugnazione». ⁵⁷

8. Considerazioni conclusive

Delineato, sinteticamente, il dibattito sull'efficacia del lodo rituale, a me sembra che ci si trovi di fronte ad un problema ancora insoluto. Il quadro generale di riferimento è eterogeneo, poiché da un lato la Suprema Corte di Cassazione non ha assunto una posizione chiara in ordine all'efficacia del lodo rituale, pur avendolo qualificato come atto di autonomia privata, dall'altro lato la Corte Costituzionale considera il giudizio arbitrale «potenzialmente fungibile» con quello giurisdizionale, quindi per questo ed altri motivi ha legittimato gli arbitri alla rimessione della questione di legittimità costituzionale, ed infine la dottrina è divisa tra la tesi della decisorietà-giurisdizionalità del lodo, che sembra essere prevalente, e quella della negozialità. Senza contare che alla dichiarata

intenzione dei riformatori del 1994, di abbandonare una prospettiva conforme alla «natura privata del lodo costituente l'epilogo di un'attività scaturente dall'autonomia contrattuale e quindi diversa da quella giudiziaria», sembra essere seguita la costruzione di un sistema normativo più propenso all'equiparazione effettuale tra lodo e sentenza, che ad un'efficacia negoziale del lodo stesso (basti a questo riguardo notare come il lodo non più impugnabile per nullità e la sentenza passata in giudicato formale si trovano in una situazione simile, essendo entrambi gli atti impugnabili con la revocazione straordinaria e con l'opposizione di terzo).

In questo quadro se dovesse prevalere del tutto la tesi della piena decisorietà del lodo, va messo in evidenza che sarebbero ancora tante le questioni da risolvere, sia in riferimento ai dubbi di costituzionalità che una tale soluzione solleva, sia in relazione alle lacune esistenti a livello di sistema ordinario.

Il primo scoglio ad una ricostruzione in chiave decisoria della pronuncia arbitrale lo si ritrova nell'art. 102 Cost., il quale con lo stabilire che «la funzione giurisdizionale è esercitata dai magistrati ordinari», sembra sancire l'esistenza del monopolio statale della attività giurisdizionale, ossia che alle sole pubbliche magistrature compete l'esercizio di essa. Monopolio che l'idea dell'equiparazione effettuale tra lodo e sentenza togata tende a superare, attribuendo agli arbitri l'esercizio della funzione giurisdizionale in senso oggettivo.

La disposizione contenuta nell'art. 102 Cost., comma 1, in un primo tempo è stata interpretata in modo rigoroso. La Corte Costituzionale, nella sentenza n. 2 del 1963, stabilì a chiare lettere l'esistenza del principio della statualità della giurisdizione e motivò la legittimità dell'arbitrato rituale volontario in base alla circostanza che il lodo acquistava l'imperatività solo conseguentemente all'emanazione del decreto pretorile.⁵⁸ Ma se questa soluzione non poteva convincere in passato, molto meno può farlo oggi alla luce del ridotto ruolo dell'eventuale, e non più necessario, decreto di omologazione.⁵⁹ Anche una parte della dottrina offriva una lettura rigida della disposizione costituzionale in discorso, sostenendo che «le giurisdizionalizzazioni degli arbitrati rituali - quale ne fosse il fondamento nel sistema previgente al 1 gennaio 1948 - sono ora in contrasto con le norme della Costituzione (art. 24, 25, 102, 103) che riservano a pubbliche magistrature le funzioni giurisdizionali e in particolare a quelle della tutela dei diritti».⁶⁰

Da qualche anno però è mutato l'orientamento rispetto all'art. 102, comma 1, e si è detto che esso non sancisce il monopolio statale della giurisdizione, ma si limita a «regolare una funzione dello Stato-organizzazione».⁶¹ La concezione liberale della funzione giurisdizionale viene attualmente accolta da molti autori, ed è ormai ricorrente l'affermazione secondo cui, l'art. 102 Cost. «non impone una sorta di monopolio assoluto dei giudici ufficiali nel settore dell'amministrazione della giustizia, ma si limita a dare atto che lo Stato ha il potere-dovere di somministrare il servizio giustizia attraverso una propria organizzazione», quindi è aperta ai privati la possibilità di rivolgersi ai giudici privati per ottenere lo stesso tipo di tutela ottenibile dinanzi ai giudici statali.⁶²

Ma nonostante l'interpretazione evolutiva dell'art. 102 Cost., deve essere sottolineato che il principio del monopolio statale della giurisdizione ha da sempre costituito il maggior ostacolo alla ricostruzione in chiave decisoria degli arbitri, sia nel passato che nel presente. Si ricordino le contrapposizioni sorte tra dottrina classica che, quasi unanimemente (ad eccezione del Satta), postulava l'idoneità al giudicato della sentenza arbitrale, sulla qualificazione dell'attività arbitrale e sulla relativa decisione.⁶³ Contrapposizioni che si ripetono anche attualmente, seppur in chiave diversa tra i sostenitori della natura decisoria del lodo. Infatti, quella parte della dottrina moderna che si dimostra favorevole all'efficacia giurisdizionale del lodo rituale, non concorda poi sulla qualificazione dell'at-

tività arbitrale né sulla natura del suo prodotto conclusivo. Secondo una prima impostazione, l'arbitrato rituale costituisce un fenomeno di tipo integralmente giurisdizionale, un «processo decisorio speciale», espressione della «forma più radicale di giurisdizione non togata, frutto del pluralismo». ⁶⁴ In base ad una seconda tesi, l'arbitrato avrebbe una natura privata e «giurisdizionale quanto a risultato». ⁶⁵ Infine, per una terza teoria, posta la natura strettamente privata dell'attività arbitrale, il lodo rituale non sarebbe un provvedimento giurisdizionale, ma un atto privato o negoziale, al quale, tuttavia, l'ordinamento attribuisce un'efficacia uguale e identica a quella della sentenza togata, sia tra le parti che nei confronti dei terzi. ⁶⁶ La varietà delle opinioni ricordate dimostra, a mio avviso, che l'idea di attribuire alla decisione di una lite proveniente da soggetti privati la stessa forza propria della sentenza, comporta innegabili difficoltà in riferimento ai principi generali della giurisdizione contenziosa decisoria e necessita ancora di un adeguato approfondimento.

Inoltre, la tesi della decisorietà del lodo deve fare i conti con il principio della correlazione necessaria tra cosa giudicata sui diritti *e/o status* e cognizione ordinaria (o comunque piena e esauriente), correlazione imposta dal sistema costituzionale (art. 3, 24 e 111 Cost.) e dal sistema ordinario (art. 279, 324 c.p.c. e 2909 c.c.), regola che impone la «tutelabilità giurisdizionale dei diritti, senza eccezione alcuna, con almeno un grado di cognizione ordinaria piena e esauriente in fatto e in diritto, seguita dal controllo di legittimità in Cassazione ed idonea, in virtù di questa doppia possibilità di giudizi così strutturati, a produrre il giudicato formale e sostanziale, di cui agli art. 324 c.p.c. e 2909 c.c.». ⁶⁷ E allora come conciliare il principio costituzionale della correlazione necessaria tra cosa giudicata e cognizione piena e esauriente, con la tesi della decisorietà del lodo rituale. Così se si postula che il lodo è idoneo al giudicato formale e sostanziale, in conseguenza dei principi costituzionali relativi alla giurisdizione contenziosa decisoria, il procedimento arbitrale deve essere costruito come un procedimento non sommario, a cognizione piena e esauriente, cercando di inserire un contraddittorio il più ampio possibile. Non a caso, recentemente, l'esigenza del rispetto del principio del contraddittorio e della più ampia possibilità di difesa in sede arbitrale è sempre più sentita dalla giurisprudenza pratica e teorica. Infatti, in un recente studio viene stabilito che le garanzie processuali dettate dal nuovo art. 111 Cost. debbano essere applicate anche in sede arbitrale. ⁶⁸ Ed anche la Corte Costituzionale nella sent. n. 376 del 2001, seppur in forma estremamente sintetica, ha sentito la necessità di affermare che l'arbitrato rituale si svolge secondo «le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria».

Una strada alternativa, ai fini della costituzionalità dell'arbitrato, potrebbe essere quella di ricostruire l'impugnazione per nullità del lodo come un giudizio d'appello, di modo che la cognizione piena e esauriente, sulla causa dedotta in arbitrato, venga comunque garantita in sede di impugnazione (come accade in Francia, ove l'art. 1481 del Nouveau code de procedur civil, prevede il cosiddetto *appel-reformation*, che permette il pieno riesame del merito della causa). Ma, va rilevato, che se anche si costruisse il procedimento arbitrale come un giudizio a cognizione piena e esauriente, colmando in via interpretativa la sostanziale neutralità del codice di rito, in sede arbitrale mancherebbe comunque la predeterminazione legislativa delle forme, dei termini, delle facoltà delle parti e dei poteri del giudice, poiché secondo l'art. 816 c.p.c., le parti possono «stabilire le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento», e subordinatamente in mancanza di tali norme «gli arbitri hanno la facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio nel modo che ritengono più opportuno», sempre con il dovuto limite del rispetto del principio del contraddittorio. ⁶⁹ Quest'ultimo aspetto potrebbe essere, forse, superato dalla circostanza che il giudizio arbitrale è sempre volontario,

per questi motivi è plasmabile dall'autonomia delle parti, quindi sono le parti stesse a rinunciare liberamente al rispetto di determinate garanzie processuali, tra cui la predeterminazione delle regole procedurali.

Se sono questi i principi costituzionali con cui si scontra la tesi dell'equivalenza effettuale tra lodo e sentenza, bisogna ricordare che molti sono i problemi che rimangono ancora insoluti rispetto all'applicabilità all'arbitrato rituale di tutti quegli istituti collegati con la cosa giudicata, quali: la litispendenza arbitrale (art. 39 c.p.c.), la sospensione necessaria per pregiudizialità civile tra processo arbitrale e processo giurisdizionale (art. 295 c.p.c.), la revocazione della sentenza se contraria a precedente lodo non più impugnabile (art. 395, n. 5), il regime dell'eccezione derivante da precedente «giudicato arbitrale», la prescrizione *pro iudicato*, l'ammissibilità degli interventi volontari in sede arbitrale (in particolare di quello adesivo dipendente).

Infine, vorrei solo effettuare un'ultima considerazione. Come abbiamo visto, l'idea prevalente sembra essere quella di considerare l'arbitrato rituale come una forma di tutela non giurisdizionale dei diritti, ossia come un processo funzionalmente ed effettivamente equivalente a quello pubblico. Al proposito bisogna anche segnalare che la tendenza del legislatore attuale è quella di allargare l'ambito delle controversie compromettibili nel campo della materia societaria, al fine di ottenere «una più rapida ed efficace risoluzione» delle liti (Legge, 3 ottobre 2001, n. 366, art. 12).⁷⁰ Ma questa tendenza suscita alcune perplessità, perché non si può confondere la possibilità per i privati di deferire agli arbitri la risoluzione della lite, con l'idea che l'arbitrato possa essere la «panacea per tutti i mali della giustizia civile».⁷¹ Se anche si arrivasse ad affermare una piena equivalenza funzionale ed effettuale tra arbitrato e processo giurisdizionale, mai ci si dovrebbe dimenticare che al centro del sistema e dell'ordinamento dei diritti rimane sempre la loro «certa piena ed effettiva tutelabilità giurisdizionale innanzi tutto in sede civile e sempre ad opera di una magistratura soggetta soltanto alla legge, oltre che autonoma e indipendente».⁷² Ciò perché l'arbitrato, e tutti i mezzi alternativi in generale, non possono funzionare «come mezzi drasticamente sostitutivi della giurisdizione contenziosa ordinaria»,⁷³ quindi la diffusione dei «decongestionanti modelli alternativi per la risoluzione delle controversie» rimane «evidentemente complementare, non obbligatoria e non alternativa».⁷⁴ In effetti, ciò che manca in modo più evidente all'arbitrato è una delle garanzie fondamentali della tutela giurisdizionale dei diritti, ossia l'ordinario (art. 102 Cost.), «giudice naturale» (art. 25), «soggetto soltanto alla legge» (art. 101), «autonomo e indipendente da ogni altro potere» (art. 104), ed è per tali motivi che non si possono accogliere quelle opinioni che tendono attualmente a superare il divieto di arbitrato obbligatorio, in base all'equivalenza tra arbitrato rituale e processo giurisdizionale, perché il primo mai potrà essere un perfetto e completo surrogato del secondo.⁷⁵

Giovanni Bonato

Note

¹ Ci si riferisce all'indirizzo più recentemente elaborato dalla Suprema Corte in riferimento alla natura privata dell'arbitrato rituale. Si richiamano, per il momento, Cass., Sez. Un., 3 agosto 2000, n. 527, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 254, con nota di E. F. Ricci, *La natura dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano*

le Sezioni Unite, in *Riv. arb.*, 2001, p. 699, con nota di Fazzalari, *Una svolta attesa in ordine alla natura dell'arbitrato*; in *Foro it.*, 2001, I, c. 839, con nota di Barone; in *Giur. it.*, 2001, I, 1, c. 1107, con nota di Nela; in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 761, con nota di Monteleone, *Le sezioni unite della Cassazione affermano la natura giuridica*

negoziale e non giurisdizionale del c.d. arbitrato rituale; in *Corr. Giur.*, 2000, p. 51, con nota di Ruffini e Marinelli, *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione?*; Cass., Sez. Un., 5 dicembre 2000, n. 1251, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 339; in *Corr. Giur.*, 2001, p. 1449, cui hanno fatto

seguito diverse e molteplici decisioni (che verranno ricordate nel corso della presente indagine) favorevoli alla configurazione negozial-privatistica dell'arbitrato rituale.

² In realtà, la formulazione del principio, secondo cui la notificazione dell'impugnazione per nullità del lodo rituale va di regola eseguita alla parte personalmente (salva l'ipotesi prevista dall'art. 141, comma 2, c.p.c.), si deve a Cass., 14 gennaio 1999, n. 345, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1089; in *Giur. it.*, 2000, I, 1, c. 71, con nota di Nela.

³ Così Cass., 27 luglio 1990, n. 7597, in *Riv. arb.*, 1991, p. 535, con nota di G. Ruffini, *Alcune questioni in tema di impugnazione per nullità del lodo arbitrale*. Ma, per l'applicabilità dell'art. 330 c.p.c. anche all'impugnazione del lodo rituale vedi: App. Roma 18 febbraio 1969, in *Giur. it.*, I, 2, c. 617, con nota di Mazzarella, *Natura del giudizio di impugnazione del lodo per nullità e luogo di notifica dell'atto introduttivo*; App. Lecce, 25 maggio 1979, in *Giust. civ.*, 1979, I, p. 1795, ove si ritiene che "l'impugnativa del lodo, pur qualificandosi come una mera querela nullitatis si inquadri nel sistema delle impugnazioni regolato dal c.p.c., il che porta a ritenere che ad essa si applichino anche le norme circa la persona alla quale deve essere consegnata la copia dell'impugnazione (art. 330 c.p.c.)". Per l'applicazione dell'art. 330 c.p.c. anche all'impugnazione del lodo rituale, vedi in dottrina, Schizzerotto, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, p. 650.

⁴ Ancora dalla motivazione di Cass., 27 luglio 1990, n. 7597, cit. Per le prime applicazioni di questo principio vedi: Cass., Sez. Un., 14 dicembre 1981, n. 6597, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, c. 1028; Cass., Sez. Un., 18 gennaio 1982, n. 293, in *Foro it.*, 1982, I, c. 683; Cass., Sez. Un., 12 ottobre 1983, n. 5922, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 658. Per le ultime applicazioni di tale principio vedi: App. Napoli, 8 marzo 1995, in *Riv. arb.*, 1996, p. 63, con nota di Murra, *Sul luogo di notifica dell'impugnazione del lodo arbitrale*; e soprattutto Cass., 3 maggio 1999, n. 4397, in *Foro it.*, I, c. 2551, la quale fa proprio quello che è definito "il

consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità", relativo alla validità della notifica dell'impugnazione effettuata presso il procuratore costituito nel giudizio arbitrale e domiciliatario della parte; e Cass., 18 aprile 2000, n. 5011, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Impugnazioni civili*, n. 104, decisioni queste ultime che hanno dato luogo, secondo Cass., 3 agosto 2001, n. 10699, ad un "contrasto inconsapevole" con la soluzione adottata da Cass., 14 gennaio 1999, n. 345, cit.

⁵ Queste le puntuali affermazioni di Ruffini, op. ult. cit., p. 540, secondo cui la ragione di tale contraddizione era da rinvenire nel fatto che, in tutti i casi sottoposti all'esame della Corte, il difensore risultava avere anche la qualità di domiciliatario della parte. L'autore faceva notare che, se la legittimazione a ricevere l'impugnazione per nullità veniva fatta dipendere dalla qualità di mandatario della parte, ricoperta dal difensore, doveva risultare superflua la circostanza che egli fosse eventualmente anche domiciliatario, e così inutile il riferimento all'art. 141, comma 2, c.p.c. La stessa opinione è stata ripresa recentemente anche da Murra, op. ult. cit., p. 69, secondo cui "la qualità di domiciliatario della parte in capo al procuratore costituito nel giudizio arbitrale è argomento - sul quale la giurisprudenza insiste - che costituisce un falso problema", poiché quello che "legittima il procuratore costituito apud arbitros ad essere visto come destinatario (in nome e per conto della parte) della notifica dell'atto di impugnazione del lodo è solo e soltanto la sua qualifica di mandatario della parte".

Il fondamento normativo della validità della notificazione dell'impugnazione del lodo al difensore era rinvenuto, in sostanza, nella disposizione contenuta nell'art. 1708 del c.c., secondo cui "il mandato comprende non solo gli atti per i quali è stato conferito, ma anche quelli che sono necessari al loro compimento", all'interno dei quali veniva inserita anche la ricezione dell'atto di impugnazione del lodo, in quanto rientrante tra gli adempimenti cui il difensore è tenuto al fine della esecuzione del mandato

affidatogli. Era, infatti, questa l'opinione espressa originariamente da Cass., 18 gennaio 1982, n. 292, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, c. 1176, la quale, richiamando l'obbligo del mandatario di adempiere al mandato con la diligenza del buon padre di famiglia (art. 1710 c.c.), aveva sostenuto che il mandato difensivo, in quanto comprensivo di tutti gli "ulteriori adempimenti che seguono la definizione del giudizio arbitrale e precedono l'instaurazione del giudizio di impugnazione per nullità innanzi al giudice", non poteva essere considerato estinto immediatamente in seguito all'emanazione del lodo. Come detto, tuttavia, a partire Cass., 14 dicembre 1981, n. 6597, cit., inizia il riferimento all'art. 141, comma 2, cui si sono riferite (ad eccezione di alcuni casi) tutte le seguenti decisioni. Esistono anche alcune massime degenerate del suddetto orientamento, vedi Cass., Sez. Un., 1 aprile 1987, n. 3117, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 1688, secondo cui la notificazione dell'impugnazione per nullità della sentenza arbitrale «deve ritenersi validamente effettuata presso detto difensore, in relazione al disposto dell'art. 141 comma 2 c.p.c., quando il difensore medesimo abbia la qualità di domiciliatario della parte».

⁶ In argomento, vedi C. Punzi, *Arbitrato rituale e irrituale*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. II, Roma, 1995, p. 44.

⁷ Per la giurisprudenza, cioè, la notificazione del lodo, ai fini della decorrenza del termine breve di impugnazione, può essere alternativamente effettuata o al difensore del giudizio arbitrale o alla parte personalmente. Vedi in questo senso: Cass., Sez. Un., 12 ottobre 1983, n. 5918, in *Foro it.*, I, c. 2703; Cass., 24 gennaio 1998, n. 698, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Arbitrato*, n. 149; da ultimo, Cass., 16 maggio 2000, n. 6300, in *Riv. arb.*, 2001, p. 208, con nota di Comoglio, *Rappresentanza processuale e difesa tecnica nell'arbitrato rituale*, secondo cui, riguardo all'istituto arbitrale non possono ritenersi applicabili quelle norme che stabiliscono l'obbligo delle notificazioni esclusivamente presso il

procuratore costituito, dal momento in cui il giudizio arbitrale ha «caratteri fondamentalmente diversi rispetto al procedimento dinanzi al giudice ordinario», ed inoltre perché nel procedimento arbitrale “non vige l’obbligatorietà del ministero del difensore”. Ma per l’applicazione degli art. 170 e 285 c.p.c., in riferimento alla notificazione del lodo rituale, vedi in dottrina, Menchini, *Sull’attitudine al giudicato sostanziale del lodo non più impugnabile non assistito dalla omologa giudiziale*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 773, secondo cui l’art. 175 (di cui l’art. 285 è solo un’applicazione specifica) è una disposizione generale, quindi “risulta applicabile, se non diversamente disposto, anche ai processi speciali previsti dal quarto libro” del codice di procedura civile.

⁸ Come detto, la giurisprudenza è stata sempre concorde nel collegare le disposizioni che sanciscono l’esecuzione esclusiva di comunicazioni e notificazioni al procuratore costituito (art. 170, 285, 330 c.p.c.), all’obbligatorietà del ministero del difensore; vedi, Cass., 16 maggio 2000, n. 6300, cit., secondo cui l’eventuale difensore in sede arbitrale è “solo un mandatario con rappresentanza sul piano contrattuale privatistico e non il necessario titolare dello ius postulandi”, quindi non è data una vera e propria costituzione in giudizio di costui. In dottrina, per l’inapplicabilità degli art. 175, 285, 330 c.p.c., essendo disposizioni che presuppongono una formale costituzione in giudizio delle parti per mezzo di un procuratore, vedi, per tutti Punzi, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, Padova, 2000, I, p. 592, il quale sottolinea come nel giudizio arbitrale non si verifichi “una vera e propria costituzione in giudizio delle parti”, sebbene queste possano liberamente nominare un proprio difensore; la stessa opinione è accolta, recentemente, da Comoglio, op. ult. cit., p. 216. Sulla non necessità dell’assistenza di un difensore in sede arbitrale, in assenza di una disposizione analoga all’art. 82, comma 3, l’opinione è unanime, sia in dottrina che in

giurisprudenza. In argomento, si rinvia ulteriormente a Punzi, op. ult. cit., I, p. 584, il quale specifica che l’obbligatorietà della difesa può essere stabilita dalle parti del giudizio arbitrale, se queste si avvalgono del loro potere di stabilire le norme del procedimento, ex art. 816 c.p.c.; in argomento vedi, anche, G. Della Pietra, in *Diritto dell’arbitrato rituale*, a cura di Verde, Torino, 2000, p. 142.

⁹ Riguardo all’art. 330 c.p.c. vedi Cass., 12 gennaio 1995, n. 291, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Impugnazioni civili*, n. 96, secondo cui questa disposizione non dà la mera indicazione del luogo della notifica dell’atto di impugnazione della sentenza, ma “identifica nel procuratore del precedente grado di giudizio, il destinatario di essa in forza di una proroga ex lege dei poteri conferitigli con lo ius postulandi”. Come anticipato già da Cass., 14 gennaio 1999, n. 345, cit., non è ipotizzabile “una proroga ex lege dei poteri del mandatario del difensore presso il giudizio arbitrale, nella fase di passaggio privato, ormai terminato, in cui difetta lo *ius postulandi*, e l’inizio di un processo pubblico che invece lo richiede espressamente”.

¹¹ Vedi, ancora, Cass., 14 gennaio 1999, n. 345, cit., la quale specifica che affinché si verifichi la fattispecie prevista dal comma 2 dell’art. 141, è necessario che le parti abbiano indicato il luogo in cui deve avvenire la notifica secondo “caratteri di incontrovertibile univocità”.

¹² Così, Balena, *Contrasti e incertezze circa la notificazione dell’impugnazione per nullità*, in *Foro it.*, 2002, c. 448.

¹³ Vedi, in senso contrario Canale, op. ult. cit., c. 73, il quale si dimostra favorevole all’ultrattività del mandato, sostenendo che il difensore possa ricevere la notifica dell’impugnazione, in quanto compito rientrante tra quelli necessari al compimento del contratto.

¹⁴ Per l’autonomia dell’elezione di domicilio rispetto alla procura *ad litem*, vedi Montesano-Arieta, *Trattato di diritto processuale civile*, Torino, 2001, vol. I, tomo I, p. 779; Balena, op. ult. cit., c. 453.

¹⁵ Da notare che le disposizioni contenute nell’art. 141 c.p.c. sono

applicabili anche nel caso in cui sia stato eletto domicilio presso un soggetto che non sia difensore della parte, infatti non bisogna confondere la posizione del domiciliatario con quella del difensore, ruoli questi che possono anche non coincidere.

¹⁶ Per completezza va ricordato che i presupposti richiesti dall’art. 141, comma 2, affinché la notificazione al domiciliatario divenga obbligatoria, si verificano quando: il contratto, contenente l’elezione di domicilio, è stato stipulato tra colui che promuove la notificazione e il destinatario di essa; l’obbligatorietà della notifica presso il domiciliatario è stata “espressamente dichiarata”; ed inoltre la controversia riguarda l’oggetto contrattuale. In argomento vedi, Punzi, *Delle comunicazioni e delle notificazioni*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da Enrico Allorio, libro I, Tomo II, Torino, 1973, p. 1550; Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, vol. I, Napoli, 1964, p. 391.

¹⁷ Queste le conclusioni alle quali in materia giunge, correttamente, Punzi, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, op. cit., vol. I, p. 595, nota 343, e vol. II, p. 184-189, secondo cui all’arbitrato possono essere applicate le norme sulle notificazioni di cui agli art. 137 e ss. del c.p.c. poiché contenute nel primo libro del codice e in quanto non derogate dagli art. 806 e ss. del c.p.c. Favorevole all’applicazione dell’art. 141 c.p.c. è anche E. Zucconi Galli Fonseca, in *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna, 2001, p. 586.

Per la medesima soluzione vedi anche Balena, op. ult. cit., c. 454, il quale, tuttavia, preferisce rifarsi ad una delle ipotesi previste dall’art. 330, comma 1, secondo cui la notificazione dell’impugnazione può farsi nella residenza dichiarata o nel domicilio eletto per il giudizio. L’autore ritiene che l’art. 330 c.p.c. possa essere tranquillamente applicato all’impugnazione per nullità del lodo (tra cui rientra anche l’ipotesi della dichiarazione di residenza o dell’elezione di domicilio compiuta dalla parte nell’atto di notificazione del lodo), «eccezion fatta per la parte in cui prevede che la notifica avvenga presso il procuratore costituito».

Lo stesso autore valuta, inoltre, eccessiva la sanzione dell'inesistenza della notificazione stabilita dalla sentenza in esame, poiché sarebbe stato più opportuno dichiararne la sola nullità, consentendo in tal modo la rinnovazione della notifica ex art. 291 c.p.c.

¹⁸ Favorevoli alla ricezione dell'impugnazione da parte del difensore domiciliatario sono anche Montesano-Arieta, *Diritto processuale civile*, Torino, 2000, vol. 4, p. 503, i quali, tuttavia, argomentano non in base all'art. 141, comma 1, ma in considerazione dell'avvenuta parificazione, ad opera della riforma del 1994, del procedimento arbitrale al processo statale. Riforma che, a parere degli autori, ha accentuato per i giudizi arbitrali "la necessità di apprestare garanzie di difesa, se non identiche, quantomeno analoghe a quelle dei giudizi statuali", tra cui si inseriscono anche "le regole fondamentali in tema di assistenza tecnica".

¹⁹ In realtà, già prima di Cass., 3 agosto 2000, n. 527, cit., alcune sentenze hanno accolto la concezione privata dell'arbitrato rituale. Vedi, in questo senso: Cass., 24 maggio 1995, n. 5690, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 2365, la quale dichiara l'inammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione, non essendo gli arbitri organi giurisdizionali dello Stato, giustificando tale soluzione in conseguenza delle "modifiche apportate agli art. 825, 826, 827, 828, 829, 830 e 831 c.p.c., che con l'eliminazione del *nomen* di sentenza arbitrale, ..., sono sufficienti a cancellare ogni dubbio sulla natura del dictum arbitrale, che era e resta un atto di autonomia privata"; Cass., ord. 26 aprile 1996, n. 377, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Arbitrato*, n. 108, che esclude l'esperibilità del regolamento di giurisdizione in sede arbitrale, poiché detto strumento postula un procedimento davanti ad un organo giurisdizionale dello Stato, mentre "l'arbitro non è un organo giurisdizionale, come le modifiche della disciplina dell'arbitrato, introdotte con la L. 5 gennaio, n. 25, confermano chiaramente"; Cass., 14 gennaio 1999, n. 345, cit., secondo cui la riforma del 1994 ha comportato una "decisa

riaffermazione della natura privatistica dell'arbitrato", e il riconoscimento di un "diritto naturale all'arbitrato, cioè una giustizia cognitiva privata che si estrinseca in un *dictum* di uno o più privati, che non siano giudici, reso su richiesta di entrambe le parti, al termine di un procedimento in cui gli arbitri risolvono la controversia mediante una regolamentazione negoziale degli interessi in conflitto"; Cass., 16 maggio 2000, n. 6300, cit., secondo cui l'arbitrato è un processo privato che "riveste caratteri fondamentalmente diversi rispetto al procedimento dinanzi al giudice ordinario".

Per la qualificazione del lodo rituale come "atto di autonomia privata, ancorché dotato, in ipotesi di efficacia esecutiva", vedi Cass., 8 luglio 1996, n. 6205, in *Riv. arb.*, 1997, p. 325, con nota di Vaccarella, e Cass., 7 aprile 1997, n. 3001, *ivi*, p. 515, con nota di Luiso, le quali escludono la possibilità di revocare la sentenza togata se contraria ad un precedente lodo, in quanto lo strumento della revocazione, di cui all'art. 395, n. 5, c.p.c., è un mezzo "diretto a dirimere il conflitto tra due giudicati e non tra una sentenza passata in giudicato e un lodo, in ipotesi non impugnato e non più impugnabile".

²⁰ Così espressamente Cass., Sez. Un., 4 luglio 1981, n. 4360, in *Foro it.*, 1981, I, c. 2431. Per completezza bisogna ricordare che la giurisprudenza non accoglieva una visione totalmente pubblicistica dell'arbitrato rituale, poiché seguiva la cosiddetta teoria intermedia della giurisdizionalità *ex post* elaborata dal Redenti, *Diritto processuale civile*, Milano, 1957, vol. III, p. 459, in base alla quale l'arbitrato era considerato come un'attività che in origine era di tipo privato, ma destinata successivamente ad acquistare carattere giurisdizionale a posteriori, in seguito alla concessione del decreto di esecutorietà da parte del pretore. La formulazione di questa tesi si deve essenzialmente a Cass., 9 maggio 1956, n. 1505, in *Foro it.*, 1956, I, c. 847, secondo cui "il procedimento arbitrale acquista carattere giurisdizionale *ex post* col provvedimento dell'organo

statale". Per la configurazione della sentenza arbitrale come atto complesso (del lodo degli arbitri e del decreto pretorile), avente natura giurisdizionale e conseguente attitudine al giudicato formale e sostanziale, vedi: Cass., 22 ottobre 1959, n. 3027, in *Giust. civ.*, 1960, I, p. 311; Cass., 5 ottobre 1963, n. 2650, in *Giur. it.*, 1964, I, 1, c. 1200.

²¹ Sull'inammissibilità del regolamento di giurisdizione, sia nel corso del procedimento dinanzi agli arbitri sia in pendenza del giudizio di impugnazione per nullità, nel presupposto che in sede arbitrale non possono sorgere questioni di giurisdizione in senso tecnico e che gli arbitri non sono organi giurisdizionali, vedi: Cass., Sez. Un., 3 agosto 2000, n. 527, cit.; Cass., Sez. Un., 1 dicembre 2000, n. 1240, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Arbitrato*, n. 220; Cass., Sez. Un., 5 dicembre 2000, n. 1251, cit.; Cass., Sez. Un., 11 giugno 2001, n. 7858, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2381.

²² Per l'inammissibilità del regolamento di competenza, nei confronti della sentenza del giudice ordinario con cui si decide dell'eccezione di compromesso, vedi: Cass., 1 febbraio 2001, n. 1403, in *Foro it.*, 2001, I, c. 838; Cass., 4 giugno 2001, n. 7533, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2383, le quali specificano che il regolamento di competenza è un "mezzo processuale esperibile limitatamente per le questioni di competenza riconducibili allo schema di cui all'art. 38 del codice di rito"; vedi, da ultimo, Cass., 1 marzo 2002, n. 3026, in *Mass. Foro it.*, 2002, p. 223.

Ma, per l'impugnabilità con regolamento di competenza della sentenza con cui il giudice ordinario declina la propria competenza in favore degli arbitri rituali, vedi Cass., 15 settembre 2000, n. 12175, in *Giur. it.*, 2001, I, 1, c. 2035; Cass., 15 maggio 2001, n. 6710, in *Giur. it.*, 2002, I, 1, c. 939.

²³ Vedi, in questo senso, Briguglio, *Merito e metodo nella pronuncia della consulta che ammette gli arbitri rituali alla rimessione pregiudiziale costituzionale*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 664, spec. p. 672 alla nota 20, secondo cui "le Sezioni Unite nulla dicono degli effetti del lodo", poiché l'attribuzione ad esso degli effetti

propri della sentenza è lasciata "quanto meno impregiudicata", ed anzi ammessa.

²⁴ Così Cass., 8 agosto 2001, n. 10932, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 70, la quale in particolare afferma che tra i poteri degli arbitri rientra anche la possibilità di emanare la "pronuncia di una decisione volta a dar esecuzione, in forma specifica e ai sensi dell'art. 2932 c.c., all'obbligo di contrarre assunto con un contratto preliminare". In riferimento alla possibilità di emanare lodi a contenuto costitutivo, vedi, per il passato, Cass., 15 marzo 1995, n. 3045, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 812.

²⁵ Il riferimento è a Cass., 16 maggio 2000, n. 6291, in *Riv. arb.*, 2000, p. 463, con nota di Ruffini, *Efficacia di sentenza del lodo arbitrale ed impugnazione incidentale per nullità*. Sull'equiparazione tra lodo rituale e sentenza si sofferma anche Cass., 8 settembre 1997, n. 8735, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2794, secondo cui il regime dei conflitti tra lodi, e tra lodo e sentenza, delinea dal nuovo motivo di nullità, di cui al n. 8 dell'art. 829 c.p.c., "postula l'uguale efficacia ed autorità di tali atti". Vedi, altresì, nell'ottica della giurisdizionalità del lodo rituale, Cass., 26 novembre 1996, n. 10456, in *Foro it.*, 1997, I, c. 833, che definisce gli strumenti previsti dagli art. 827 e ss. c.p.c. come dei "mezzi di impugnazione tipicamente processuali", e qualifica il giudizio di impugnazione per nullità come "una vicenda processuale non riconducibile all'impugnazione di un atto negoziale dinanzi al giudice, bensì a un vero e proprio giudizio di secondo grado, rispetto a quello già svoltosi dinanzi agli arbitri". Secondo questa decisione, l'oggetto dell'impugnazione per nullità del lodo viene identificato in un "precedente provvedimento cui l'ordinamento italiano già riconosce efficacia di sentenza", giudizio che "tende a determinare se la statuizione espressa in quella sentenza possa o meno acquistare la stabilità del giudicato". In argomento si segnala anche Cass., 16 maggio 1997, n. 4347, in *Foro it.*, 1997, I, c. 1747, secondo cui dall'esperibilità dell'impugnazione per nullità del lodo si desumerebbe, "univocamente, il carattere

giurisdizionale e, dunque, di dictum che esaurisce un grado di giudizio" del lodo rituale; caratteristica quest'ultima che non potrebbe conciliarsi "con la natura negoziale che gli si vorrebbe attribuire, omologandolo con varia intensità, al lodo irrituale".

²⁶ L'espressa ammissione della sopravvivenza dell'arbitrato irrituale nell'ordinamento vigente si deve a Cass., 8 novembre 2001, n. 13840, in *Rep. Foro it.*, voce *Arbitrato*, n. 98, secondo cui le innovazioni legislative dovute alla Legge n. 25 del 1994 "hanno inciso sulla sola natura dell'arbitrato rituale - il quale è e resta un atto di autonomia privata - ma non hanno comportato alcuna innovazione per quanto riguarda l'arbitrato irrituale".

²⁷ Vedi, infatti, la stessa Cass., 8 agosto 2001, n. 10925, in *Foro it.*, I, 2001, c. 3079, la quale ammette che, in conseguenza del riconoscimento della natura privata dell'arbitrato rituale, risulta essere non agevole individuare l'elemento di distinzione con l'arbitrato irrituale.

²⁸ Così Cass., 11 giugno 2001, n. 7858, cit.

²⁹ Questi gli elementi distintivi individuati da Cass., 13 aprile 2001, n. 5527, in *Corr. Giur.*, 2002, p. 361, con nota di O. Filippaldi, *Ancora a proposito della svolta negoziale della Cassazione in tema di arbitrato*, la quale, proprio in base agli insegnamenti di Cass., 3 agosto 2000, n. 527, cit., pone ad "oggetto di (parziale) riesame" la differenza tra i due tipi di arbitrato. In senso analogo anche Cass., 8 novembre 2001, n. 13840, cit., secondo cui il persistente dato distintivo dell'arbitrato rituale "riesiede nella specifica funzione non già di risoluzione di una controversia, ma di regolamentazione degli interessi contrapposti delle parti".

³⁰ Così Cass., 8 agosto 2001, n. 10925, cit., la quale qualifica il patto compromissorio come un "accordo per la soluzione negoziale della controversia", e in conseguenza della configurazione della eccezione per arbitrato rituale come eccezione di merito, sottrae questa alle regola preclusiva stabilita dall'art. 38 c.p.c per l'eccezione di incompetenza, come avveniva in

passato, per assoggettarla al regime previsto per le eccezioni non rilevabili d'ufficio, di cui agli art. 180 e 183 c.p.c. La giurisprudenza, perciò, estende all'arbitrato rituale alcuni dei principi elaborati in riferimento al tipo irrituale. Per la configurazione del compromesso per arbitrato irrituale come rinuncia alla tutela giurisdizionale, dalla cui proposizione in giudizio si rinuncia all'eccezione sostanziale di improponibilità della domanda, vedi: Cass., 29 gennaio 1996, in *Riv. arb.*, 1996, p. 289, con nota di Luiso; Cass., 12 ottobre 1998, n. 10086, in *Foro it.*, 1999, I, c. 125; e per l'inammissibilità del regolamento di competenza, nei confronti della sentenza con la quale il giudice statuisce sulla validità-esistenza del compromesso irrituale, Cass., 8 aprile 1981, n. 1995, in *Foro it.*, 1981, I, c. 1572.

³¹ Così Cass., 8 agosto 2001, n. 10935, in *Mass. Foro it.*, 2001, p. 931.

³² Così, posta la natura sostanzialmente unitaria della decisione arbitrale, solo nei confronti del lodo rituale sono date le impugnazioni di cui agli art. 827 e ss. c.p.c., mentre nei confronti del lodo libero rimangono spendibili le sole impugnazioni negoziali, "per i motivi che la legge prevede quali cause di nullità o annullabilità dei contratti, con un'azione da proporre con l'osservanza delle norme ordinarie sulla competenza e con rispetto del doppio grado di giurisdizione". Vedi, in questo senso, Cass., 4 aprile 2001, n. 4943, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, p. 688; Cass., 18 settembre 2001, n. 11678, in *Mass. Foro it.*, 2001, p. 1036, la quale ribadisce che il lodo libero è impugnabile soltanto per i vizi della volontà, quali errore, violenza, dolo e incapacità delle parti, o degli arbitri; sostenendo, altresì, come "nell'arbitrato irrituale - quale vicenda che inizia e si esaurisce sul piano contrattuale - la violazione del principio del contraddittorio non si pone come vizio del procedimento, ma come vizio del contratto di mandato e può rilevare esclusivamente ai fini dell'impugnazione ai sensi dell'art. 1429 c.c."

Inoltre, vedi Cass., 13 aprile 2001, n. 5527, cit., secondo cui nel caso in cui sia incerta la natura dell'arbitrato si "impone come corretta opzione interpretativa la dichiarazione d'irritualità dello stesso, tenuto conto del carattere pur sempre eccezionale dell'arbitrato rituale rispetto alla cognizione del giudice ordinario".

³³ C. Cost., 28 novembre 2001, n. 376, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2883, con nota di Vaccarella, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte Costituzionale*; in *Riv. arb.*, 2001, p. 659, con nota di Briguglio, *Merito e metodo nella pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri rituali alla rimessione della pronuncia pregiudiziale costituzionale*; in *Giur. it.*, 2002, I, p. 688, con nota di Canale, *Anche gli arbitri rituali possono sollevare la questione di legittimità costituzionale di una norma*; in *Temi Romana*, 2002, p. 4, con nota di Baldassarre, *Una apertura con qualche dubbio*; Biavati, *La Consulta: arbitro e giudice sono fungibili*; Briguglio, *Una decisione coraggiosa, ragionevole e non inutile*; Del Prato, *Gli arbitri tra giudice delle leggi e Suprema Corte*; Resta, *Giudizio arbitrale e questioni di costituzionalità*; F. A. Satta, ...era ora !!!; Tamponi, *Pregiudizialità costituzionale e giudizio arbitrale*. La sentenza ha ricevuto anche i commenti di: E. F. Ricci, *La funzione giudicante degli arbitri e l'efficacia del lodo (Un grand arret della Corte Costituzionale)*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 351; Ruffini, *Arbitri, diritto e costituzione (riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale, 28 novembre 2001, n. 376)*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2002, p. 263; F. P. Luiso, F. Auletta, B. Capponi, *Sulla legittimazione del giudice privato a sollevare una questione di legittimità costituzionale (C. Cost. n. 376 del 2001)*, in *Giust. civ.*, 2002, II, p. 59.

³⁴ C. Cost., ord. 17 dicembre 1997, n. 410, in *Giur. Cost.*, 1997, p. 3781, occasionata dall'ordinanza di rimessione del Collegio Arbitrale di Roma, 7 ottobre 1995, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 1181. Sull'ordinanza della Corte Costituzionale n. 410 del 1997 vedi le osservazioni di M. Esposito, *L'arbitrato tra autonomia privata e giurisdizione*,

in *Giur. cost.*, 1998, p. 251, secondo cui la Corte, con la citata ordinanza ha implicitamente ammesso gli arbitri al rinvio pregiudiziale, poiché se la Corte Costituzionale avesse ritenuto il Collegio arbitrale privo del potere di proporre la questione, avrebbe dovuto dichiarare, in base al normale ordine delle questioni, l'irricevibilità dell'ordinanza di rimessione, e non la sua manifesta inammissibilità, data dall'accoglimento della questione proposta.

³⁵ Per la possibilità di una disapplicazione *incidenter tantum* della legge ritenuta incostituzionale dagli arbitri, sindacabile in sede di impugnazione per nullità del lodo per inosservanza delle norme di diritto, vedi: Cappelletti, *La pregiudizialità costituzionale*, Milano, 1957, p. 70; P. Barile, *L'arbitrato e la costituzione*, in *Giur. cost.*, 1963, p. 23; Id., *L'arbitrato e la Corte Costituzionale*, in *Riv. arb.*, 1992, p. 233; A. Pizzorusso, *Garanzie costituzionali*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna, 1981, p. 230; Giacobbe, *Il giuramento e la questione di legittimità costituzionale nel procedimento arbitrale*, in *Giust. civ.*, 1996, p. 1185; Fazzalari, *L'arbitrato*, Torino, 1997, p. 78; Punzi, op. ult. cit., I, p. 621; Auletta, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, op. cit., p. 227.

Contrari, invece, alla tesi della disapplicazione *incidenter tantum*, nel presupposto che gli arbitri debbono comunque applicare la legge al caso concreto anche se ritenuta incostituzionale, sono: Montesano, *Questioni incidentali nel giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 1, spec. p. 5, il quale, al fine di evitare che attraverso un lodo, non più impugnabile per nullità, si possano stabilizzare irrimovibilmente assetti di interessi contrari alla Costituzione, sostiene che la pronuncia arbitrale venga travolta da una successiva sentenza di accoglimento della Corte relativa alla legge applicata dagli arbitri; Danovi, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999, p. 183, secondo cui con la stipulazione del patto compromissorio le parti

rinunciano a far valere l'illegittimità costituzionale della legge relativa alla controversia deferita; ma lo stesso autore in una prospettiva *de lege referenda* sostiene che sarebbe più corretto legittimare gli arbitri al rinvio pregiudiziale, in virtù della parificazione tra giudizio arbitrale e giudizio giurisdizionale. Altre opinioni, invece, devono ormai ritenersi superate. Quella del Baraldi, *La questione di legittimità costituzionale nell'arbitrato rituale*, in *Giur. it.*, 1960, IV, c. 37, secondo cui gli arbitri, riscontrata la rilevanza della questione di costituzionalità sollevata dalle parti, si dovrebbero dichiarare «incompetenti» sull'intera controversia devoluta e rinunciare all'incarico assunto. Quella del Carnacini, *La questione di legittimità costituzionale nell'arbitrato rituale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 885, il quale prevede che gli arbitri, ritenuta la rilevanza della questione di legittimità costituzionale, debbano sospendere il processo; in seguito le parti proporranno domanda al giudice competente che, valutata la non manifesta infondatezza della questione, emanerà l'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale.

³⁶ La Corte accoglie in questo modo la tesi della dottrina minoritaria favorevole alla legittimazione degli arbitri rituali al rinvio per la risoluzione della questione di legittimità costituzionale. Quest'ultimo tipo di soluzione è stata sostenuta da: Schizzerotto, *La questione di legittimità costituzionale nel giudizio arbitrale*, in *Giur. it.*, 1961, IV, c. 63, il quale giustifica il poterdovere degli arbitri di effettuare il rinvio alla Corte Costituzionale in base alla qualificazione dell'arbitrato rituale come «procedimento speciale celebrato da privati investiti dalla legge di giurisdizione ed elevati a rango di giudici»; Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, op. cit., vol. IV, p. 856, secondo cui «l'identità di posizione degli arbitri e dei giudici rispetto all'applicazione della legge di cui la questione di costituzionalità rappresenta un elemento ineliminabile, induce l'interprete a riconoscere anche agli arbitri il potere» di rivolgersi alla Corte

Costituzionale; C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1973, vol. II, p. 1385, il quale propende per un'ampia interpretazione del termine «giudizio», contenuto nella Legge costituzionale n. 1 del 1948, al cui interno va compreso anche il giudizio arbitrale; M. Esposito, op. cit., p. 277.

³⁷ La Corte Costituzionale, al fine di aumentare le occasioni per poter valutare la legittimità delle leggi, ha interpretato in modo estensivo i concetti di «giudizio» e di «autorità giurisdizionale». Già con la sentenza, 12 dicembre 1957, n. 129, in *Giur. Cost.*, 1957, p. 1239, la Corte aveva considerato come valida autorità rimettente il giudice nel corso di un procedimento di giurisdizione volontaria. In seguito, la Consulta ha elaborato i due criteri, quello oggettivo e quello soggettivo, in presenza dei quali si può ritenere che si abbia un giudizio *a quo*. La formulazione di questi parametri è avvenuta con la sentenza, 2 luglio 1966, n. 83, in *Giur. cost.*, 1966, p. 1080, in cui si sostiene che si è alla presenza di un «giudizio dinanzi ad una autorità giurisdizionale», quando sono alternativamente presenti: o un elemento oggettivo, dato dalla presenza di organi che, seppur estranei all'organizzazione della giurisdizione e istituzionalmente adibiti a compiti di diversa natura, sono tuttavia investiti di «funzioni giudicanti»; oppure un elemento soggettivo, dato dallo svolgimento di un procedimento che, quale ne sia la natura e la modalità, si compie «alla presenza e sotto la direzione del titolare di un ufficio giurisdizionale». Nel caso di specie, il pretore, in quanto giudice preposto all'esecuzione esattoriale immobiliare ai sensi dell'art. 200 del T. U. n. 645 del 1958, viene considerato come valido organo rimettente, in base al citato parametro soggettivo. I due criteri vengono poi successivamente ribaditi dalla Corte con: la sent., 18 novembre 1976, n. 226, *Giur. cost.*, 1976, p. 1828, con cui si riconosce la Corte dei Conti, in sede di controllo preventivo sugli atti del governo, come giudice *a quo*, per la presenza del requisito oggettivo; la sent., 5 novembre 1996, n. 387, in *Giur. cost.*, 1996, p.

3600, la quale esclude che il Collegio centrale di garanzia elettorale presso la Corte di Cassazione sia legittimato al rinvio, vista la carenza sia del requisito soggettivo, essendo il detto Collegio un organo amministrativo e non giurisdizionale, sia del requisito oggettivo, in quanto organo non titolare del potere di adottare provvedimenti dotati dell'attributo dell'obiettività e della definitività, «nel senso di divenire irrimediabile attraverso l'assunzione di un'efficacia analoga a quella del giudicato». Da ricordare che le sentenze qui citate relative al concetto di giudizio *a quo*, vengono richiamate dalla decisione sull'arbitrato rituale. Per ulteriori aspetti, vedi Crifasulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 2, Padova, 1984, p. 267, il quale nota come, nonostante l'elaborazione di questi due criteri in via alternativa e concorrente, la Corte ha considerato prevalente il parametro oggettivo su quello soggettivo. Per altri riferimenti alla giurisprudenza della Corte Costituzionale relativi alla nozione di giudizio e di autorità giurisdizionale, vedi G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 180, il quale opportunamente nota come la Corte non ha accolto una definizione a priori di giurisdizione, adottando un concetto relativo di giurisdizione, che le ha permesso di riconoscere ad alcuni organi il carattere della giurisdizionalità «ai limitati fini della proposizione della questione incidentale, senza pregiudizio di diversa qualificazione ad altri fini». In argomento, vedi Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2001, p. 143, secondo cui, al fine di individuare i soggetti abilitati a proporre la questione di costituzionalità, per giudice deve intendersi colui che, anche se estraneo all'ordine giudiziario, è legittimato: «a) a decidere definitivamente (ovvero in via ultimale) sull'interpretazione/applicazione di una norma; b) in posizione di radicale terzietà; c) nel contraddittorio con gli interessati».

³⁸ Baldassarre, op. utl. cit., p. 15, il quale nota come la Consulta,

nell'interpretare estensivamente il concetto di autorità giurisdizionale, non aveva mai «superato il limite del pubblico, anzi dello statale». È questo uno dei motivi per il quale Ruffini, *Arbitri, diritto e costituzione*, op. cit., p. 274, critica la soluzione adottata dalla Corte, rilevando che gli arbitri rituali, oltre ad essere estranei all'organizzazione della giurisdizione statale, non sono neanche titolari di alcun pubblico potere, quindi non dovrebbero essere ammessi al rinvio, dal momento in cui il fondamento del sistema di costituzionalità accentrato si basa sul principio della separazione dei poteri.

³⁹ Vaccarella, op. utl. cit., p. 2887, secondo cui il termine «autorità giurisdizionale», contenuto nell'art. 23 della L. 87/53, si riferisce a colui che, al termine di un giudizio, «ha il potere di *ius dicere*, e cioè di emettere una decisione che di per sé, per sua propria e intrinseca forza, detta tra le parti in ordine al rapporto oggetto del giudizio la (chiovendiana) volontà concreta della legge»; potere che l'autore riconosce agli arbitri rituali.

⁴⁰ Ricci, *La funzione giudicante degli arbitri e l'efficacia del lodo*, op. cit., p. 352-354, secondo cui la Corte nell'affermare che gli arbitri svolgono funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge si è riferita anche al risultato dell'esercizio della funzione arbitrale, quindi ha implicitamente equiparato gli effetti del lodo a quelli della sentenza.

⁴¹ Briguglio, op. ult. cit., p. 664

⁴² Canale, op. ult. cit., p. 689.

⁴³ Si vedano sul punto le critiche di Auletta, *Sulla legittimazione del giudice privato a sollevare una questione di costituzionalità*, op. cit., p. 62, secondo cui la Corte, per poter affermare l'esistenza di un vero e proprio «dovere» degli arbitri di promuovere il giudizio incidentale, doveva sollevare davanti a se stessa la questione di costituzionalità dell'art. 23 della Legge n. 87 del 1953. In assenza di ciò, l'autore ritiene che gli arbitri rituali abbiano la possibilità di rivolgersi alla Corte, ma non un dovere come quello imposto alle autorità giurisdizionali in senso stretto.

⁴⁴ Vedi Corte di Giustizia, sent. 23 marzo 1982, causa 180/81

Nordsee, in *Foro it.*, 1982, IV, c. 357, con nota di Tizzano, che esclude la legittimazione di un Collegio arbitrale tedesco a effettuare il rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 234 Tr. CE, in base al fatto che gli arbitri, pur emanando un lodo idoneo all'efficacia «di cosa giudicata», non sono organi statali e quindi non possono impegnare la volontà dello Stato in cui l'arbitrato è insediato. Al contrario, la Corte di Giustizia, sent. 30 giugno 1966, causa 61/65 *Vaasen*, in *Racc. giur. Corte giust.*, 1966, p. 407, ha stabilito che il potere di disporre il rinvio pregiudiziale spetta al Collegio arbitrale dotato di competenza obbligatoria ed esclusiva rispetto a determinate controversie, poiché in tal caso il Collegio risulta essere «fortemente collegato alla struttura statale». In dottrina, per il riconoscimento della facoltà degli arbitri rituali italiani di disporre il rinvio pregiudiziale, vedi Briguglio, *La pregiudizialità comunitaria*, Padova, 1997, p. 773.

⁴⁵ È questo il motivo in base al quale il Collegio arbitrale, Roma 7 ottobre 1995, cit., ha emanato l'ordinanza di rimessione alla Corte.

⁴⁶ È questa l'opinione di M. Esposito, op. cit., p. 280, secondo cui gli arbitri rituali, attraverso una «interpretazione adeguatrice», rientrano nel concetto di autorità giurisdizionale, poiché il riferimento all'autorità non riguarda «la disponibilità dei mezzi coercitivi, ma appunto il tipico sigillo della decisione giurisdizionale che è la stabilità dei suoi effetti, la cosa giudicata». In senso analogo Vaccarella, op. cit., p. 2890, il quale nota come nell'art. 23 della Legge n. 87 del 1953 si parli di autorità giurisdizionale, al cui interno sono compresi tutti coloro che hanno il potere di dichiarare in via potenzialmente definitiva la volontà concreta della legge nel caso concreto, ma non di autorità giudiziaria, dizione che si riferisce ai soli organi della giurisdizione statale. Anche Briguglio, *Merito e metodo nella pronuncia della Consulta*, op. cit., p. 677, ritiene che l'art. 23 della Legge n. 87 del 1953 si debba applicare estensivamente agli arbitri, in

quanto implicitamente richiamato dall'art. 806 c.p.c., norma quest'ultima che attribuisce ai giudici privati gli stessi poteri (salva espressa deroga, come nel caso del divieto per gli arbitri di emanare misure cautelari) detenuti dai giudici statali.

⁴⁷ Così, Luiso, *Sulla legittimazione del giudice privato a sollevare una questione di costituzionalità*, op. cit., p. 60.

⁴⁸ Utilizzando i concetti del Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, op. cit., p. 180, si potrebbe ipotizzare che la Corte adotti ancora una volta il principio di relatività del concetto di giudice e di giurisdizione, per considerare il carattere giurisdizionale degli arbitri rituali «ai limitati fini della proposizione della questione incidentale», ma senza estendersi oltre nel considerare i giudici privati come organi facenti parte della giurisdizione statale.

⁴⁹ Quindi la Corte non accoglie l'opinione di Montesano, *Questioni incidentali nel giudizio arbitrale*, op. cit., p. 6, il quale ritiene che gli il lodo, anche se non più impugnabile per nullità, viene travolto da una successiva sentenza di incostituzionalità della legge applicata per la decisione della lite.

⁵⁰ Così, espressamente, Vaccarella, op. ult. cit., p. 2889; in senso analogo Briguglio, *Merito e metodo nella pronuncia della Consulta*, op. cit., p. 668, secondo cui «gli effetti del lodo - a differenza degli effetti del contratto e come gli effetti della sentenza - sono capaci di divenire, in mancanza di impugnazione ..., incontrovertibili e insindacabili nel proseguo della esperienza giuridica».

⁵¹ Tra coloro che sostengono l'equivalenza di effetti giuridici tra lodo e sentenza, vedi: Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, Torino, 2002, vol. III, p. 494, secondo cui, attraverso l'immediato assoggettamento del lodo alle impugnazioni di cui all'art. 827 e ss., e in virtù della previsione dell'impugnabilità della pronuncia arbitrale con l'opposizione di terzo, è stato realizzato, «in modo coerente e netto, il programma di assimilazione del lodo alla

sentenza»; E. F. Ricci, *L'efficacia vincolante del lodo arbitrale dopo la legge n. 25 del 1994*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 816; Id., *La natura dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, op. cit., p. 259; Id., *Il lodo arbitrale irrituale di fronte alla Convenzione di New York*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 599; Id., *La funzione giudicante degli arbitri e l'efficacia del lodo*, op. cit., p. 351, il quale nota come la soluzione dell'identità di effetti tra lodo rituale e sentenza «costituisce la più plausibile chiave di lettura di un ricco e organico sistema di norme», e insieme l'unico modo per conferire al lodo italiano la «sicura riconoscibilità all'estero ai sensi della Convenzione di New York»; Tarzia, *Conflitti tra lodi arbitrali e tra lodi e sentenze*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 631; Vigoriti, *Verso un diritto comune dell'arbitrato: note sul lodo e sulla sua impugnazione*, in *Foro it.*, 1994, V, c. 210; Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1999, p. 882; Verde, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, op. cit., p. 4; Id., *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 407; Menchini, *Sull'attitudine al giudicato sostanziale del lodo*, op. cit., p. 773; Id., *Il giudicato civile*, Torino, 2002, p. 388; Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Bologna, 2000, vol. II, p. 134; Consolo-Muroni, *L'eccezione di arbitrato rituale come eccezione di merito*, in *Corr. Giur.*, 2001, p. 1454; Comoglio, *Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 318; Luiso, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 13; Id., *Diritto processuale civile*, Milano, 2000, vol. IV, p. 302; Rascio, *Immodificabilità del lodo rituale ed efficacia esecutiva*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 275; Id., in *Diritto dell'arbitrato rituale*, op. cit., p. 296; A. Berlinguer, *La compromettibilità per arbitri*, Torino, 1999, vol. I, p. 45; Bove, *Rapporti tra giudice e arbitro statale*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 409; Briguglio, *La pregiudizialità costituzionale nell'arbitrato rituale e l'efficacia del lodo*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 678; Id., *Merito e metodo nella pronuncia della Consulta*, op. cit., p. 667; Tommaseo, *La domanda d'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 169.

⁵² Favorevole all'efficacia riflessa *ultra partes* del lodo rituale si era mostrato, già prima della riforma del 1994, E. F. Ricci, *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, p. 655, spec. p. 670, sostenendo che, se al lodo non venissero conferiti gli stessi effetti, di cui la sentenza è dotata nei confronti dei terzi, si scenderebbe «al di sotto del contenuto minimo di tutela elargita dal primo comma dell'art. 24 Cost.». Opinione attualmente ribadita, alla luce della novella del 1994, da Ricci, *La funzione giudicante degli arbitri*, op. cit., p. 356, secondo cui se la pronuncia arbitrale non producesse gli effetti che la sentenza esplica nei confronti dei terzi, l'impugnabilità del lodo con l'opposizione di terzo non sarebbe altrimenti giustificabile. La tesi di Ricci viene accolta da Mandrioli, op. ult. cit., p. 463, spec. alla nota 5 b, secondo cui l'accertamento contenuto nel lodo, una volta definitivo, «coincide con l'efficacia di giudicato anche verso gli aventi causa», in quanto tale efficacia della pronuncia arbitrale nei confronti dei terzi è «resa inevitabile dalla sua stessa funzione di prestazione alternativa alla tutela giurisdizionale». In argomento vedi, anche, Menchini, *Sull'attitudine al giudicato sostanziale del lodo*, op. cit., p. 779; Id., *Il giudicato civile*, op. cit., p. 392, il quale dalla legittimazione concessa agli aventi causa e ai creditori di impugnare il lodo rituale con lo strumento dell'opposizione revocatoria, desume che l'atto abbia l'idoneità di produrre «effetti riflessi contro costoro; la qual cosa comporta che, *a fortiori*, il lodo avrà efficacia riflessa anche tra le parti, in ordine ai rapporti dipendenti, con la conseguente integrale assimilazione del lodo alla sentenza nel fare stato ai sensi dell'art. 2909 c.c.». Sul tema vedi, inoltre, Luiso, *Diritto processuale civile*, op. cit., vol. IV, p. 355, secondo cui il lodo rituale produce effetti anche nei confronti degli «aventi causa in pendenza di un processo arbitrale», data la trascrivibilità della domanda d'arbitrato e la previsione dell'opposizione di terzo, di cui all'art. 831 c.p.c. Per l'applicazione dell'art. 111 c.p.c.,

comma 4, anche al lodo arbitrale, vedi, altresì, Berlinguer, *La compromettibilità per arbitri*, op. cit., vol. I, p. 47.

In una posizione particolare si pone, invece, Montesano, *Magistrature - ordinarie e speciali - e arbitri nella giustizia civile secondo la Costituzione*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 645; Id., *Privato e pubblico nell'efficacia e nell'esecutorietà del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 7; *Questioni incidentali nel giudizio arbitrale e sospensione di processi*, op. cit., p. 1; *Domande e questioni nei giudizi arbitrali*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 621, il quale, pur sostenendo che la pronuncia arbitrale sia dotata di «un'efficacia vincolante pari a quella prodotta da una sentenza giudiziale di identico contenuto», poi nega che il lodo, essendo «in tutto e per tutto privata applicazione del diritto alla fattispecie controversa», abbia effetti riflessi tra le parti e nei confronti dei terzi, poichè il fenomeno della riflessione della cosa giudicata è proprio della sola sentenza togata, in quanto espressione di un potere pubblicistico e sovrano dell'ordinamento. In tema vedi, anche, Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale*, op. cit., p. 145, il quale nega che il lodo produca l'efficacia riflessa *ultra partes*, propria della sentenza.

⁵³ Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, op. cit., p. 240; Id., *Diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 235. L'autore nota come sia stato lo stesso legislatore della riforma a tenere distinti a livello terminologico lodo e sentenza, come si desume dalla lettura degli art. 2945 c.c. e 829, n. 8, c.p.c., ove si differenzia il lodo non più impugnabile dalla sentenza passata in giudicato. Opinione da ultimo ribadita da Punzi, *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 389, spec. 402, secondo cui parlare di forza o autorità di cosa giudicata per il lodo sia un riferimento enfatico, in quanto può avere lo stesso valore ricostruttivo «dell'affermazione altrettanto enfatica dell'art. 1372 c.c., ove, a proposito dell'efficacia del contratto, si legge che il contratto ha forza di legge tra le parti». Una posizione particolare è assunta dal Fazzalari, *L'arbitrato*,

op. cit., p. 75, secondo cui il lodo rituale appena sottoscritto è dotato della sola efficacia negoziale, mentre acquista l'imperatività e l'efficacia della cosa giudicata solo in conseguenza dell'emanazione del decreto di esecutorietà, o attraverso l'omologazione in via incidentale, effettuata dal giudice statale dinanzi al quale il lodo è fatto valere.

⁵⁴ Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, op. cit., p. 198-203, il quale esplicita che in materia arbitrale non operi completamente il principio della conversione dei vizi di nullità nei motivi di gravame, poichè si deve distinguere i motivi di invalidità del lodo contenuti nel n. 1, dell'art. 829, in vizi di «annullabilità o nullità e inesistenza». Da precisare che, a parere di Punzi, l'inesistenza del lodo si verifica anche nell'ipotesi in cui la decisione contenga effetti *contra legem*, ossia non conseguibili dalle parti attraverso un atto negoziale, poichè, se così non fosse, si permetterebbe di rendere intangibile, attraverso il veicolo di un lodo non più impugnabile, un effetto vietato alle parti dall'ordinamento. Sull'inesistenza del lodo si era già pronunciato il Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1971, vol. IV, 2, p. 200, il quale aveva già avuto modo di dire che «il giudicato è proprio della sentenza e della giurisdizione e non può essere esteso con arbitrio interpretativo, e anzi con palese contraddizione al lodo», quindi nei casi in cui la volontà delle parti era preclusa «nessun effetto essa può produrre, né può ricevere valore dal lodo, e attribuirne ad esso». Tuttavia, bisogna ricordare che l'inesistenza del lodo in caso di incompromettibilità della controversia viene ammessa da anche da coloro che sostengono l'equiparazione di lodo e sentenza, vedi: Luiso, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 16; Cecchella, *L'arbitrato*, Torino, 1991, p. 212; e per la dottrina classica, Redenti, *Diritto*, III, op. cit., p. 484; Carnicini, *Arbitrato rituale*, in *Noviss. Dig. it.*, I, 2, Torino, 1957, p. 913.

⁵⁵ Punzi, *Disegno sistematico*

dell'arbitrato, I, op. cit., p. 96-98. Anche Monteleone, *Diritto processuale civile*, Padova, 2002, p. 819; Id., *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 57, sostiene la scomparsa dal nostro ordinamento dell'arbitrato irrituale, in quanto attualmente non è più rinvenibile «alcuna apprezzabile differenza tra arbitrati di supposta specie diversa, né sul piano della natura né su quello degli effetti né ai fini dell'impugnazione di qualsiasi lodo».

⁵⁶ Vedi in argomento Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, op. cit., vol. II, p. 87, secondo cui l'accertamento contenuto nel lodo fornisce la *lex specialis* del rapporto giuridico controverso e non potrà essere contestato se non attraverso le impugnazioni predisposte dal codice di rito, il lodo, preclusa l'impugnazione per nullità, acquista «soltanto una situazione di non ulteriore impugnabilità». Monteleone, *Diritto processuale civile*, op. cit., p. 847; Id., *L'arbitrato nelle controversie di lavoro*, op. cit., p. 61, secondo cui il lodo è un «atto di carattere privato e negoziale non giurisdizionale», il quale se non impugnato diviene definitivo, cioè «irretrattabile o immutabile»; ma questo tipo di stabilità non è acquistata dalla pronuncia arbitrale in conseguenza del suo passaggio in giudicato, bensì «dal generale e indiscusso principio del ne bis in idem», il quale comporta l'irreversibile potere di azione delle parti e del «potere decisorio degli arbitri», una volta che sono stati esercitati. Opinione simile è quella espressa da Carpi, in *L'arbitrato*, op. cit., p. 478, secondo cui il lodo rituale (che non è sentenza, perché manca dell'*imperium* proprio della giurisdizione) produce un vincolo tra le parti il quale, preclusa l'impugnazione per nullità, può «divenire immodificabile», ma siffatto vincolo non può «ammantarsi dell'autorità di cosa giudicata in senso sostanziale...», che solo dell'attività giurisdizionale è il blasone di nobiltà.

⁵⁷ Così Punzi, op. ult. cit., vol. II, p. 81, definisce la situazione processuale in cui si trova il lodo appena sottoscritto dagli arbitri. Nello stesso senso vedi Ruffini, *Le*

Sezioni Unite fanno davvero chiarezza, op. cit., p. 62; Id., *Efficacia di sentenza del lodo arbitrale*, op. cit., p. 470, il quale sostiene che, se l'efficacia processuale del lodo rituale può essere assimilata a quella di una sentenza di primo grado in attesa di impugnazione, la sua efficacia sostanziale non può essere quella del giudicato materiale, che, al contrario, «è e rimane quella di un negozio».

Vedi a riguardo la critica di Vigoriti, *Verso un diritto comune dell'arbitrato*, op. cit., c. 215, secondo cui «non si vede perché e come si dovrebbe affermare la natura negoziale di un atto che sul piano formale deve rispondere agli stessi requisiti di una sentenza, che di una sentenza ha gli effetti, e che non può neppure essere controllato con le impugnazioni negoziali. Né prima, né dopo l'*exequatur*».

⁵⁸ Ci si riferisce a C. Cost., 12 febbraio 1963, in *Giur. cost.*, 1963, p. 22, con nota di P. Barile, della quale vale la pena ricordare un passo della motivazione: «l'ordinamento legale dell'arbitrato non è lesivo della riserva disposta dall'art. 102 perché, quando la parte vuole che il lodo assuma la forza della sentenza, che è il momento sul quale influisce la riserva citata, è il magistrato ordinario che provvede: è infatti lui che riveste di imperatività il lodo. Il decreto del pretore, poi, secondo l'art. 825, terzo comma, c.p.c., conferisce al lodo la efficacia, non la natura, di una sentenza, pur se di sentenza si parla, in articoli successivi a quello ricordato; in modo che manca nell'arbitro il potere di produrre atti sostanzialmente identici a quelli promananti dalla potestà del giudice».

⁵⁹ Vedi a riguardo Ricci, *Legge 9 febbraio 1983, n. 28. Modificazioni alla disciplina dell'arbitrato*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 1983, p. 780, il quale sostiene che l'*exequatur* era troppo povera cosa per pensare di salvare in base ad esso la costituzionalità dell'arbitrato rituale.

⁶⁰ Così Montesano, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994, p. 47, secondo cui i tentativi di equiparare il lodo arbitrale alla sentenza statale conducono inevitabilmente a infrangere il

monopolio statale della giurisdizione, in quanto agli arbitri sarebbe affidato l'esercizio della funzione giurisdizionale decisoria sui diritti.

⁶¹ Cecchella, *L'arbitrato*, op. cit., p. 187, secondo cui l'art. 102 Cost. è una disposizione che ha ad oggetto «l'organizzazione (monopolio dello stato sui mezzi giurisdizionali che prescindono dal consenso delle parti) e non la funzione (onde un ordinamento, veramente improntato ad un principio di libertà e disponibilità dei diritti, può far conseguire effetti giurisdizionali anche alle manifestazioni giuridiche dell'autonomia dei privati e dei gruppi)».

⁶² Queste le considerazioni di Verde, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, op. cit., p. 6, riprese recentemente anche da E. Ricci, *La funzione giudicante degli arbitri*, op. cit., p. 366, secondo cui è più corretto adottare una concezione liberale della giurisdizione statale, poiché quest'ultima va considerata come «un servizio per chi ne ha bisogno e lo desidera». Vedi, anche, E. Ricci, *La natura dell'arbitrato rituale e del relativo lodo*, op. cit., p. 281, il quale sostiene che un moderno Stato di diritto deve poter concepire la «libertà di poter ottenere gli effetti della decisione sentenza senza il necessario intervento del giudice togato come organo del pubblico potere». Anche Montesano, *Magistrature - ordinarie e speciali - e arbitri*, op. cit., p. 655, ha proposto il riferimento all'autonomia privata per affermare la costituzionalità dell'arbitrato rituale volontario, ritenendo che l'autonomia dei singoli può consistere anche nell'intento di «ottenere da giudici privati ... tutele di diritti disponibili di contenuto uguale a quelle che possono essere date dai giudici statali». Il riferimento all'autonomia privata si deve già alla Corte Costituzionale, sent. 4 luglio 1977, n. 127, in *Giur. cost.*, 1977, p. 1103, con nota di Andrioli, secondo la quale i soggetti privati possono per libera scelta «derogare al precetto contenuto nell'art. 102 Cost.». Rispetto al problema del monopolio statale della giurisdizione, vedi, inoltre, Capponi, *Sulla legittimazione del giudice privato a sollevare una*

questione di costituzionalità, op. cit., p. 68, il quale rileva come l'idea che gli arbitri esercitino poteri tipici dell'autorità giudiziaria, rientra nella

«progressiva perdita di centralità della giurisdizione dei giudici». ⁶³ La dottrina classica era in maniera compatta favorevole alla idoneità al giudicato della sentenza arbitrale, ma si divideva in diversi filoni di pensiero. La tesi dominante agli inizi del secolo era di tipo rigorosamente pubblicistico, di cui il principale esponente fu il Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, vol. III, Torino, p. 38 e ss., il quale definì gli arbitri rituali come «organi impropri di giurisdizione» e l'arbitrato come una forma di surrogazione «dell'autorità degli organi del pubblico potere». Tale teoria venne ripresa più tardi, e con alcune varianti, da U. Rocco, *Trattato di diritto processuale civile*, vol. I, Torino, 1957, p. 28, il quale aveva qualificato gli arbitri rituali come dei soggetti privati, che assumono, per effetto del patto compromissorio, il potere di esercitare una pubblica funzione o un pubblico servizio; il lodo veniva considerato un atto giurisdizionale (una vera e propria sentenza), mentre il decreto di esecutorietà era qualificato come un atto amministrativo di approvazione (un visto di legalità), condizione di efficacia della decisione. La tesi privatistica venne elaborata dal Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale*, Napoli, 1935, p. 70, il quale inserì l'arbitrato tra i casi di «frazionamento delle operazioni di giudizio», in quanto gli arbitri potevano solo preparare la materia logica della sentenza attraverso l'emaneazione del lodo, il cui contenuto era recepito dal decreto pretorile, atto giurisdizionale contenente il «comando». Analoga opinione fu espressa da Calamandrei, *La sentenza soggettivamente complessa*, in *Riv. dir. proc.*, 1924, p. 247, e da P. Barile, *L'arbitrato e la Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1963, p. 22, secondo i quali l'arbitrato integrava un caso di «cooperazione di privati alla formazione delle premesse logiche della sentenza», in quanto il lodo andava a formare la

materia prima della sentenza costituita dal decreto del pretore. Tra queste opposte tesi si inserì la teoria mista del Carnelutti, *Arbitrato estero*, in *Riv. dir. comm.*, 1916, p. 385; Id., *Eccesso di potere*, in *Riv. dir. proc.*, 1924, p. 33; Id., *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma, 1956, p. 63, il quale aveva sostenuto che il giudice nel procedimento arbitrale doveva essere considerato un organo complesso e la sentenza arbitrale come «un atto complesso ineguale», alla cui formazione concorrono arbitri e pretore compiendo atti singoli, che «seppur sostanzialmente tendenti all'identico scopo», risultano essere «formalmente dissimili».

⁶⁴ Così, C. Consolo, *L'equo processo arbitrale nel quadro dell'art. 6, § 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi in onore di C. Mandrioli*, II, 1995, p. 893; Id., *Litispendenza e connessione tra arbitrato e giudizio ordinario (evoluzione e problemi irrisolti)*, in *Riv. arb.*, 1998, p. 659; Id., *Spiegazioni di diritto processuale*, II, op. cit., p. 127. Vedi, da ultimo, Consolo-Muroni, *L'eccezione di arbitrato rituale come eccezione di "merito" e la supposta inammissibilità del regolamento di competenza*, op. cit., p. 1455, spec. alla nota 7, i quali dichiarano di aderire alla «impostazione classica, di schietta e savia intonazione giurisdizionale, secondo cui gli arbitri rituali sono sostituiti del giudice ordinario». Nello stesso senso, anche, M. Bove, *Processo arbitrale e terzi*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 748; Id., *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza di patto compromissorio*, *ivi*, 1997, p. 534; Id., *Arbitrato e litispendenza*, *ivi*, 1998, p. 506; Id., *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, *ivi*, 1999, p. 409, secondo cui l'arbitrato rituale è un «fenomeno giurisdizionale nella sua sostanza», ovvero un istituto che, pur avendo un carattere «strutturalmente giusprivatistico» (in quanto si svolge attraverso atti che non sono esercizio di un «potere pubblicistico dello Stato»), mantiene un carattere «funzionalmente giurisdizionale». Per una configurazione di questo tipo vedi anche: L. P. Comoglio, *Modelli giustizia e di processo in Italia*, Torino, 1997, p. 34; Id.,

Mezzi alternativi di tutela e garanzie costituzionali, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 348, il quale definisce l'arbitrato rituale come «un procedimento para-giudiziario», e l'arbitro come «un vero sostituto alternativo» di un giudice statale di primo grado.

⁶⁵ Questa l'opinione di E. Ricci, *La funzione giudicante degli arbitri*, op. cit., p. 374; Id., *L'arbitro di fronte alla litispendenza giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 500, secondo cui l'unica conseguenza, che si ottiene qualificando originariamente l'arbitrato come giurisdizione, è di carattere strettamente classificatorio.

Analogamente, Verde, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, op. cit., p. 7 e p. 80; Id., *La posizione dell'arbitro dopo l'ultima riforma*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 469 il quale, dopo aver postulato «l'indiscutibile e irrinunciabile carattere privato» dell'istituto dell'arbitrato, sostiene che il lodo, ove non sia impugnato, acquista una «immutabilità eguale o simile» a quella delle sentenze passate in giudicato. Vedi, da ultimo, Verde, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Riv. arb.*, 2001, p. 407, secondo cui ricorre l'arbitrato rituale quando le parti decidono di indirizzare il relativo lodo «verso una giurisdizione predefinita, che è disponibile a darle rilevanza di atto giurisdizionale»; sostenendo, inoltre, che il tratto caratterizzante i vari tipi di arbitri rituali (il tipo nazionale, quello estero e quello internazionale) «è dato dalla idoneità ad essere successivamente giurisdizionalizzati».

⁶⁶ Per questa impostazione, vedi in particolare Luiso, *L'oggetto del processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1996, p. 1; Id., *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2000, p. 302, secondo cui l'arbitrato è una forma di giustizia privata e consensuale, nettamente distinta dalla giurisdizione, in quanto quest'ultima è una forma di giustizia autoritativa, la cui la decisione può imporsi anche contro la volontà dell'interessato. L'autore, tuttavia dopo aver sostenuto che «l'arbitrato non è ovviamente giurisdizione», ritiene che lodo e sentenza abbiano una pari efficacia tra le parti e nei

confronti dei terzi, mentre la differenza tra i due atti riguarderebbe solo la loro natura: il primo atto privato e processuale, il secondo atto giurisdizionale. Della stessa opinione è anche Menchini, *Sull'attitudine al giudicato sostanziale del lodo*, op. cit., p. 778, spec. alla nota 16, il quale dopo aver ribadito la diversità di natura tra lodo e sentenza (privato il primo, giurisdizionale la seconda), ritiene che ai due atti siano ricollegabili effetti identici, almeno dal punto di vista della «stabilità e irrevocabilità dell'accertamento». A parere dello scrittore quindi, il lodo rituale deve essere qualificato come un «provvedimento decisorio su diritti», poiché la sua natura negoziale-privatistica non può far dimenticare la sua funzione e il suo oggetto: la regolamentazione immutabile del controverso.

⁶⁷ In argomento vedi, ampiamente, Lanfranchi, *La roccia non incrinata - Garanzia costituzionale del processo civile e tutela dei diritti*, Torino, 1999, *passim*; Id., *Pregiudizi illuministici e giusto processo civile*, in *Giusto processo e procedimenti decisorii sommari*, a cura di Lanfranchi, Torino, 2001, p. 1, secondo cui il principio della correlazione necessaria tra cosa giudicata e cognizione piena e esauriente non è modificabile in senso peggiorativo neanche con la procedura per la revisione della Costituzione, di cui all'art. 138 Cost.

⁶⁸ Ci si riferisce all'opinione di E. Ricci, *La funzione giudicante degli arbitri*, op. cit., p. 370, il quale sostiene l'applicabilità all'arbitrato rituale dell'art. 111 Cost., in quanto questa disposizione deve essere applicata anche ai processi che danno luogo ad un risultato di tipo giurisdizionale, a prescindere dalla circostanza che il giudice in tal caso sia un privato. Vedi, anche, E. Ricci, *La prova nell'arbitrato rituale*, Milano, 1974, p. 13, il quale ritiene che per l'istruttoria arbitrale si debbano generalmente applicare le regole stabilite per il processo ordinario, a parte le eccezioni derivanti dalla mancanza di *ius imperi* degli arbitri. Ciò perchè, secondo l'autore, «anche se si parla di prove raccolte da una privato, e

come tali non assimilabili a quelle raccolte da un giudice quando si tratta di precisarne il valore extra-processuale, si parla pur sempre di prove da utilizzare in vista di un lodo», perciò destinate ad assumere il «ruolo tipico della prova nel processo».

Buona parte della dottrina ha da tempo rilevato l'importanza del rispetto delle garanzie processuali in sede arbitrale. Vedi a riguardo l'opinione del Montesano, *Domande e questioni nei giudizi arbitrali*, op. cit., p. 627, secondo cui in ogni giudizio su richiesta di tutela di un diritto soggettivo, qual'è anche l'arbitrato rituale, deve essere assicurata la paritaria difesa delle parti (art. 24, 1 comma e 2 comma, 111, nuovo 2 comma, Cost.), l'imparzialità e la terzietà del giudice (art. 111 Cost.). In argomento, si segnala anche l'opinione del Taruffo, in Ferri-Comoglio-Taruffo, *Lezioni sul processo civile*, Torino, 1998, p.158, il quale rileva come «la garanzia del contraddittorio nel procedimento arbitrale viene solitamente intesa in modo più ampio», di quanto potrebbe lasciar in apparenza pensare l'art. 816, comma 3; quindi «occorre che le parti siano messe in grado di far valere il loro diritti in ogni fase del procedimento, ed in particolare con riferimento all'assunzione dei mezzi di prova su cui si fonderà la decisione finale»; Id., *Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1999, p. 779, secondo cui l'arbitrato deve poter assicurare «imparzialità, contraddittorio ed equo trattamento degli interessi di tutte le parti in conflitto». Vedi, inoltre, Comoglio, *Mezzi alternativi di tutela*, op. cit., 370, secondo cui è proprio il rispetto delle garanzie del contraddittorio, della difesa e del «devido processo legal» nel procedimento arbitrale che può giustificare «a maggior titolo» l'equiparazione tra lodo e sentenza; Menchini, *Sull'attitudine al giudicato sostanziale del lodo*, op. cit., p. 776, che considera l'arbitrato come un processo a cognizione piena e esauriente. Per la giurisprudenza, vedi: Cass., 12 aprile 2001, n. 5498, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2524, secondo cui il rispetto del principio del

contraddittorio impone che alle parti sia consentito «il dialettico svolgimento delle rispettive deduzioni e controdeduzioni, la collaborazione all'accertamento dei fatti, di conoscere in tempo utile le istanze e le richieste delle controparti, di esporre le proprie difese, di conoscere le prove e le risultanze istruttorie, di presentare entro i termini prefissati memorie, repliche e documenti»; Cass., 2 febbraio 2001, n. 1496, in *Mass. Foro it.*, 2001, p. 124, secondo cui il principio del contraddittorio «non è riferibile solo all'atto introduttivo del giudizio, ma deve realizzarsi nella sua piena effettività durante tutto lo svolgimento del processo»; Cass., 21 settembre 2001, n. 11936, in *Foro it.*, 2002, I, c. 444, secondo cui il contraddittorio va salvaguardato, non solo nel momento iniziale del procedimento, ma in ogni stato di questo.

⁶⁹ In tema, vedi Cecchella, *La nuova disciplina del processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1995, p. 218, secondo cui è principio di civiltà giuridica che, non solo le parti, ma anche gli arbitri debbano indicare le norme procedurali all'inizio del giudizio, una volta per tutte, per cui il principio della precostituzione delle regole processuali deve valere senza eccezioni, poiché dette regole non possono determinarsi nel corso del progredire del processo, pena la penalizzazione della difesa delle parti, le quali devono conoscere in *limine litis* il «ventaglio dei mezzi difensivi consentiti». Favorevoli alla necessità della predeterminazione delle regole da parte degli arbitri sono anche Fazzalari, *Sulla libertà di forme del processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1999, p. 637, e Marengo, *Lo svolgimento del processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1997, p. 299. L'argomento è accolto da Taruffo, *Adeguamenti delle tecniche di composizione*, op. cit., 786, il quale segnala come condizione «molto utile, se non indispensabile, è che le potenziali parti conoscano in anticipo le regole del gioco arbitrale, soprattutto se non vogliono o non sono in grado di determinarle da sé». Sul punto vedi E. Ricci, *La prova nell'arbitrato*, op. cit., p. 109, il quale richiama l'art. 24

Cost., per imporre la necessità che, in sede arbitrale, «nessuna istanza istruttoria e nessuna produzione di prove sia dichiarata inammissibile - per mancato rispetto di un termine, per difetto di forma, o per qualsiasi altra ragione - se non in base a disposizioni fissate o rese note alle parti prima del compimento dell'atto».

⁷⁰ Su cui vedi le considerazioni di Ruffini, *Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 133.

⁷¹ Taruffo, op. ult. cit., p. 784.

⁷² Lanfranchi, *La roccia non incrinata*, op. cit., p. 375.

⁷³ *Ibidem*, p. 6.

⁷⁴ Così, Lanfranchi, *Pregiudizi illuministici e giusto processo civile*, op cit., p. 15.

In argomento vedi anche, Comoglio, *Mezzi di tutela alternativi*, op. cit., p. 370, che sottolinea come «le tendenze, talvolta eccessive, incontrollate e non ponderate, verso la panacea (spesso più illusoria che reale) dell'alternative dispute resolution», possono comportare «un prezzo globale troppo alto da pagare, in termini di civiltà e di giustizia».

⁷⁵ Vedi, Luiso, *Diritto processuale civile*, I, op. cit., p. 24, il quale, in considerazione dello stato di crisi in cui versa la giustizia civile, propone di riesaminare la tesi dell'incostituzionalità dell'arbitrato obbligatorio, «considerando che - da un lato - la tutela conseguibile con l'arbitrato non è diversa da quella conseguibile in sede giurisdizionale, e quindi l'obbligatorietà dell'arbitrato non nega *tout court* la tutela giurisdizionale dei diritti, ma la fa conseguire per via diversa; e considerando che - dall'altro - lo Stato non è in grado di mettere a disposizione il proprio apparato giurisdizionale per tutte le controversie». Opinione simile è espressa da G. Alpa, *Riti alternativi e tecniche di risoluzione stragiudiziale delle controversie nel diritto civile*, in *Temi Romana*, 1997, p. 253; Id., in *Casi scelti in tema di arbitrato*, a cura di Alpa e Galletto Padova, 1999, p. 37, secondo cui «l'*exequatur*, i mezzi di impugnazione identici a quelli delle sentenze, il ricorso per

Cassazione, comprese le garanzie processuali accordate alle parti nell'ambito della procedura arbitrale e i mezzi cautelari concessi al giudice ordinario costituiscono un apparato di tale ampiezza e solidità da non inficiare la costituzionalità dell'arbitrato obbligatorio». Per Alpa, solo l'arbitrato obbligatorio, il cui lodo non sia impugnabile in via giurisdizionale, sarebbe incostituzionale.

Ma la Corte Costituzionale, nonostante queste attuali tendenze, rimane comunque ferma nel considerare costituzionalmente illegittima qualsiasi forma di arbitrato obbligatorio, vedi: C. Cost., 4 luglio 1977, n. 127, con nota di Andrioli, *L'arbitrato obbligatorio e la costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1977, 1103, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'arbitrato obbligatorio, previsto dall'art. 25, comma 1, del Regio Decreto n. 1127 del 1939, per contrasto con il combinato disposto degli art. 24 e 102 Cost., in quanto solo la libera scelta dei soggetti può derogare al principio secondo cui il diritto di agire in giudizio «deve potersi esercitare dinanzi agli organi giudiziari ordinari»; C. Cost., 27 dicembre 1991, n. 488, in *Riv. arb.*, 1992, p. 249, con nota di Recchia, *"Disponibilità dell'azione in senso negativo" e incostituzionalità dell'arbitrato obbligatorio*; C. Cost., 9 maggio 1996, n. 152, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 430, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 16, della Legge n. 741 del 1981 sugli appalti pubblici; C. Cost., 24 luglio 1998, n. 325, in *Giust. civ.*, I, p. 2705, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'arbitrato obbligatorio, previsto dall'art. 11, della L. 16/3/1988, n. 88, recante norme sugli accordi interprofessionali e sui contratti di coltivazione e vendita dei prodotti agricoli; C. Cost., 21/4/2000, n. 115, in *Riv. arb.*, 2000, p. 654, con nota di F. Auletta, *Tra illegittimità costituzionale e infondatezza della questione: una terza via per le leggi di arbitrato obbligatorio*.

DARIO CACCIAVILLANI

LA CASSAZIONE SOSTITUTIVA NELLA GIURISPRUDENZA A DIECI ANNI DALLA RIFORMA

**I. La riforma
dell'art. 384,
comma 1, Cod.
proc. civ.**

L'art. 66, legge 26 novembre 1990 n. 353, nell'ambito dei "Provvedimenti urgenti per il processo civile", modificò la rubrica ed il primo comma dell'art. 384, comma 1, Cod. proc. civ., precedentemente rubricato "Enunciazione del principio di diritto e sua efficacia", ed oggi intitolato alla "Enunciazione del principio di diritto e decisione della causa nel merito".

Quanto alla relativa disposizione, che sino ad allora prevedeva unicamente che "La corte, quando accoglie il ricorso per violazione o falsa applicazione di norme di diritto, enuncia il principio di diritto al quale il giudice di rinvio deve uniformarsi", ad essa venne aggiunto un inciso finale, introdotto dalla disgiuntiva "ovvero", a tenore del quale, nei medesimi casi, la Corte "decide la causa nel merito qualora non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto".¹

Con tale modifica, venne introdotta nel nostro ordinamento la possibilità, per la Corte di cassazione, una volta accolto un ricorso e cassata la sentenza innanzi a sé impugnata, di decidere nel merito la relativa controversia, in via sostitutiva del giudizio operato dal giudice della sentenza cassata, ovvero, da altro punto di vista, in via sostitutiva del giudizio di rinvio.

In tali ipotesi, in altre parole, ed in presenza dei requisiti previsti dalla norma, il giudice di legittimità non deve limitarsi ad operare il solo giudizio rescindente, e diviene viceversa giudice della stessa fase rescissoria.

Tale riforma, come è evidente, rispondeva alla fondamentale esigenza di evitare alle parti, e al complessivo sistema dell'ordinamento giudiziario civile, i tempi ed i costi di un oneroso giudizio di rinvio, ogni volta che - per la non necessità di procedere ad ulteriori accertamenti di fatto - tale giudizio non potrebbe che risolversi in un "simulacro" di processo, mera operazione sillogistica di sussunzione della fattispecie concreta, quale accertata nei pregressi gradi di giudizio, nel principio di diritto affermato dalla Corte di cassazione.²

Tale esigenza, d'altro canto, talmente era avvertita nella pratica dei giudizi civili, che, oltre ad aver dato luogo a vari tentativi di riforma, di tenore analogo a quello portato a termine dalla legge n. 353/90,³ era anche stata alla base di un'interpretazione estensiva dell'art. 382, comma 3, Cod. proc. civ., invalsa in giurisprudenza sin da epoca risalente.

Ed invero, la norma da ultimo citata, laddove prevede che la Corte disponga la cassazione senza rinvio della sentenza impugnata, in ipotesi di difetto assoluto di giurisdizione e in ogni altro caso in cui "la causa non poteva essere promossa o il processo proseguito", sembra essere dettata con chiaro riferimento ad ipotesi di improponibilità della domanda o di improcedibilità del giudizio legate a ragioni di rito, come tali atte ad impedire ogni pronuncia (tanto rescindente quanto rescissoria) in ordine al merito delle relative controversie.

Ciò nonostante, per rispondere alle avvertite esigenze di evitare, ove possibile, giudizi di rinvio "inutili", atti a risolversi in mere operazioni sillogistiche, tale norma venne applicata dalla Cassazione anche a talune ipotesi di improponibi-

lità della domanda per motivi di merito, oggi più correttamente riconducibili al novellato art. 384 Cod. proc. civ.⁴

A dispetto di tale quadro interpretativo, a seguito della riforma dell'art. 384, le reazioni della dottrina maggioritaria furono improntate - come era avvenuto per i precedenti progetti di riforma, tesi ad introdurre analoghe ipotesi di Cassazione sostitutiva o di merito⁵ - al timore ed al sospetto, e, come tali, si tradussero in tentativi ed auspici di interpretazione restrittiva dell'istituto e dei suoi presupposti applicativi.⁶

Tale atteggiamento appare imputabile a due ordini di motivazioni.

Da un lato, con considerazioni di carattere strutturale e sistematico, si è temuto che l'attribuzione alla Cassazione di poteri di decisione nel merito andasse a discapito dell'efficacia di quella funzione nomofilattica, che lo stesso art. 65 ord. giud. rappresenta in termini di centralità, nello svolgimento delle attività della Corte.⁷

D'altro lato, invece, è stato rilevato come lo svolgimento dei giudizi rescissori innanzi alla Corte di Cassazione offra meno garanzie, in ordine alla tutela del diritto di difesa e del contraddittorio, di quanto non possa avvenire di fronte ai giudici di rinvio, che istituzionalmente appaiono deputati alla decisione del merito delle controversie.

In questo senso, in particolare, è stato osservato che, nell'ambito dei giudizi di rinvio, a differenza che nei giudizi di cassazione, la giurisprudenza ammette pacificamente la deduzione tanto dello *jus superveniens* (ivi incluse le sentenze di incostituzionalità sopravvenute),⁸ quanto dei fatti nuovi sopravvenuti,⁹ mentre, in forza di espresse previsioni legislative (art. 394, comma 3, Cod. proc. civ.), in tali giudizi risulta possibile il deferimento del giuramento decisorio, come la rassegnazione di nuove conclusioni (ove queste si rendano necessarie in conseguenza del principio di diritto formulato in sede di rinvio).

Analogamente, è stato anche rilevato che le sentenze rese in esito ai giudizi di rinvio sono soggette agli ordinari mezzi di impugnazione, mentre le sentenze di cassazione sostitutiva con decisione nel merito (peraltro al pari di ogni altra tipologia di sentenza di Cassazione) appaiono *prima facie* assoggettabili al solo ricorso per revocazione, ed unicamente per errore di fatto determinante ex art. 395, n. 4 Cod. proc. civ. (così l'art. 391-*bis*, anch'esso introdotto dalla legge n. 353/90).

Da questo punto di vista, peraltro, occorre subito registrare che le Sezioni Unite, con sentenza n. 238 del 10 aprile 1999,¹⁰ hanno espressamente affermato l'applicabilità del rimedio dell'opposizione di terzo ordinaria, avverso le sentenze di cassazione sostitutiva, attesa la loro natura di sentenze esecutive atte a pregiudicare i diritti dei terzi, ai sensi dell'art. 404, comma 1, Cod. proc. civ.¹¹

Ciò nondimeno, almeno sotto il profilo della assoggettabilità a revocazione per la totalità dei motivi di cui all'art. 395 Cod. proc. civ., sembra permanere un margine di disparità di trattamento, tra tali tipologie di sentenze e quelle rese dai giudici di rinvio.¹²

2. Gli orientamenti giurisprudenziali

Dopo aver esaminato brevemente i termini e i modi dell'introduzione nel nostro ordinamento, con il nuovo art. 384 Cod. proc. civ., di un potere di cassazione sostitutiva o di merito, ed aver fatto cenno ai conseguenti timori e resistenze della dottrina, ci accingiamo ad esaminare gli orientamenti giurisprudenziali emersi nei primi anni di applicazione dell'istituto,¹³ anche allo scopo di comprendere se, ed entro quali limiti, la stessa Corte di cassazione abbia recepito l'atteggiamento prudenziale della dottrina.¹⁴

Una questione preliminare che, seppur implicitamente, è stata affrontata dalla giurisprudenza, attiene alla natura del potere decisorio in questione.

In proposito, è stato affermato che, in presenza dei requisiti previsti dalla norma, tale potere risulta esercitabile non solo d'ufficio - e, dunque, anche in difetto di

un'apposita istanza di parte in tal senso - ma più propriamente in via doverosa, senza che nessun margine di discrezionalità residui il capo alla Corte in ordine all'*an* della sua utilizzazione (al pari di quanto avviene per le diverse ipotesi di cassazione con o senza rinvio, di cui agli artt. 383 e 382, comma 3).¹⁵

Ciò detto, appare opportuno procedere, in primo luogo, ad un'analisi degli orientamenti emersi in ordine ai due requisiti richiesti dal novellato art. 384, per la pronuncia di una sentenza di cassazione sostitutiva: l'accoglimento del ricorso "per violazione o falsa applicazione di norme di diritto" e la non necessità di "ulteriori accertamenti di fatto". A tali orientamenti, successivamente, sarà infatti possibile ricondurre le ulteriori problematiche affrontate dalla giurisprudenza nell'applicazione dell'istituto.

**3. (segue)
L'accoglimento
del ricorso "per
violazione o
falsa
applicazione di
norme di
diritto": in
particolare, gli
errori in
iudicando de
iure procedendi**

Quanto al primo requisito, la questione principale che, anche sulla scorta dell'elaborazione dottrina, è stata affrontata dalla giurisprudenza della Cassazione, attiene all'interrogativo se, attraverso di esso, il legislatore del '90 abbia inteso fare riferimento all'accoglimento del ricorso per il motivo di cui all'art. 360, n. 3, Cod. proc. civ.

La norma da ultimo citata, invero, nel delineare i possibili motivi di ricorso per Cassazione, utilizza la medesima espressione letterale, introdotta nell'art. 384 dalla legge di riforma n. 353/90: la "violazione o falsa applicazione di norme di diritto", pacificamente riferibile, in quel contesto, alla nozione di *error in iudicando*, e, dunque, alla violazione di norme concernenti il rapporto sostanziale dedotto in giudizio.

A dispetto dell'identità di espressione linguistica, nondimeno, in difetto di un rinvio espresso dall'una all'altra disposizione, è stato possibile interrogarsi sull'utilizzabilità del potere di cassazione sostitutiva di cui all'art. 384 Cod. proc. civ., anche in ipotesi di accoglimento del ricorso per motivi diversi da quello di cui all'art. 360, n. 3, ed in particolare per i c.d. *errores in iudicando de iure procedendi*, o *errores iuris in procedendo*

Con tali espressioni, vuole farsi riferimento alle fattispecie nelle quali venga effettivamente ravvisata un'ipotesi di "violazione o falsa applicazione di norme di diritto" (come richiede il dato testuale dell'articolo 384 Cod. proc. civ.), ma dove la norma violata o falsamente applicata attenga unicamente al rapporto processuale.

Sebbene, per la circostanza da ultimo citata, tali vizi rientrerebbero pacificamente - nella comune interpretazione dell'art. 360 - nella previsione di cui al n. 4, e cioè negli *errores in procedendo*, e non invece nella categoria degli *errores in iudicando* di cui al relativo n. 3, la Suprema Corte, attenendosi al dato letterale e alla *ratio* dell'art. 384, si è interrogata sull'eventualità di una loro ricomprensione nel campo di applicazione di tale norma, con conseguentemente estensione del potere di cassazione sostitutiva.¹⁶

Pur non essendo ravvisabile, sul punto, un orientamento giurisprudenziale consolidato, deve osservarsi che la Cassazione, dopo aver inizialmente adottato la tesi più rigorista, già fatta propria dalla dottrina maggioritaria,¹⁷ più di recente sembra essersi orientata nel senso dell'interpretazione estensiva, favorevole alla ricomprensione degli *errores (iuris) in procedendo* nel campo di applicazione dell'art. 384, comma 1, Cod. proc. civ.¹⁸

**4- (segue) La
non necessità di
"ulteriori
accertamenti di
fatto": in
particolare,**

Quanto al secondo requisito, posto dall'art. 384 per l'esercizio del potere di cassazione sostitutiva (la non necessità di procedere ad "ulteriori accertamenti di fatto"), la questione più rilevante che si è posta nell'applicazione giurisprudenziale, ha dato luogo ad un tentativo - anche in questo caso mutuato dalle parallele indicazioni della dottrina¹⁹ - di interpretazione restrittiva dell'istituto.

l'ammissibilità di valutazioni probatorie, la valutazione sulla sufficienza del materiale probatorio e la necessità di accertamenti preclusi.

In particolare, la Cassazione ha sostenuto in più occasioni che la possibilità di decidere la controversia in via sostitutiva va esclusa non solo quando, in esito all'enunciazione del principio di diritto, sorga la necessità di procedere ad una vera e propria assunzione di nuovi mezzi di prova: oltre a tale ipotesi, infatti, la necessità del giudizio di rinvio è stata affermata anche con riferimento ai casi nei quali, a seguito del giudizio rescindente della Cassazione, diventi necessario od opportuno effettuare una prima valutazione di prove, già assunte in uno dei pregressi gradi di giudizio, ma ivi non valutate per le ragioni più varie (così come, *a fortiori*, la medesima soluzione dovrebbe imporsi per le ipotesi nelle quali, per la formulazione del giudizio rescindente, si prospetti l'eventualità di procedere ad una nuova valutazione delle prove suddette, in senso difforme da quanto risultante dal precedente grado giudizio).²⁰

Tale soluzione si è imposta in quanto l'attività di valutazione dei mezzi di prova, già assunti agli atti del processo nei precedenti gradi di giudizio, è stata vista come ontologicamente sottratta ai compiti istituzionali della Corte di cassazione - pena la sua trasformazione in un giudice di terza istanza - anche laddove essa opera in via di decisione sostitutiva della controversia, *ex art. 384, comma 1, Cod. proc. civ.*

A dispetto di tali affermazioni di principio, peraltro, è dato riscontrare una serie di pronunce a mezzo delle quali la Cassazione - pur senza enunciare *ex professo* principi di diritto in ordine all'interpretazione dell'art. 384 Cod. proc. civ. - ha concretamente applicato la norma in oggetto a talune fattispecie, nelle quali il giudizio di merito effettuato in via sostitutiva, coinvolgeva giudizi di fatto dal carattere, più o meno marcatamente, "complesso" e valutativo.²¹

Da non confondere con tale questione, è invece quella relativa all'applicabilità dell'istituto della cassazione sostitutiva, nelle ipotesi in cui la Corte di legittimità sia chiamata a pronunciarsi - in via rescindente - sulle controversie decise secondo equità dal giudice di pace, ai sensi dell'art. 113, comma 2, Cod. proc. civ.²²

Sebbene la Cassazione, in più occasioni, abbia ritenuto di poter pervenire, in simili ipotesi, alla stessa decisione rescissoria *ex art. 384 Cod. proc. civ.*,²³ la questione in oggetto sembra comunque diversa da quella dianzi esposta, relativa all'applicabilità dell'art. 384 Cod. proc. civ. alle controversie coinvolgenti giudizi di fatto dalla componente equitativa, o valutativa. È infatti evidente, almeno in linea di principio, che altro sono i giudizi di fatto equitativi (si pensi alla liquidazione del danno *ex art. 1226 Cod. civ.*), ed altro sono i giudizi secondo equità (quali i giudizi del giudice di pace *ex art. 113, comma 2, o, più in generale, i giudizi ex art. 114 Cod. proc. civ.*), giacché la componente equitativa incide nell'un caso sul giudizio di fatto, e nell'altro caso sul giudizio di diritto.²⁴

Al requisito della non necessità di "*ulteriori accertamenti di fatto*", attongono invece propriamente due ulteriori principi di diritto, enunciati dalla Cassazione in sede di applicazione del novellato art. 384 Cod. proc. civ.

In primo luogo, la Suprema Corte ha avuto modo di affermare che, ai fini dell'esercizio del potere di cassazione sostitutiva, l'indagine in ordine alla non necessità degli ulteriori accertamenti di fatto deve essere condotta unicamente sul provvedimento impugnato, dal quale deve desumersi in forma espressa la sufficienza del materiale probatorio assunto (o valutato) nei pregressi gradi di giudizio, ai fini della decisione della controversia sulla base del principio di diritto affermato in sede rescindente. In caso contrario, infatti, è stato sostenuto che la Cassazione si trasformerebbe inevitabilmente, non solo in un giudice del merito, ma più propriamente in un giudice del fatto, sia pure sotto il limitato aspetto relativo alla valutazione in ordine "*all'adeguatezza degli accertamenti espletati, ai fini della decisione*".²⁵

Da altro punto di vista, invece, la Corte ha affermato di poter procedere alla decisione di merito della controversia, laddove ulteriori accertamenti di fatto, pur

astrattamente necessari, non sarebbero concretamente effettuabili in un eventuale giudizio di rinvio, in dipendenza di preclusioni o decadenze rilevabili d'ufficio, non superabili per effetto di comportamenti processuali delle parti. In tali casi, evidentemente, la decisione sostitutiva della Cassazione non potrà che essere resa in applicazione degli ordinari principi in tema di onere probatorio.²⁶

**5. (segue)
Residue
questioni
interpretative:
in particolare,
le domande o
questioni
assorbite, le
domande in
materia di spese
e quelle
"conseguenti
alla cassazione"**

Ai principi sinora esaminati, emersi in sede di interpretazione del duplice requisito di applicabilità del nuovo art. 384, comma 1, Cod. proc. civ., sembrano riconducibili, in via più o meno diretta, le residue questioni interpretative, sorte in sede di applicazione dell'istituto.

In primo luogo, vuole farsi cenno ad un gruppo di pronunce, a mezzo delle quali la Suprema Corte ha escluso di poter procedere alla decisione sostitutiva della controversia, ove la relativa statuizione comporterebbe l'esame di domande o questioni non esaminate nel pregresso grado di giudizio, perché dichiarate assorbite (ovvero perché meramente subordinate a domande o questioni preliminari di merito, il cui accoglimento ha comportato la definizione della controversia), e successivamente "riespanse", a seguito della pronuncia rescindente della Cassazione.²⁷

La problematica in oggetto può parzialmente essere ricondotta a quella precedentemente esaminata, relativa all'ammissibilità di pronunce di cassazione sostitutiva, in ipotesi di accoglimento del ricorso per *errores iuris in procedendo*. In entrambe le ipotesi, infatti, ove si ammettesse la pronuncia di merito della Cassazione, potrebbe ravvisarsi un'impropria sottrazione, alle parti del giudizio, di un rituale grado di giurisdizione.

Ove si propendesse per l'ammissibilità di pronunce di merito della Cassazione a fronte di questioni assorbite (o comunque non esaminate, perché subordinate a questioni preliminari di merito, oggetto di accoglimento), tale esito sarebbe invero *in re ipsa*. Ma analogo rischio potrebbe pure ravvisarsi in talune ipotesi di accoglimento del ricorso per *errores (iuris) in procedendo*, le quali - ove avessero avuto ad oggetto questioni di rito di carattere pregiudiziale - ben potrebbero aver impedito, al giudice del pregresso grado di giudizio, di esaminare il merito della controversia.

Nondimeno, se a fronte di *errores in procedendo* su questioni pregiudiziali di rito, la giurisprudenza della Cassazione non è univoca nell'ammettere una propria legittimazione a decidere il merito il controversia,²⁸ la soluzione adottata con riferimento alla presenza di questioni assorbite dalla sentenza cassata, come ricordato poc'anzi, è stata sin'ora concordemente di segno negativo.²⁹

Da altro punto di vista, la specifica tematica in esame può invece essere ricondotta all'altra, esaminata precedentemente, attinente all'ammissibilità di pronunce di cassazione sostitutiva ex art. 384 Cod. proc. civ. a fronte della necessità di (mere) valutazioni probatorie.

È infatti evidente che l'esclusione di un potere di cassazione sostitutiva, a fronte di questioni non esaminate nel pregresso grado di giudizio - perché dichiarate assorbite, o perché subordinate a questioni preliminari di merito, oggetto di accoglimento - può essere strettamente legata all'esclusione di una sua legittimazione ad effettuare, per la prima volta, una valutazione del materiale probatorio acquisito agli atti del processo, ma non valutato per una delle ragioni suddette (sempre che le questioni o le domande assorbite, e "riespanse" a seguito della pronuncia rescindente della Cassazione, non si prestino ad essere decise sulla scorta di argomentazioni di puro diritto, ovvero sulla base degli accertamenti e delle valutazioni probatorie, di cui alla sentenza di primo grado³⁰).

Alle medesime questioni interpretative, sorte in ordine ai due requisiti di applicabilità del novellato art. 384, comma 1, Cod. proc. civ., sembra per certi versi riconducibile anche il complesso di pronunce a mezzo delle quali la Cassazione

si è interrogata sui rapporti tra il proprio potere di decisione sostitutiva, e la disciplina in materia di spese.

In proposito, giova rammentare che lo stesso Legislatore ha demandato in via generale alla Corte di cassazione la pronuncia (anche di carattere rescissorio) sulle spese, ove il Supremo collegio debba procedere alla statuizione (rescindente, o, oggi, anche rescissoria) sulla controversia principale (art. 385 Cod. proc. civ.).³¹

A prescindere da tali ipotesi, però, le fattispecie che maggiormente interessano in questa sede sono quelle relative ai casi nei quali risulti impugnata in Cassazione la pronuncia di un giudice di merito, limitatamente al solo capo delle spese, del quale si deduca l'erroneità in ordine a taluno dei suoi presupposti vincolati, ovvero l'omessa o erronea motivazione in ordine al criterio di riduzione della nota spese, o ancora la sua radicale omissione, con conseguente vizio di omessa pronuncia.

In tali fattispecie, non risultando applicabile il citato art. 385 (il quale presuppone una statuizione della Corte sulla controversia principale), la giurisprudenza della Cassazione ha affrontato la questione relativa all'ammissibilità - in esito al giudizio rescindente involgente il solo capo delle spese oggetto di impugnazione - di una propria pronuncia sostitutiva ex art. 384, di condanna del soccombente ovvero di compensazione.

In una prima occasione, il Supremo collegio ha adottato la soluzione negativa, sull'assunto che la norma in oggetto "*presuppone che il giudizio di merito costituisca il frutto della decisione di una mera questione giuridica emergente dal contesto della pronuncia impugnata, senza necessità di ulteriori accertamenti di fatto, laddove ai fini della liquidazione delle spese giudiziali sono necessari l'accertamento dell'esatta entità dell'attività giudiziale svolta in relazione al valore della controversia e la valutazione del reciproco comportamento delle parti agli effetti di una eventuale pronuncia di compensazione*".³² L'argomento, come si vede, altro non costituisce che una puntuale applicazione dell'orientamento giurisprudenziale emerso in sede di interpretazione della non necessità di "*ulteriori accertamenti di fatto*", ex art. 384, come comprensiva della non necessità di (mere) valutazioni probatorie.

In un altro gruppo di precedenti (per lo più successivi a quello dianzi citato), la Cassazione ha però abbandonato tale interpretazione rigorista, e non ha ravvisato alcun ostacolo ad una propria statuizione sostitutiva sulle spese - anche al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 385 Cod. proc. civ. - procedendo senz'altro alla relativa decisione, in diretta applicazione degli artt. 91 e segg. Cod. proc. civ.³³

Da ultimo, può farsi menzione ad un ulteriore principio di diritto, formulato dalla Cassazione in sede di interpretazione del novellato art. 384, comma 1, Cod. proc. civ.

La Suprema Corte, in particolare, ha escluso che l'istituto della Cassazione sostitutiva possa trovare applicazione in relazione alle c.d. "*domande conseguenti alla cassazione*", di cui all'art. 389 Cod. proc. civ., e cioè in relazione alle domande finalizzate alla restituzione o alla riduzione in pristino, di quanto pagato o compiuto in esecuzione della sentenza cassata.

Tale soluzione, in un'occasione, è stata motivata sull'assunto che l'art. 384, comma 1, Cod. proc. civ. non valga a derogare a quanto disposto dall'art. 389, con la conseguenza che le domande in oggetto, anche dopo la riforma del '90, non possono essere decise dalla Cassazione, neppure ove questa operi in via sostitutiva, quale giudice del merito della controversia. Tali domande, pertanto, seguiranno a dover essere proposte al giudice di rinvio, o, in caso di cassazione senza rinvio - ivi inclusa la nuova ipotesi di cassazione senza rinvio di cui al novellato art. 384 - al giudice che ha pronunciato la sentenza cassata.³⁴

In un'altra pronuncia, invece, il Supremo Collegio è pervenuto alla medesima

soluzione evidenziando come tali domande - in quanto fondate su un titolo autonomo, costituito dall'adempimento di una prestazione in esecuzione di una sentenza, e dalla successiva cassazione della stessa (e dunque, in definitiva, sull'art. 2033 Cod. civ.) - non costituiscono il "merito" della controversia, ai sensi dell'art. 384 Cod. proc. civ., e come tali sono sottratte al suo potere decisorio di merito.³⁵

Note

^(*) Testo della Relazione, riveduta ed integrata con le note, svolta in occasione del Seminario organizzato dall'Avvocatura comunale sul tema "Le modifiche al processo civile", tenutosi in Roma, il 14 giugno 2002.

¹ Immutata rimase invece la formulazione del comma secondo dell'art. 384, a mezzo del quale il Cod. proc. civ. del 1940 aveva recepito il potere della Cassazione - di introduzione ed elaborazione pretoria - di correzione della motivazione delle sentenze erroneamente motivate in diritto, ma con dispositivo conforme ai dettami dell'ordinamento. Secondo un'opinione dottrinale autorevole, ma minoritaria (S. SATTA, voce *Corte di cassazione* (*dir. proc. civ.*), in *Enc. del diritto*, X, Milano, 1962, 823, nonché, più di recente, S. SATTA - C. PUNZI, *Diritto Processuale civile*, Padova, 2000, 524), anche tale potere della Corte di cassazione concreterebbe un'ipotesi di cassazione sostitutiva, con l'unica peculiarità che, in tali ipotesi, oggetto della decisione sostitutiva sarebbe non già il dispositivo della sentenza impugnata, ma unicamente la sua motivazione, e, dunque, la sua *ratio decidendi*. In questa peculiare prospettiva ricostruttiva, in particolare, è stato sostenuto che la correzione della motivazione potrebbe essere operata non solo effettuando una diversa ricostruzione e sussunzione normativa dei fatti posti a base della sentenza impugnata, ma finanche sostituendo ai suddetti, altri fatti - pur risultanti dagli atti del processo, e nel rispetto del principio dispositivo - siano essi di natura costitutiva, ovvero impeditiva, modificativa o estintiva. Nella presente sede non vi sarà modo per approfondire tali tematiche, e l'analisi sarà dedicata esclusivamente all'istituto della

cassazione sostitutiva *stricto sensu* intesa, o cassazione di merito, di cui all'art. 384, comma 1, Cod. proc. civ.

² L'espressione citata nel testo ricorre nell'ambito de *I lavori preparatori della riforma del codice di procedura civile* (l. 26 novembre 1990, n. 353), pubblicati in *Documenti giustizia*, 1991, fasc. 10, 1 e segg., a cura di B. CAPPONI e G. MANZO, ed in particolare il resoconto della seduta della Commissione giustizia del Senato del 13 dicembre 1989. Si deve invece alla relazione alla bozza di disegno di legge Brancaccio-Sgroi (*ivi*, 1988, fasc. 7-8, in part. 86) la notazione a tenore della quale l'eccessiva diffusione di giudizi di rinvio porta con sé la "proliferazione di ulteriori giudizi di legittimità spesse volte pretestuosi e proposti al solo scopo di procrastinare il passaggio in giudicato della decisione".

³ Il più autorevole precedente è senza dubbio costituito dall'art. 196 del progetto Chioyenda del 1920, ove si prevedeva che "se il ricorso per Cassazione è accolto per violazione o falsa applicazione di norme della legge, la Corte statuisce essa stessa nella causa ove ciò sia possibile in base ai fatti accertati nella sentenza impugnata ed entro i limiti della contestazione" (in tema si veda G. CHIOYENDA, *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla commissione per il dopo guerra*, in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma, 1931, in part. 105). Più di recente, progetti di riforma di tenore analogo furono formulati con l'art. 48, d.d.l. ministeriale n. 2246 del 22 agosto 1975, e con l'art. 2, punto 16, lett. g) del d.d.l. di delega legislativa n. 1463 del 25 maggio 1981.

⁴ Si pensi all'ipotesi di avvenuta prescrizione del diritto azionato (su cui si veda Cass. 21 maggio

1958 n. 1707, in *Foro it.*, 1959, I, 263, con nota critica di R. CAMBER, *In tema di cassazione senza rinvio*) o di decadenza dal potere di azionarlo in giudizio (su cui Cass. 19 ottobre 1981 n. 5468, *ivi*, 1982, I, 90), nonché di domanda inaccoglibile alla luce dello *jus superveniens* (Cass. 10 luglio 1957 n. 2747, in *Giust. civ.*, 1957, I, 1888) o per sua non rispondenza ad alcuno schema normativo previsto dall'ordinamento (su cui si veda E. REDENTI, *In tema di cassazione senza rinvio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1959, in part. 672). In dottrina, venne addirittura prospettata l'eventualità di pronunciare sentenze di cassazione senza rinvio ex art. 382, comma 3, Cod. proc. civ., nelle ipotesi di improponibilità della domanda per sua infondatezza nel merito (sempre che detta infondatezza fosse desumibile dai fatti accertati nelle pregresse fasi di merito): così S. SATTA, *Corte di cassazione* (*dir. proc. civ.*) cit., in part. 822.

⁵ Per quanto attiene al disegno di legge n. 2246/1975, si vedano gli interventi di G. COLONNA - R. QUARANTA, *Osservazioni e proposte relative al disegno di legge n. 2246 (a proposito di un recente convegno)*, G. VERDE, *Il disegno di legge n. 2246 presentato al senato dal ministro Reale sui provvedimenti urgenti relativi al processo civile*, F. CARPI, *Brevi note sui provvedimenti urgenti per il processo civile*, C. VOCI, *Ma la colpa è di Voltaire*, tutti in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, in part. 626, 647, 658 e 672. In ordine al d.d.l. n. 1463/1981, si veda V. DENTI, *Appunti sulla riforma delle impugnazioni civili*, in *Foro it.*, 1982, V, 111, nonché C. VOCI, "Du côté" del disegno di legge delega per il nuovo codice di procedura civile, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 228, e la stessa *Relazione alla commissione*

giustizia del Senato concernente la delega legislativa al governo, di N. LIPARI, pubblicata in *Giust. Civ.*, 1985, II, 531 e segg., ed in part. 558.

⁶ Si veda esemplarmente, all'indomani della riforma, V. DENTI, *La Cassazione giudice del merito*, in *Foro it.*, 1991, V, 1, nonché, più specificamente, la dottrina citata *infra*, sub note 17 e 19.

⁷ Da questo punto di vista, peraltro, potrebbe osservarsi che lo stesso art. 65 ord. giud. riconosce la possibilità dell'attribuzione alla Corte di cassazione, per via legislativa, di compiti ulteriori e diversi, rispetto a quelli di regolare i conflitti di competenza e di attribuzioni e di assicurare "l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni". Tale argomento, in particolare, venne utilizzato dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 184 del 26 giugno 1974 (in *Foro it.*, 1974, I, 1957), che sancì la legittimità costituzionale dell'art. 538 Cod. proc. pen. del 1930, il quale prevedeva un'ipotesi di cassazione sostitutiva o di merito, per il caso in cui occorresse applicare una legge più favorevole all'imputato (analogamente a quanto attualmente dispone l'art. 619, comma 3, o, più in generale, l'art. 620, lett. l, Cod. proc. pen. del 1988). Da altro punto di vista, invece, è stato rilevato, sulla base di osservazioni di ordine comparatistico, che il pieno assolvimento della funzione nomofilattica non si pone in termini di reciproca esclusione rispetto all'eccezionale svolgimento di compiti di decisione nel merito delle controversie. In questo senso, in particolare, è stato portato ad esempio l'ordinamento processuale tedesco, che pure assegna alla nomofilachia un ruolo centrale (tanto da aver previsto un filtro per l'accesso delle controversie innanzi al *Bundesgerichtshof*, al fine di evitare che la relativa azione d'impugnativa si traduca in un ordinario mezzo di tutela posto a disposizione del soccombente), e che nondimeno, strutturando l'istituto sul modello della revisione, ammette

istituzionalmente (§ 565, comma 3, ZPO) l'eventualità della decisione del merito delle controversie da parte della Corte di ultima istanza (sul tema si veda ampiamente R. CAPONI, *La decisione della causa nel merito da parte della Corte di cassazione italiana e del Bundesgerichtshof tedesco*, in *Dir. e giur.*, 1996, 236). Più in generale, è stato osservato che, se l'esercizio della funzione nomofilattica costituisce l'essenza più profonda dell'istituto della Cassazione, non altrettanto deve valere per la strutturazione dei suoi poteri decisorii in senso rigorosamente negativo-rescindente, atteso che quest'ultima caratteristica è unicamente il portato storico della radice politico-istituzionale dell'istituto, nato in epoca post-rivoluzionaria in funzione di presidio non giurisdizionale del potere legislativo, dagli abusi del potere giudiziario (così M. BOVE, *Sul potere della Corte di cassazione di decidere nel merito la causa*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 709). Per il riconoscimento di un potere di cassazione sostitutiva nello stesso ordinamento francese, si veda infine P. THERY, *La riforma della Corte di cassazione francese (studio della l. 3 gennaio 1979)*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, in part. 656 e segg.

⁸ Affermazione pacifica; da ultimo, si veda Cass., Sez. lav., 8 novembre 2001 n. 13839 e Cass., Sez. lav., 20 giugno 2001 n. 8403, entrambe in *Foro It., Mass.*, 2001; sui limiti a tale principio, si veda invece F. AULETTA, *Sulla pretesa irrilevanza del ius superveniens tra deliberazione e pubblicazione della sentenza di cassazione con rinvio* (nota a Cass., Sez. I, 23 marzo 2001 n. 4176), in *Giust. civ.*, 2001, I, 2103.

⁹ Cfr., da ultimo, Cass., Sez. lav., 30 maggio 2001 n. 7397 e Cass., Sez. lav., 10 febbraio 2001 n. 1917, entrambe in *Foro it., Mass.*, 2001. In dottrina si veda F. CAMPISI, *La sopravvenuta conoscenza di fatto rilevante: deducibilità nel giudizio di rinvio* (nota a Cass., Sez. III, 19 marzo 1993 n. 3256), in *Giust. civ.*, 1994, I, 487.

¹⁰ La sentenza è pubblicata in *Foro it.*, 1999, I, 2236, con nota di M. Iozzo.

¹¹ Come esattamente è stato rilevato dalla sentenza citata, tale affermazione non varrebbe invece

nei casi di rigetto del ricorso e di cassazione con rinvio (nei quali l'eventuale effetto pregiudizievole per i terzi è ricollegabile rispettivamente alla sentenza confermata, o alla sentenza resa dal giudice di rinvio). In dottrina, è stata anche sollevata la questione relativa alla assoggettabilità delle sentenze di cassazione sostitutiva a ricorso per cassazione per violazione di legge, ex art. 111 Cost. (ma, per l'opinione contraria, si veda G. TARZIA, *Lineamenti del nuovo processo di cognizione*, Milano, 1991, 285, ove si osserva che diversamente potrebbe darsi "adito a una serie indefinita di ricorsi dinanzi alla Suprema Corte, rendendo irraggiungibile il giudicato").

¹² Alla luce di questa, e delle altre (vere o presunte) disparità di trattamento, all'indomani della riforma era stato proposto di scindere il procedimento di cassazione in due fasi, "l'una culminante nella sentenza di cassazione ex art. 360, n. 3 (cassazione senza rinvio, almeno per il momento); l'altra, magari snellamente impennata su una audizione in camera di consiglio e successivo scambio di brevi memorie, ma pur sempre volta ed idonea a far discutere sulla esigenza e/o opportunità che il giudizio rescissorio si svolga avanti ad un giudice di merito" (recte: ad un giudice del fatto): così C. CONSOLO, in C. CONSOLO - F. P. LUISSO - B. SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 1991, 353; nello stesso senso, si veda L. MONTESANO, *Su proposte riforme della Cassazione e dell'appello civili*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 752. Altra dottrina aveva invece auspicato analoghi correttivi, al più limitato fine di consentire alle parti del giudizio di Cassazione di esporre le proprie difese e conclusioni di merito, prevedendo che la Corte, laddove decidesse di poter pervenire alla decisione sostitutiva, le sollecitasse in tal senso, anche a chiusura della discussione orale, attraverso lo strumento di cui all'art. 183, comma 3 Cod. proc. civ., eventualmente fissando una successiva udienza (così R. VACCARELLA, in R. VACCARELLA - B. CAPPONI - C. CECCHIELLA, *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992, 317), o, più semplicemente,

disponendo il deposito di memorie entro un termine breve (così G. TARZIA, *op. cit.*, 284). Nondimeno, *de jure condito*, nessuno dei suddetti rimedi è stato apportato al giudizio di Cassazione, che è rimasto strutturato su un'unica udienza di discussione, con la possibilità, per le parti, di valorizzare - anche ai fini della decisione immediata del merito - i soli atti introduttivi ex artt. 366, 370 e 371 Cod. proc. civ., nonché, forse, le memorie di parte da depositarsi non oltre cinque giorni prima dell'udienza, ai sensi dell'art. 378, e le "brevi osservazioni per iscritto" ex art. 379, comma 3 (da depositarsi però, nel tenore della norma, in funzione di replica alle conclusioni del pubblico ministero). Per tali ragioni, deve ritenersi che allo stato, nel giudizio di Cassazione (anche laddove quest'ultima opera in via di decisione sostitutiva della controversia) è possibile ravvisare non già una fase rescindente ed una rescissoria, ma solo un momento rescindente ed uno rescissorio, cumulati in un unico giudizio, invariabilmente "monofasico" (così R. VACCARELLA, *op. loco ult. cit.*).

¹³ Il nuovo testo dell'art. 384 Cod. proc. civ. risultò applicabile, a norma dell'art. 90 legge n. 353/90 e successive modificazioni ed integrazioni, a tutti i giudizi pendenti alla data del 1° gennaio 1993 (Cass., Sez. lav., 14 novembre 1995 n. 11802, in *Foro it., Mass.*, 1995), a nulla rilevando, in senso contrario, la circostanza che la relativa udienza di discussione si fosse tenuta anteriormente alla data di entrata in vigore della legge di riforma, con la conseguenza che le parti non avessero avuto modo di interloquire in ordine alla sussistenza, nel caso di specie, dei requisiti di applicabilità della norma sopravvenuta (così A. FINOCCHIARO, *La decisione della causa nel merito in Cassazione*, in *Vita not.*, 1992, 3 e segg., ed in part. 15).

¹⁴ Sul punto, occorre premettere che gli interventi della Cassazione a mezzo dei quali sono stati enunciati principi di diritto in ordine all'applicazione del novellato art. 384, comma 1 Cod. proc. civ., sono in numero relativamente limitato. Più ampio

- ma, per ovvie ragioni, di più problematica reperibilità ed intelligibilità - è invece il novero delle pronunce a mezzo delle quali la Corte, senza soffermarsi sull'ambito di applicazione della norma processuale in oggetto, ha dato ad essa concreta applicazione, nelle fattispecie più varie di diritto sostanziale. Nondimeno, alcune utili indicazioni in questo senso possono essere tratte dalla copiosa rassegna di M. DE CRISTOFARO, *La Cassazione sostitutiva nel merito: pronunce di due anni e presupposti*, in *Corr. giur.*, 1998, 357, nonché, per una preziosa opera di inquadramento e sistematizzazione del citato materiale giurisprudenziale in un coerente quadro concettuale, dal contributo dello stesso Autore, *La Cassazione sostitutiva nel merito. Prospettive applicative*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 279.

¹⁵ Cfr. espressamente, seppure a livello di *obiter dictum*, Cass., Sez. lav., 4 maggio 1996, n. 4140, in *Foro it.*, 1996, I, 3741 e segg. (con nota di R. CAPONI, *Le prime sentenze sulla cassazione sostitutiva per motivi di merito*), in part. 3753.

¹⁶ Ancor più radicalmente, è stato isolatamente sostenuto in dottrina che l'intera gamma dei motivi di ricorso per Cassazione di cui all'art. 360 Cod. proc. civ., può risolversi in ipotesi di violazione o falsa applicazione di norme di diritto ex art. 384, postulandosi rispettivamente, nei casi contemplati dai nn. 1 e 2 della norma, la violazione di norme sull'attribuzione del potere giurisdizionale, nel caso di cui al n. 3 la violazione di norme sostanziali, nel caso di cui al n. 4 la violazione di norme processuali, e nel caso di cui al n. 5 la violazione di norme sul metodo del giudizio di fatto (così M. BOVE, *Sul potere della Corte di cassazione di decidere nel merito la causa cit.*, in part. 719).

¹⁷ Tra i primi commenti alla riforma, si vedano in tal senso A. FINOCCHIARO, *op. cit.*, 6, C. CONSOLO, *op. cit.*, 356, G. TARZIA, *op. cit.*, 282, R. VACCARELLA, *op. cit.*, 315; analogamente, nella più recente dottrina, F. BILE, *La riforma mancata del '90: il giudizio di merito in Cassazione secondo il nuovo art. 384 c.p.c.*, in *Giur. it.*, 1998, 191, E. CAPUTO, *La*

nuova normativa del processo civile, commento agli articoli del codice riformato dalla l. 353/90 e 374/91, Padova, 2000, 337 ed E. SILVESTRI, in *Le riforme della giustizia civile*, Torino, 2000, in part. 493 (a cura di M. TARUFFO). In giurisprudenza, si veda Cass., Sez. lav., 15 gennaio 1997, n. 355, in *Foro it., Mass.*, 1997, nonché Cass., Sez. III, 30 ottobre 1998 n. 10896, *ivi*, 1998, in ipotesi di cassazione della sentenza affetta da vizio di omessa pronuncia, e di conseguente rinvio al giudice della fase nella quale l'omissione si era verificata, e Cass., Sez. III, 26 febbraio 1998 n. 2123, in *Giur. it.*, 1999, 16, in ipotesi di cassazione della sentenza d'appello che erroneamente aveva ritenuto l'inammissibilità del relativo gravame. È interessante notare che, a fronte dello specifico vizio processuale da ultimo citato - che di fatto aveva impedito al giudice dell'appello di pronunciarsi sul merito della controversia - la Suprema Corte esclude di poter procedere alla decisione sostitutiva ex art. 384 Cod. proc. civ., non solo in virtù dell'interpretazione di tale norma, come avente ad oggetto le sole di ipotesi di *errores in iudicando* di natura sostanziale, ma anche in forza della considerazione che, aderendo alla tesi contraria, si sarebbe impropriamente sottratta alle parti del giudizio la disponibilità di un grado di giurisdizione. In proposito, la Cassazione rilevò in particolare che "lo scopo avuto di mira dal legislatore, con il nuovo art. 384, 1° comma, c.p.c., non è tanto quello di realizzare - al massimo - il principio dell'economia dei giudizi, al fine di pervenire, nel più breve tempo possibile, alla definizione della controversia - quanto quello di evitare, su una certa questione, alternativamente un terzo, o un secondo giudizio di merito (a seconda che sia impugnata una sentenza pronunciata in grado d'appello, o in unico grado). Ne deriva - pertanto - che ove, per qualsiasi motivo, sia mancato il "secondo" o il "primo" giudizio di merito, la Suprema Corte non può sostituirsi al giudice del fatto, pronunciando nel merito della vertenza, e così privando - in pratica - le parti di un grado di giudizio".

¹⁸ Cfr. Cass., Sez. II, 24 giugno 1996

n. 5827, in *Foro it.*, *Mass.*, 1996, che ha deciso in via sostitutiva la relativa controversia, sulla base di una retta applicazione dell'art. 239, comma 2, Cod. proc. civ., in materia di giuramento decisorio; Cass., Sez. III, 12 giugno 1999 n. 5820, in *CED Cassazione*, che ha rigettato in rito la domanda, per nullità della procura rilasciata al difensore del grado d'appello; Cass., Sez. III, 27 agosto 1999 n. 8999, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1083 (con nota adesiva di F. CAPPELLA, *Decisione della causa nel merito da parte della Corte di cassazione*), che ha rigettato in via sostitutiva un ricorso avverso una sanzione amministrativa, cassando la sentenza che erroneamente aveva escluso la tardività della relativa opposizione; Cass., Sez. I, 7 giugno 2000 n. 7704, *ivi*, 2001, I, 213, che ha revocato in via sostitutiva una sentenza dichiarativa di fallimento, per illegittimità di notifica dell'avviso di convocazione del fallito in camera di consiglio; Cass., Sez. lav., 30 luglio 2001 n. 10372, in *Foro it.*, *Mass.*, 2001, che ha pronunciato nel merito, in esito alla cassazione di una sentenza per violazione delle norme processuali (attributive di poteri discrezionali), che impongono al giudice di merito di richiedere alle parti gli opportuni chiarimenti, ai fini della corretta individuazione della domanda. Nello stesso senso si veda inoltre Cass., Sez. III, 30 luglio 1997 n. 7108, in *Giur. it.*, 1998, 1829, che - decidendo la controversia in via sostitutiva, a fronte di un vizio processuale della sentenza impugnata (nella specie, l'erroneo convincimento che la fattispecie in esame richiedesse obbligatoriamente un previo tentativo di conciliazione), che aveva impedito al giudice d'appello di esaminare in alcun modo il merito della controversia - superò ogni preoccupazione in ordine ad una pretesa violazione dei rituali gradi di giudizio (a differenza della successiva Cass. 26 febbraio 1998 n. 2123, di cui alla nota precedente). Una considerazione a parte merita infine Cass., Sez. III, 6 febbraio 1997 n. 1130, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 1310, con nota di T. SALMONI; tale sentenza ha sostenuto *ex professo* l'applicabilità del novellato art. 384 Cod. proc. civ. anche in ipotesi di accoglimento del ricorso

per *errores (iuris) in procedendo*; nel caso di specie tuttavia, la norma in applicazione della quale venne decisa sostitutivamente la controversia, pur rivestendo carattere apparentemente processuale (si trattava dell'art. 7, legge 20 novembre 1982 n. 890, in materia di notificazioni a mezzo posta), rilevava nel giudizio *de quo* quale *error in iudicando*, più che alla stregua di *error in procedendo* ex art. 360, n. 4. Nel caso di specie, infatti, nell'ambito di un giudizio per convalida di sequestro, si discuteva della corretta applicazione della norma citata, in sede di instaurazione del procedimento speciale oggetto di convalida, e non invece in sede di instaurazione di quest'ultimo giudizio, allora in corso di svolgimento; pertanto, il vizio in oggetto avrebbe potuto verosimilmente essere ricompreso nel campo di applicazione dell'art. 384 Cod. proc. civ., anche sulla base della sua interpretazione più restrittiva. Per l'interpretazione restrittiva del requisito in oggetto, nel senso indicato nel testo, si veda in dottrina V. DENTI, *op. cit.*, 3, A. FINOCCHIARO, *op. cit.*, 6, C. CONSOLO, *op. cit.*, 357, G. TARZIA, *op. loco ult. cit.* e R. VACCARELLA, *op. loco ult. cit.*, nonché, più di recente, E. CAPUTO, *op. cit.*, 338, ed E. SILVESTRI, *op. cit.*, 494.

²⁰ Cfr., Cass., Sez. lav., 2 agosto 1996 n. 6983, in *Notiziario giurisprudenza lav.*, 1997, 32, a tenore della quale "La Corte non ha il potere di decidere direttamente nel merito, ai sensi dell'art. 384 c.p.c., allorché, pur risultando acquisiti gli elementi di fatto (nella specie, la contrattazione collettiva applicabile al rapporto), sia necessario procedere a nuove valutazioni ed interpretazioni delle relative norme, involgendo tale compito indagini di fatto, precluse al giudice di legittimità", nonché la citata Cass., Sez. lav., 4 maggio 1996 n. 4140 (anch'essa avente ad oggetto una "valutazione di fatto", preclusa alla decisione sostitutiva della Cassazione, consistente nell'interpretazione di un contratto collettivo); con espressioni analoghe, Cass., Sez. lav., 24 novembre 1995 n. 12145, in *Foro it.*, *Mass.*, 1995, ha affermato che "La decisione della

causa nel merito da parte della corte di Cassazione ... presuppone che la pronuncia di merito derivi ineluttabilmente dalla commisurazione della questione controversa al principio di diritto stabilito dalla stessa Corte" (e in applicazione di siffatto principio - nell'ambito di una decisione di condanna al pagamento di una somma di denaro - ha sostituito alla condanna accessoria per la maggior somma, tra rivalutazione monetaria e gli interessi, una pronuncia cumulativamente comprensiva di entrambi gli importi, sulla base di un diverso calcolo aritmetico). Cass., Sez. III, 13 febbraio 1998 n. 1550, in *Giur. it.*, 1998, 2263 ha escluso invece la decisione sostitutiva di merito ex art. 384 Cod. proc. civ., e disposto la cassazione con rinvio, sull'assunto che la valutazione equitativa di un danno ex art. 1226 Cod. civ. costituisce un giudizio di fatto, dalla componente per definizione fortemente valutativa, che, come tale, "spetta per definizione al giudice di merito".

²¹ Cass., Sez. lav., 19 ottobre 1995 n. 10869, in *Foro it.*, *Mass.*, 1995, a fronte di un evento dannoso occorso nello svolgimento di una prestazione lavorativa, ha statuito in via sostitutiva in ordine alla non riconducibilità dello stesso alla sfera del rischio, coperto dalla relativa prestazione assicurativa; Cass., Sez. lav., 25 luglio 1996 n. 6697, *ivi*, 1996 e Cass., Sez. lav., 16 febbraio 1998 n. 1619, *ivi*, 1998 hanno effettuato in via sostitutiva la valutazione avente ad oggetto la non manifesta infondatezza o temerarietà di una lite ex art. 96 Cod. proc. civ. e 152 disp. att.; Cass., Sez. III, 6 novembre 1996 n. 9646 e 2 dicembre 1996 n. 10709, entrambe in *Foro it.*, 1997, I, 2160 e segg., hanno statuito in via sostitutiva, in ordine alla specificità della motivazione, relativa all'atto di disdetta di un contratto di locazione; Cass., Sez. I, 25 gennaio 1997 n. 781, in *Riv. arbitrato*, 1996, 529, con nota di M. BOVE, Cass., Sez. I, 11 febbraio 1998 n. 1413, in *Foro it.*, 1998, I, 740, e Cass., Sez. lav., 26 luglio 2001 n. 10265, in *Foro it.*, *Mass.*, 2001 hanno cassato senza rinvio, decidendo sostitutivamente la controversia, a fronte di giudizi di fatto aventi ad oggetto l'interpretazione di testi

contrattuali (nei primi due casi, in particolare, si trattava di statuire in ordine alla sussistenza di una valida ed efficace clausola compromissoria, ai fini della dichiarazione di nullità del lodo arbitrale; nel terzo caso si trattava dell'interpretazione di un contratto collettivo; ricordiamo che, proprio in fattispecie di quest'ultimo tipo, le citate Cass. 2 agosto 1996 n. 6983 e Cass. 4 maggio 1996 n. 4140, di cui alla nota precedente, avevano escluso di poter procedere alla decisione sostitutiva, ritenendo la relativa valutazione probatoria sottratta ai propri compiti istituzionali, anche in sede di applicazione del novellato art. 384, comma 1, c.p.c.); Cass., Sez. I, 6 dicembre 1996 n. 10893, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 1323 ha accolto l'opposizione avverso un'ordinanza-ingiunzione, desumendo dalle circostanze ricostruite dal giudice del pregresso grado di giudizio la sussistenza, nel caso di specie, dell'esimente della buona fede di cui all'art. 3, comma 1, L. n. 689/81; Cass., Sez. II, 20 ottobre 1997 n. 10250, in *Foro it.*, 1998, I, 69, decidendo una controversia in via sostitutiva, ha operato la qualificazione di una condotta proprietaria in termini di emulatività ex art. 833 Cod. civ.; Cass., Sez. lav., 18 gennaio 1999 n. 434, in *Foro it.*, 1999, I, 1891, con nota di M. DE CRISTOFARO, *Sindacato di legittimità sull'applicazione dei "concetti giuridici indeterminati" e decisione immediata della causa nel merito*, *ivi*, 1999, I, 1912, ha pronunciato in via sostitutiva sulla sussistenza, in una data fattispecie, della giusta causa di licenziamento; Cass., Sez. lav., 28 luglio 2000 n. 9957, in *CED Cassazione*, ha pronunciato in via sostitutiva sulla corrispondenza tra mansioni assegnate e mansioni contrattualmente pattuite; Cass., Sez. lav., 30 luglio 2001 n. 10372 cit., cassata la sentenza che aveva erroneamente individuato gli estremi della domanda, ha deciso la controversia in via sostitutiva, prendendo visione del relativo ricorso introduttivo, e interpretando la domanda genericamente formulata con riferimento ad una indennità, come riferibile ad un titolo di indennità più ampio di quello

ritenuto nel giudizio pregresso.

²² Sull'ammissibilità del ricorso per cassazione avverso tali sentenze, in particolar modo per violazione dei principi generali regolatori della materia, si veda C. ASPRELLA, *L'equità del conciliatore tra principi regolatori e ricorribilità in cassazione: nihil novi sub sole* (nota a Cass., Sez. III, 18 maggio 1999 n. 4806), in *Giust. civ.*, 1999, I, 2646, ed *ivi* l'ampia dottrina richiamata.

²³ Cfr. Cass., Sez. II, 10 maggio 1996 n. 4392, in *Arch. locazioni*, 1996, 720 e Cass., Sez. I, 13 febbraio 1997 n. 1340, in *Foro it.*, 1997, I, 1086.

²⁴ Si veda da ultimo Cass. 25 febbraio 2000 n. 2148, in *Foro it.*, *Mass.*, 2000, nonché, ancor più espressamente, Cass., Sez. III, 14 aprile 1989 n. 1801, *ivi*, 1989.

²⁵ Così espressamente Cass., Sez. I, 16 marzo 1996 n. 2238, in *Foro it.*, *Mass.* 1998. Preoccupazioni analoghe a quelle fatte proprie da tale pronuncia, possono rinvenirsi in F. MAZZARELLA - G. TESORIERE, *Guida breve al processo civile riformato, aggiornata fino al d.l. 24 maggio 1999 n. 145*, Padova, 2000, in part. 224, ove si rileva che "per pronunciarsi sulla necessità o no di ulteriori accertamenti di fatto, la Corte deve compiere un'analisi, e quindi un giudizio, sul fatto, trasformandosi, sotto questo profilo, in un giudice di terza istanza", e dove si osserva che per converso, a seguito della riforma, ogni volta che venga disposta la cassazione con rinvio, la posizione del giudice di rinvio dovrebbe risultare vincolata a quanto statuito dalla Cassazione, in ordine alla positiva necessità di procedere ad ulteriori assunzioni e/o valutazioni probatorie.

²⁶ Così Cass. Sez. lav., 19 febbraio 1997 n. 1526, in *Giur. it.*, 1998, 1396, con nota di D. SPIAZZI, e in *Corr. giur.*, 1997, 670 e segg., con nota di L. F. DI NANNI, *Il giudizio di merito in Cassazione*. Nel caso di specie, la Suprema Corte ritenne che gli accertamenti di fatto astrattamente necessari per decidere la controversia sarebbero stati di fatto preclusi, nel successivo giudizio di rinvio, in quanto si verteva in un giudizio di opposizione avverso sanzione amministrativa, nel quale (per consolidato orientamento giurisprudenziale: cfr. Cass., S. U., 19 aprile 1990 n. 3271, in *Foro it.*,

1990, I, 1510, con nota di C. M. BARONE) non è consentito all'Amministrazione opposta dedurre, in sede giudiziale, nuovi elementi o allegazioni di fatto a sostegno della propria pretesa sanzionatoria, ad integrazione di quanto dedotto in motivazione del provvedimento impugnato. Pertanto, tale sentenza - pur ribadendo i principi generali, a tenore dei quali la decisione di cassazione sostitutiva risulta possibile solo laddove, "dopo l'enunciazione del principio di diritto, la controversia debba essere decisa in base ai medesimi apprezzamenti di fatto che costituivano il presupposto del giudizio di diritto errato", e non anche "nei casi in cui l'intervento caducatorio apra la via ad una pronuncia su questioni non esaminate nella pregressa fase di merito" - ritenne che un giudizio di opposizione avverso sanzione amministrativa risulta "in un certo senso intermedio tra le due ipotesi ora esaminate, poiché in esso non tutti gli accertamenti necessari sono stati effettuati e tuttavia nessuna indagine ulteriore è possibile". Per un'applicazione di tale principio, si veda Cass., Sez. lav., 8 aprile 1998 n. 3614, in *Mass.*, 1998, che ha rigettato una richiesta di indennizzo per infortunio lavorativo, sull'assunto che il ricorrente non aveva indicato, nell'atto introduttivo del giudizio di primo grado, i mezzi atti a provare lo specifico rischio assicurato, incorrendo in una decadenza non sanabile in alcuna delle successive fasi del giudizio (*ivi* inclusa l'eventuale fase di rinvio).

²⁷ Cfr. Cass., Sez. lav., 25 marzo 1996 n. 2629, in *Foro it.*, 1996, I, 3742, con la citata nota di R. CAPONI, *Le prime pronunce sulla Cassazione sostitutiva per motivi di merito*, che ha cassato con rinvio - con esclusione della pronuncia sostitutiva - la sentenza di rigetto di una domanda diretta all'integrazione di un trattamento previdenziale, sull'assunto che la stessa aveva ommesso di pronunciarsi, per assorbimento, sulla domanda subordinata dell'ente erogante, diretta all'esclusione del cumulo tra rivalutazione monetaria ed interessi; Cass., Sez. III, 13 febbraio 1998 n. 1550, in *Giur. it.*, 1998, 2263, che, cassata la

sentenza d'appello che aveva rigettato *in toto* una domanda di risarcimento del danno, omettendo di esaminare la questione relativa alla sua quantificazione, ha disposto il rinvio per l'esame di tale ulteriore questione; Cass., S. U., 9 settembre 1998 n. 8917, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1692, che, disposta la cassazione della sentenza che erroneamente aveva ritenuto l'applicabilità ai dipendenti di un ente pubblico privatizzato - nelle more della stipulazione di un contratto collettivo - del meccanismo di promozione automatica alle mansioni superiori di cui all'art. 2103 Cod. civ., ha escluso di potersi pronunciare in via sostitutiva sulla domanda subordinata, non esaminata nel pregresso grado di giudizio, relativa alla sussistenza di un utile periodo di svolgimento delle mansioni, successivo alla suddetta stipulazione; si veda infine Cass., Sez. III, 2 giugno 2000 n. 7367, in *Foro it., Mass.*, 2000, che cassata la sentenza di primo grado - la quale erroneamente aveva disposto l'annullamento di un provvedimento impositivo di sanzione amministrativa, perché emesso da autorità asseritamente incompetente - ha escluso di potersi pronunciare sul merito della controversia, in quanto tale pronuncia avrebbe comportato l'esame delle ulteriori questioni poste a base dell'impugnativa, non esaminate dalla sentenza cassata.

²⁸ Per l'opinione negativa si veda espressamente Cass. 26 febbraio 1998 n. 2123, nonché Cass. 30 ottobre 1998 n. 10896 (citata alla nota n. 17); per quella positiva, si veda invece l'implicita affermazione di Cass. 30 luglio 1997 n. 7108 (citata alla nota n. 18).

²⁹ Cfr. *supra*, *sub* nota 27.

³⁰ Cfr. M. DE CRISTOFARO, *La Cassazione sostitutiva nel merito. Prospettive applicative*, cit., in particolare 282 e segg., ove - con il supporto di un'ampia casistica giurisprudenziale (non tutta, però, attinente a pronunce espressive principi di diritto in ordine all'art. 384 Cod. proc. civ., ma più spesso relativa a concrete applicazioni della norma in oggetto) - si afferma che, in presenza di questioni assorbite dalla sentenza

cassata, gli unici ostacoli ad una pronuncia di merito della Cassazione vengono dalla sua inidoneità ad effettuare i necessari accertamenti probatori, con la conseguenza che il potere decisorio in oggetto potrebbe essere eccezionalmente utilizzato laddove le questioni assorbite involgano esclusivamente profili di diritto. In ciò le questioni assorbite differirebbero dalle questioni o domande sulle quali il resistente possa vantare un'effettiva soccombenza, ancorché solo teorica o virtuale, in ordine alle quali sussiste un vero e proprio onere di proposizione del ricorso incidentale condizionato, non solo per il radicamento del potere rescindente della Cassazione e dell'eventuale potere rescissorio del giudice di rinvio, ma anche ai fini dell'eventuale statuizione sostitutiva della Cassazione. In tale contesto, inoltre, si sostiene più in generale la valorizzabilità, ai fini della pronuncia di cassazione sostitutiva *ex art.* 384 Cod. proc. civ., degli accertamenti contenuti nella sentenza di primo grado, sempre che tali accertamenti non siano stati oggetto di contestazione in appello, ovvero le relative censure siano state ivi respinte, senza essere riproposte in Cassazione, con la conseguenza che sugli stessi sia calato il c.d. giudicato interno (e non invece laddove gli accertamenti in oggetto siano stati contestati in sede di gravame, ma le relative censure siano state accolte, ovvero dichiarate assorbite, poiché in tali casi deve ritenersi che i suddetti accertamenti siano stati "superati" dalla sentenza d'appello). Questioni analoghe a quelle poste dalla presenza di questioni assorbite, vengono infine esaminate nel contributo citato, con riferimento ai casi di articolazione complessa della controversia (per la presenza di un cumulo di domande, poste in rapporto di reciproca subordinazione) ovvero del gravame (strutturato su una pluralità di motivi di ricorso o di iniziative impugnatorie); anche in questi casi, come criterio guida sembra proporsi quello della generale ammissibilità della pronuncia di cassazione sostitutiva, salvi gli intrinseci

limiti istruttori e cognitivi del giudizio di cassazione. Una considerazione a parte viene infine dedicata agli accertamenti, compiuti in alcuno dei pregressi gradi di giudizio, ma solo a livello di *obiter dictum* (in quanto attinenti a questioni diverse da quelle poste a base della decisione, quali fatti costitutivi, modificativi o estintivi dell'assetto di interessi fornito alla controversia); di tali accertamenti viene negata la valorizzabilità ai fini della decisione di cassazione sostitutiva (salvi i casi in cui essi risultino accertati sulla base di prove legali o di presunzioni assolute, ovvero possano considerarsi pacifici, in quanto esplicitamente o implicitamente ammessi dalla controparte). Sullo specifico punto da ultimo considerato, sebbene non sia dato riscontrare alcuna affermazione di principio della Suprema Corte, può rinvenirsi almeno un precedente, nel quale l'indicazione fornita in sede dottrinarica sembra essere stata concretamente disattesa: si tratta di Cass., Sez. III, 17 giugno 1995 n. 6910 (in *Giur. it.*, I, 1, 186, con nota di L. DE GREGORIO), relativa ad una fattispecie nella quale - cassata la sentenza d'appello che erroneamente aveva ritenuto ininfluenza, ai fini della successione in un contratto di locazione, la circostanza che due soggetti fossero stabilmente conviventi - si procedette alla decisione sostitutiva della controversia, sull'assunto che la sentenza cassata aveva comunemente dato espressamente per accertato il fatto della suddetta convivenza.

³¹ In particolare, l'art. 385 Cod. proc. civ. statuisce che la Corte di cassazione debba obbligatoriamente pronunciarsi sulle spese in caso di rigetto del ricorso (condannando il ricorrente, con esclusione di ogni ipotesi di compensazione), mentre in caso di cassazione senza rinvio "provvede sulle spese di tutti i precedenti gradi di giudizio, liquidandole essa stessa o rimettendone la liquidazione al giudice che ha pronunciato la sentenza cassata", e in caso di cassazione con rinvio "può provvedere sulle spese del giudizio di cassazione o rimetterne la pronuncia al giudice di rinvio".

³² Così Cass., Sez. I, 28 febbraio 1996

n. 1570, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 1477, in una fattispecie di omessa pronuncia sulle spese (costituente peraltro violazione espressa dell'art. 669-*septies* Cod. proc. civ.), in sede di diniego di provvedimento cautelare *ante causam*. A tale pronuncia può essere accostata quella di Cass., Sez. lav., 9 aprile 1998 n. 3685, in *Foro it.*, *Mass.*, 1998, a tenore della quale - anche nelle ipotesi di cassazione della pronuncia principale (nelle quali pacificamente dovrebbe essere consentita la pronuncia della Cassazione sul capo accessorio attinente alle spese, ai sensi del citato art. 385 Cod. proc. civ.) - deve essere esclusa, pur in presenza dei requisiti di cui al novellato art. 384, la decisione sostitutiva della stessa controversia principale laddove *"nel giudizio d'appello più parti fossero state assistite da un unico difensore, con liquidazione unitaria degli onorari in suo favore"*, ed a seguito della pronuncia rescindente della Cassazione *"una o alcuna delle suddette parti rimanga soccombente, diversamente da quanto stabilito dalla sentenza cassata"*; ciò in quanto *"nel caso di assistenza e difesa di più parti, la liquidazione degli onorari in favore del difensore di dette parti importa l'esercizio di un potere discrezionale - attribuito al giudice di merito e non consentito in sede di legittimità - sia in relazione alla valutazione della singola posizione processuale, sia in relazione a possibili aumenti della parcella dipendenti dal numero delle parti assistite"*.

³³ Cfr. Cass., Sez. II, 19 aprile 1997 n. 3396, in *Foro it.*, *Mass.*, 1996, in una fattispecie di erronea quantificazione delle spese, in relazione ad un suo presupposto da ritenersi vincolato (nella specie, erronea esclusione della condanna - in favore dell'erede che sia succeduto nel rapporto processuale - anche per le spese sostenute dal difensore della parte deceduta, anteriormente alla interruzione del giudizio); in tale occasione, la decisione sostituiva della Corte sul capo delle spese venne effettuata in via di recezione degli importi risultanti dalla nota spese, prodotta agli atti di causa. Si vedano inoltre Cass., Sez. lav., 29 novembre 1995 n.

12373, in *Foro it.*, *Mass.*, 1995, Cass., Sez. lav., 28 dicembre 1998 n. 12856, *ivi*, 1998 e Cass., Sez. III, 23 marzo 2001 n. 4229, *ivi*, 2001 (le prime due relative a fattispecie di omessa motivazione, in ordine al criterio di liquidazione adottato nella riduzione della nota spese, e la terza relativa ad una fattispecie di omessa pronuncia, con la conseguenza che - in tutti e tre i casi - la questione relativa all'ammissibilità della pronuncia sostitutiva della Cassazione sulle spese, avrebbe potuto astrattamente essere imposta sulla base dell'interrogativo, dianzi esaminato, se l'art. 384, comma 1, Cod. proc. civ. copra anche le ipotesi di accoglimento del ricorso per motivi diversi da quello di cui all'art. 360, n. 3). A testimonianza dell'orientamento della Cassazione, poco propenso a limitare l'ambito del proprio potere di decisione sostitutiva in materia di spese, in ragione di una presunta natura "discrezionale" dei poteri cognitivi e decisorii coinvolti da tali pronunce, possono rammentarsi le pronunce sostitutive ex art. 384 Cod. proc. civ. in materia di responsabilità aggravata per lite temeraria (citate alla precedente nota n. 21). Tale atteggiamento, d'altro canto, può almeno parzialmente essere imputato ad una prospettiva di interpretazione estensiva ed analogica della naturale competenza "funzionale" in materia di spese, attribuita alla Cassazione dall'art. 385 Cod. proc. civ., per le ipotesi in cui questa sia chiamata a pronunciarsi (anche) sulla controversia principale. In proposito, si veda l'affermazione di cui alla citata Cass. 23 marzo 2001 n. 4229, a tenore della quale *"poiché la Suprema Corte, quando cassa senza rinvio, può liquidare le spese dei precedenti gradi di giudizio, così è da ritenere possa provvedere, pur se la controversia è definita nel merito, qualora il giudice d'appello non si sia pronunciato sulle spese della sentenza riformata"*.

³⁴ Così espressamente Cass., Sez. lav., 5 novembre 1996 n. 9614, in *Foro it.*, *Mass.*, 1996.

³⁵ Cfr. Cass., Sez. lav., 27 luglio 1996 n. 6784, in *Giust. civ.*, 1997, I, 428 (la quale peraltro ha avuto cura di precisare che le *"domande conseguenti alla cassazione"*

vanno proposte al giudice di primo grado, ove aventi ad oggetto la restituzione o la riduzione in pristino di quanto prestatato in esecuzione della sentenza da quest'ultimo pronunciata).

PIERO SANDULLI

I METODI DI RISOLUZIONE ALTERNATIVA ALLE CONTROVERSIE TRA SOCIETÀ E SOCI LAVORATORI DELLE MEDESIME

I. Analisi della normativa.

La legge numero 142 del 3 aprile 2001, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 94 del 23 aprile 2001, ha rivisitato la legislazione in materia cooperativa ed in particolare si è posta l'obiettivo di razionalizzare la figura del socio lavoratore, non solo sotto il profilo della qualificazione dello stesso, ma anche in relazione alla tutela che deve essere assegnata a detto lavoratore in considerazione dei rapporti di lavoro posti in essere nei confronti della società cooperativa, di cui ad un tempo, è socio e dipendente.

In passato, in merito alla figura del socio lavoratore, la dottrina e la giurisprudenza avevano, a lungo, avuto modo di disquisire, ma la soluzione del problema doveva necessariamente essere affidata ad una legge che potesse regolare, senza tema di ripensamento, l'intera materia.

La legge in esame individua esattamente (art. 1) la figura del socio lavoratore e le attribuzioni ad esso assegnate. Precisa il secondo comma dell'articolo, uno che i soci lavoratori di cooperativa: concorrono alla gestione dell'impresa partecipando alla formazione degli organi sociali ed alla definizione della struttura di direzione ed alla conduzione dell'impresa medesima (art. 1, comma 2, punto a); partecipano alla elaborazione di programmi di sviluppo ed alle decisioni concernenti le scelte strategiche, nonché alla realizzazione dei processi produttivi dell'azienda (art. 1, comma 2, punto b); contribuiscono alla formazione del capitale sociale e partecipano al rischio di impresa, ai risultati economici e alle decisioni sulla loro destinazione (art. 1, comma 2, punto c); mettono a disposizione le proprie capacità professionali, anche in relazione al tipo ed allo stato dell'attività svolta, nonché alla quantità delle prestazioni di lavoro disponibili per la cooperativa stessa (art. 1, comma 2, punto d).

Così chiarita la figura e la funzione del socio lavoratore che, quindi, non ha solo le caratteristiche della subordinazione, ma anche quelle dell'autonomia, il legislatore con la legge n. 142 del 2001 si preoccupa di individuare i diritti individuali e collettivi che competono al socio lavoratore precisando (art. 2) che allo stesso si applica il dettato della legge del 20 maggio 1970, n. 300 (il c.d. statuto dei lavoratori) con l'esclusione del procedimento previsto dall'articolo 18 di detta legge, ogni qualvolta venga a cessare insieme al rapporto di lavoro anche il rapporto associativo. Chiarisce, inoltre, l'articolo 2 della legge n. 142/2001 che trovano applicazione, in relazione alla tutela del socio lavoratore, tutte le disposizioni vigenti in materia di sicurezza e di igiene del lavoro ivi comprese quelle previste dal decreto legislativo n. 626 del 1994. Inoltre, con il dettato dell'art. 3 della legge in esame il legislatore si preoccupa di chiarire i criteri in base ai quali deve essere calcolato il trattamento economico del socio lavoratore. Ribadisce, infatti, la norma che al socio lavoratore le società coo-

perative sono chiamate a corrispondere un trattamento economico complessivo proporzionato alla quantità ed alla qualità del lavoro prestato e, comunque, non inferiore ai minimi previsti per prestazioni lavorative analoghe in base a quanto determinato dalla contrattazione collettiva nazionale del settore o della categoria affine, ovvero in base a quanto previsto per i rapporti di lavoro diversi da quello subordinato, in assenza di contratti o accordi collettivi specifici oppure, avendo riferimento ai compensi medi in uso per prestazioni analoghe rese in forma di lavoro autonomo. Il secondo comma dell'articolo 3 chiarisce che i trattamenti economici "migliorativi" possono essere deliberati dall'assemblea dei soci e possono essere erogati a titolo di maggiorazione retributiva, ovvero in sede di approvazione del bilancio di esercizio, a titolo di ristorno, ed in questo secondo caso in misura non superiore al 30% dei trattamenti retributivi complessivi.

L'articolo 4 della legge n. 142/2001 individua le disposizioni in materia previdenziale chiarendo che "ai fini della contribuzione previdenziale ed assicurativa si fa riferimento alle normative vigenti previste per le diverse tipologie di rapporti di lavoro adottabili dal regolamento delle società cooperative" (così come previsto dal successivo articolo 6). Il secondo comma dell'articolo 4 chiarisce, inoltre, che i trattamenti economici dei soci lavoratori, con i quali si è instaurato il rapporto di tipo subordinato sono considerati agli effetti previdenziali reddito da lavoro dipendente, sfuggono a tale presunzione le cifre assegnate ai soci a titolo di ristorno, in base a quanto previsto dall'articolo 3, comma 2, lettera b della legge in parola. In sostanza, sotto il profilo previdenziale, la normativa in esame determina la piena equiparazione della contribuzione previdenziale ed assistenziale dei soci lavoratori di cooperativa a quella dei lavoratori dipendenti di impresa, e ciò, anche, in base al dettato di uno o più decreti legislativi che il Governo, sentite le parti sociali interessate, è chiamato ad emanare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge n. 142 del 2001.

Anche sotto il profilo della tutela assegnata al socio lavoratore l'orientamento del legislatore del 2001 è quello di parificare, in tutto e per tutto, il socio lavoratore di cooperative al lavoratore dipendente, ciò emerge chiaramente dalla lettura del primo e del secondo comma dell'articolo 5 in base ai quali trovano applicazione, per il socio lavoratore di cooperativa, tanto il dettato dell'articolo 2751 bis del codice civile, quanto - sotto il profilo più squisitamente processuale - le disposizioni contenute nel secondo libro del codice di procedura civile, a partire dall'articolo 409.

Chiarisce, inoltre, il secondo comma dell'articolo 5 che al socio lavoratore, nelle controversie promosse nei confronti delle cooperative per le quali esplicano l'attività lavorativa "si applicano le procedure di conciliazione ed arbitrato irrituale, previste dai decreti legislativi del 31 marzo 1998, n. 80 e 29 ottobre 1998 n. 387". Dall'ultima parte del secondo comma dell'articolo in esame viene, però, precisato che "restano di competenza del giudice civile ordinario le controversie tra soci e cooperative inerenti al rapporto associativo".

In base a tale distinzione emerge chiaramente come, per ciò che concerne i rapporti di lavoro subordinato, il socio lavoratore riceva la propria tutela dal giudice del lavoro, ed il giudizio deve essere necessariamente preceduto dal tentativo obbligatorio di conciliazione, previsto dagli articoli 69 e 69 bis, del decreto legislativo n. 29 del 1993, come novellati e modificati dall'articolo 31 del decreto legislativo n. 80 del 1998, oggi articoli 65 e 66 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165, mentre quando viene richiesta tutela in relazione al rapporto associativo la stessa viene assegnata dall'autorità giudiziaria, secondo le fattispecie processuali proprie del processo civile regolato dal rito ordinario.

2. Il sistema della tutela

In virtù di quanto disposto dal secondo comma dell'articolo 5 della legge n. 142/2001, al socio lavoratore, nelle controversie con la cooperativa sua datrice di lavoro, relative alla prestazione di lavoro subordinata, si applica il rito del lavoro, compresa l'ipotesi di filtro, costruita come condizione di perseguibilità dell'azione, derivante dalla conciliazione pre-processuale obbligatoria. Nella logica di equiparazione che il legislatore ha voluto seguire tra socio lavoratore e lavoratore dipendente (logica individuata nel precedente paragrafo di questo studio), sorprende che il procedimento di conciliazione che il legislatore ha voluto fosse attuato, prima di procedere al giudizio, secondo lo schema del rito del lavoro, sia quello dettato per i pubblici dipendenti e non quello, previsto dal codice di rito (articoli 410, 410 bis, 411, 412 e 412 bis) nelle controversie relative ai rapporti di lavoro subordinato nell'ambito dell'impiego privato.

Invero, come la dottrina ha avuto, in più circostanze, modo di rilevare e come segnalato dalla stessa Corte Costituzionale, con la sentenza n. 276 del 13 luglio 2000 (in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 2000, p. 1098 e ss.), il procedimento conciliativo, previsto per il pubblico impiego appare in se assai diverso dal procedimento conciliativo teorizzato, invece, nel codice di procedura civile per ciò che concerne l'impiego privato, ciò sia sotto il profilo della maggiore complessità del procedimento, che sotto il profilo delle possibili incidenze del verbale di mancata conciliazione, rispetto al successivo giudizio di merito. È ipotizzabile che il legislatore del 2001 abbia voluto fare riferimento al procedimento conciliativo dettato per il pubblico impiego per due ordini di ragioni, il primo derivante dalla circostanza che tale procedura, anche se maggiormente complessa, ha ottenuto risultati migliori, sia per la maggiore autorevolezza del collegio di conciliazione, scelto per due terzi dalle parti (come vedremo meglio in seguito), sia per la più cogente efficacia del verbale di mancata conciliazione sul successivo giudizio di merito; il secondo evidentemente derivante dal recepimento dell'invito all'unificazione delle procedure conciliative emergente, sia pure implicitamente, dalla già citata sentenza n. 276 del 2000 della Corte Costituzionale.

In relazione al "valore" della conciliazione, quale ipotesi di filtro al processo del lavoro, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 276/2000, ha avuto modo di esprimersi individuando una valenza di "natura sociale" alla conciliazione delle liti. Chiarisce, infatti, la Corte Costituzionale che l'imposizione di oneri (quali i filtri conciliativi alla proposizione dell'azione giudiziaria) finalizzati a salvaguardare interessi generali, come il sovraccarico degli uffici giudiziari, ed a favorire la composizione preventiva delle liti, attraverso una promozione della "cultura della pacificazione" ed evitando così la proliferazione delle stesse, deve essere considerata legittima, anche perché la conciliazione, non preclude, in caso di mancato esito positivo, la possibilità di adire il giudice ordinario.

La considerazione, effettuata dal Giudice della legittimità delle leggi, del valore "pubblico" della conciliazione, in ottica deflattiva, è particolarmente rilevante in quanto, oltre a consentire la legittimità della "giurisdizione condizionata", consente di affermare come la funzione conciliativa possa rientrare tra quelle definite neutrali della pubblica amministrazione, cui poter assegnare un interesse pubblico.

Come già rilevato dalla stessa sentenza n. 276 della Corte Costituzionale e dalla dottrina che, in più circostanze, si è occupata del tema la giurisdizione condizionata da filtri di accesso all'azione non costituisce una novità nell'ambito del nostro ordinamento in precedenza le leggi n. 203 del 1982 (in materia di processo agrario) e 108 del 1990 (in tema di licenziamento individuale), avevano inserito il filtro della conciliazione obbligatoria, quale condizione di perseguibilità (rectius: ammissibilità) dell'azione. Con l'inserimento della conciliazione obbligatoria pre-processuale, nell'ambito del processo del lavoro, viene reso obbligatorio l'esperimento del tentativo di conciliazione per tutti i giudizi derivanti da liti

insorte in materia di rapporto di lavoro subordinato, sia nel pubblico, che nel privato impiego. Nello stesso alveo si colloca oggi la legge n. 142 del 2001 che parificando, agli effetti processuali, il socio lavoratore al lavoratore dipendente, necessariamente deve far precedere dalla conciliazione obbligatoria l'introduzione del giudizio.

3. L'instaurazione del procedimento di conciliazione

Come in precedenza ricordato, il tentativo di conciliazione in merito alle liti insorte tra socio lavoratore e società cooperativa, aventi ad oggetto la prestazione di lavoro, si svolge sulla base del dettato degli articoli 69 e 69 bis del decreto legislativo n. 29 del 1993, invero - come rilevato - detto procedimento conciliativo si differenzia da quello previsto nel codice di procedura civile (art. 410 e ss.) per quanto riguarda il privato impiego, ciò è immediatamente desumibile dalla stessa analisi dei termini di procedibilità dell'azione una volta promosso il tentativo di conciliazione, invero, mentre la procedura prevista dagli articoli 69 e 69 bis del decreto legislativo n. 29 del 1993 individua un termine di 90 giorni per dar corso all'azione, il dettato dell'articolo 410 c.p.c. determina, invece, in 60 giorni detto termine. Pertanto, avendo la legge 142/2001 fatto riferimento alla normativa prevista dal decreto legislativo n. 29 del 1993, oggi integrata dal decreto legislativo del 30 marzo 2001, n. 165 (in G. U. n. 112/L del 9 maggio 2001), anche per quanto riguarda il procedimento conciliativo relativo ai soci lavoratori, deve trovare applicazione non solo il procedimento conciliativo proprio del pubblico impiego, ma anche il termine di novanta giorni, per procedere alla proposizione dell'azione.

A tal fine appare importante l'individuazione della data di inizio della procedura integrante il tentativo di conciliazione, sia per quanto riguarda gli effetti interruttivi della prescrizione, che per ciò che concerne quelli sospensivi della decadenza, nonché per quanto concerne il decorso dei novanta giorni per la procedibilità dell'azione. Il momento iniziale di tale procedimento è stato individuato dalla dottrina e dalla giurisprudenza in quello della ricezione della richiesta, ad opera della controparte, dell'istanza integrante le doglianze in base alle quali è investita l'attività del collegio di conciliazione.

Nella fattispecie, in esame, la vertenza può essere azionata tanto dal socio lavoratore, che dalla cooperativa datrice di lavoro, pertanto sia l'uno che l'altra possono essere interessati alla proposizione del procedimento conciliativo. Invero, le modalità per portare a legale conoscenza la sussistenza della richiesta dell'esperimento della conciliazione sia l'ufficio preposto alla stessa, che la controparte sono: a) la consegna diretta; b) la spedizione a mezzo posta (con espressa previsione dell'avviso di ricevimento).

Per ciò che concerne le formalità collegate al procedimento conciliativo previsto per i soci lavoratori deve essere ricordato come il tentativo di conciliazione previsto, contiene, a differenza di quello generale previsto dall'articolo 410 e ss. c.p.c., alcune specificazioni sulla forma e sul contenuto della richiesta di conciliazione.

La richiesta, sottoscritta, deve precisare:

a) La qualifica del socio lavoratore ed il luogo di lavoro; b) il luogo dove gli vanno fatte le comunicazioni della procedura; c) l'esposizione sommaria dei fatti e delle ragioni poste a fondamento della pretesa; d) la nomina del proprio rappresentante nel collegio di conciliazione.

Sono requisiti di forma - contenuto della richiesta che hanno lo scopo di far vagliare alla controparte, la fondatezza, o no, della richiesta, ai fini dell'accoglimento di essa, totale o parziale, e di consentire all'ufficio di conciliazione (il collegio), di formulare una proposta per la bonaria definizione della controversia ex art. 69 bis, comma 5, D. lgs. 29/1993.

Invero, il legislatore impone al collegio di conciliazione quasi la stesura di un

“lodo” con evidenti rischi di incidenza di esso sul futuro, eventuale, processo contenzioso.

Del resto non poche preoccupazioni suscita la valutazione, concreta, dei requisiti della richiesta di conciliazione, che vanno valutati alla luce delle regole generali in materia di nullità (artt. 156 e seguenti del codice di rito) in quanto esse hanno rilievo in merito all'instaurazione del successivo giudizio.

Infatti, “la parte contro la quale è stata proposta la domanda in violazione dell'art. 410 del codice di procedura civile, con l'atto di riassunzione o con memoria depositata in cancelleria, almeno dieci giorni prima dell'udienza fissata, può modificare o integrare le proprie difese e proporre nuove eccezioni processuali e di merito, che non siano rilevabili d'ufficio” (art. 69, comma 3, D. Lgs. n. 29 del 1993).

Va, però, ricordato che non ogni difformità dell'atto integrante l'istanza di conciliazione, dal modello previsto comporterà l'invalidità, ma solo quelle difformità essenziali che non fanno raggiungere lo scopo (art. 121 c.p.c.) o che non si sanano con la costituzione della controparte.

I rilievi operati in merito ai requisiti dell'atto trovano identica applicazione per quanto concerne la sottoscrizione dell'istanza di conciliazione, la cui mancanza deve considerarsi sanata quando ha determinato il raggiungimento dello scopo stesso dell'atto.

In relazione alle nullità in cui può incorrere l'atto introduttivo della conciliazione è necessario chiedersi se esse siano in condizione di inficiare anche l'introduzione del successivo giudizio, trascorsi i novanta giorni dalla promozione del tentativo di conciliazione.

La risposta, a nostro avviso, è necessariamente positiva tutte le volte in cui l'atto non ha i requisiti minimi per il perseguimento dello scopo, non potendo, in questa ipotesi, farsi riferimento all'effetto sanante previsto dall'articolo 156, comma terzo, c.p.c.

La specificazione degli elementi di doglianza serve, inoltre, a verificare se l'oggetto della conciliazione è lo stesso del successivo giudizio. Per evitare contestazioni sulla diversità di esso è opportuna una attenta determinazione dell'oggetto della contesa, sin dalla richiesta di conciliazione.

4. Le osservazioni della società cooperativa

Entro trenta giorni dal ricevimento della richiesta (ma anche dopo, essendo il termine ordinatorio) la società cooperativa, qualora non accolga la pretesa del socio lavoratore, deposita presso l'ufficio le proprie osservazioni scritte.

L'accoglimento della pretesa del lavoratore può essere integrale o parziale, evidentemente l'accoglimento totale non necessita di ulteriore trattazione; mentre l'accoglimento parziale impone di proseguire la procedura conciliativa per quanto non accolto.

Le parti possono anche transigere, ex artt. 2113 e ss. c.c. parte o tutta la controversia indipendentemente dalla richiesta di conciliazione.

Il legislatore non chiarisce né i requisiti formali, né quelli sostanziali delle osservazioni scritte dell'amministrazione, previste dal quarto comma dell'art. 69 bis del decreto legge 29/93 (rectius: art. 32 del decreto legislativo 80/98); tuttavia lo scopo di esse è speculare a quello della istanza introduttiva della conciliazione, pertanto esse debbono contenere le ragioni della non accettazione della richiesta, al fine di consentire al collegio di conciliazione di predisporre la proposta per la bonaria definizione della lite.

Con le osservazioni scritte la cooperativa nomina il proprio rappresentante nel collegio di conciliazione.

5. Comparizione delle parti.

Nei dieci giorni successivi al deposito delle osservazioni, il presidente del collegio di conciliazione fissa la comparizione delle parti per esperire il tentativo di conciliazione.

Per la società cooperativa deve comparire un soggetto in grado di rappresentarla e munito del potere di conciliare la lite; anche in questa ipotesi i poteri debbono essere resi per iscritto.

Non è prevista attività istruttoria, ma la comparizione delle parti può far sorgere un vero contraddittorio tra di esse; alla luce di questo il collegio esperisce il tentativo di conciliazione, formulando un *consilium* al quale le parti possono aderire e sul quale esse possono intervenire per modificarlo. Le parti possono, pertanto, fare dichiarazioni ed essere interrogate liberamente. L'istruttoria, che come si è detto non è prevista, non può ritenersi per questo vietata. Le parti possono, quindi, produrre documentazioni, sia mediante atti scritti (la richiesta e le osservazioni), sia all'atto della comparizione. Possono produrre, inoltre, anche documenti contenenti dichiarazioni di terzi (analoghi agli effetti della testimonianza).

La comparizione è facoltativa, cioè non obbligatoria. Tuttavia, la mancata comparizione può assumere eventuale rilievo nel successivo giudizio, "ai fini del regolamento delle spese" (art. 69 bis, comma 7, decreto legislativo n. 29 del 1993). La mancata comparizione, infatti, è un "comportamento tenuto dalle parti nella fase conciliativa", negativo per la parte non diligente, e non disponibile a conciliare la lite. Pertanto, pur essendo facoltativa, è sempre consigliabile la presenza personale delle parti al fine di evitare "ipoteche" disegno negativo sul successivo giudizio di merito.

6. La conciliazione totale o parziale. Il mancato accordo

Se la conciliazione riesce, anche limitatamente ad una parte della vertenza, viene redatto un separato processo verbale sottoscritto dalle parti e dai componenti del collegio di conciliazione. Il verbale costituisce titolo esecutivo. Alla conciliazione non si applicano le disposizioni dell'art. 2113, comma 1, 2 e 3, c.p.c..

La conciliazione è, quindi, considerata transazione privilegiata ex art. 2113, comma 4, c.c., in altre parole non impugnabile.

Invero, il riferimento all'art. 2113 c.c. non costituisce una novità in quanto, già in precedenza l'ultimo comma di esso escludeva l'applicazione delle disposizioni, contenute nell'articolo stesso, alla conciliazione intervenuta nel rito del lavoro.

La conciliazione (il verbale) è esecutiva (costituisce titolo esecutivo), senza ulteriori formalità.

Per le conciliazioni parziali è opportuna la precisione dell'analisi sull'oggetto conciliato e su quello non conciliato, sia perché il verbale è titolo esecutivo, per la parte conciliata (e quindi deve contenere le specificazioni per un valido procedimento esecutivo), sia per evitare dubbi nella successiva fase giudiziaria, sul restante oggetto non conciliato.

Se non si raggiunge un accordo il collegio di conciliazione deve formulare una proposta per la bonaria definizione della controversia. Se la proposta non è accettata, i termini di essa sono riassunti nel verbale con indicazione delle valutazioni espresse dalle parti (art. 69 bis, comma 6, decreto legislativo n. 29 del 1993).

La possibilità di valutazione data al giudice di merito del comportamento tenuto dalle parti durante il procedimento di conciliazione, ai fini della decisione relativa alle spese, in deroga alla regola generale, prevista dall'art. 91 del codice di rito, in base alla quale le spese seguono la soccombenza del giudizio, rende necessarie alcune osservazioni in merito.

Invero, il dato normativo può avere due diverse chiavi di lettura la prima di segno positivo, la seconda, invece, contraria all'ottica deflattiva, che deve sempre accompagnare le procedure conciliative.

L'aspetto positivo della norma è costituito dalla circostanza che il giudice di

merito dovendo valutare tutti i "comportamenti" (e non solo il contenuto degli atti scritti) delle parti nelle fasi di conciliazione obbliga queste ultime a non sottovalutare la conciliazione ed a collaborare per lo svolgimento del procedimento conciliativo.

Di contro si è dimostrato che ogni qua volta la fase di conciliazione si collega al giudizio di merito difficilmente la conciliazione produce effetti di segno positivo. Appare evidente che il giudice non deve tenere conto del comportamento delle parti quando il procedimento di esperimento della conciliazione non viene attuato nei termini previsti dal quarto comma dell'art. 69 bis, in quanto in detta circostanza le parti perdono interesse al procedimento di conciliazione e non sono obbligate ad attendere, ulteriormente, la data della comparizione, ad opera del presidente del collegio di conciliazione, mentre possono utilmente promuovere l'azione, mediante il deposito del ricorso, innanzi al giudice del lavoro.

**7. Procedibilità
(rectius:
ammissibilità)
della domanda**

Il profilo relativo alla procedibilità della domanda, del quale già a suo tempo ci siamo occupati, consente ancora alcune considerazioni prendendo le mosse dalla modifica apportata dal decreto legislativo n. 387/98 al precedente testo dell'art. 31 del decreto legislativo n. 80/98.

Invero, al di là della qualificazione terminologica, il legislatore ha inserito, con il coordinato disposto degli artt. 69, terzo comma del decreto legislativo 29/93 e terzo comma dell'art. 412 bis c.p.c., non solo un "filtro" obbligatorio alla sua proposizione, ma anche una circostanza che ne impedisce il procedere.

Per rafforzare questo concetto il legislatore ha, inoltre, previsto, con il terzo comma dell'art. 69, così come novellato dal decreto legislativo n. 387 del 29.10.1998, il termine perentorio di centottanta giorni per la riassunzione, *rectius* proposizione ex novo del ricorso, innanzi al giudice di merito.

Inoltre, il meccanismo della sospensione del giudizio, proposto senza il preventivo tentativo di conciliazione pre-processuale consente di affermare ulteriormente la natura di condizione di ammissibilità della domanda relativa alla conciliazione pre-processuale.

Analogamente a quanto avviene in tema di impiego privato, anche in questo caso deve ricordarsi come il procedimento relativo alla conciliazione non debba essere proposto tutte le volte in cui si fa riferimento "ai provvedimenti speciali d'urgenza e di quelli cautelari previsti dal capo terzo del titolo primo del libro quarto" (cfr. ultimo comma art. 412 bis). Dette affermazioni, al di là della "atecnicità" del loro contenuto debbono far ritenere che per quanto riguarda i procedimenti cautelari ed i procedimenti speciali in cui è ravvisabile l'urgenza non debba trovare applicazione il procedimento del preventivo tentativo di conciliazione.

Diversa è l'ipotesi della proposizione e/o riassunzione del giudizio di merito una volta proposta ed ottenuta la misura cautelare. Invero, ci si chiede se sia necessario, in questa circostanza, esperire, o no, il tentativo di conciliazione. La risposta va ricercata alla luce del quarto comma dell'art. 669 octies c.p.c., che, comunque, impone, prima della riassunzione del giudizio di merito, a seguito di una misura cautelare ottenuta, l'esperimento della conciliazione pre-processuale, anche se l'esito di questa, pendendo già una lite non sarà, a nostro avviso, positivo.

Il problema del necessario esperimento del tentativo di conciliazione pre-processuale si pone anche in relazione alla domanda riconvenzionale. Seguendo un ragionamento squisitamente teorico, non può non considerarsi, la necessità di assoggettare la domanda riconvenzionale alla ipotesi conciliativa. Sotto un profilo più marcatamente pragmatista, invece, è necessario ricordare che la questione collegata alla domanda riconvenzionale è presumibilmente già stata esaminata nel contesto del procedimento conciliativo pre-processuale, azionato dall'attore, e sempre presumibilmente ha avuto spazio nel contesto delle osservazioni scritte formulate dall'amministrazione convenuta; inoltre, va considerato

che essendo già fallito un primo procedimento conciliativo, difficilmente un secondo potrebbe ottenere un esito positivo. Pertanto, deve concludersi, seguendo la linea più concreta, per la non necessità di far precedere dal tentativo di conciliazione la domanda riconvenzionale.

Infine, per quanto riguarda il procedimento monitorio, in merito allo stesso si già esclusa la necessità di farlo precedere dalla conciliazione pre-processuale. Invero, si è discusso in dottrina della possibilità di comprendere nei procedimenti speciali - urgenti - anche il decreto ingiuntivo. Per la sua natura e per le caratteristiche del procedimento stesso è da escludere, però, che il decreto ingiuntivo debba essere fatto precedere dalla conciliazione. Diverso è il problema legato alla fase di opposizione al decreto ingiuntivo, che si introduce, come è noto, con ricorso al giudice del lavoro. In tale circostanza è richiesto, invece, l'esperimento della conciliazione, a norma dell'art. 412 bis, c.p.c. Onde evitare che si verifichi la decadenza dalla opposizione, che va proposta entro quaranta giorni dalla notifica del decreto, può suggerirsi di procedere congiuntamente sia alla proposizione della opposizione che alla richiesta della conciliazione.

8. L'arbitrato

Il procedimento di conciliazione obbligatorio quale filtro per la proposizione della azione individuato per i giudizi promossi in materia di rapporto di lavoro tra soci lavoratori e società cooperative trova applicazione anche quando oggetto della prestazione lavorativa è una attività svolta con le caratteristiche del lavoro autonomo e ciò in quanto la normativa dettata dalla legge n. 142/2001 tende a parificare i soci lavoratori che svolgono un'attività di lavoro nei confronti della cooperativa sia che essi attuino una attività da cui emergono chiaramente le caratteristiche della subordinazione, sia che gli stessi prestino una attività più propriamente di apporto di lavoro autonomo.

Inoltre, la legge in esame, accanto alle ipotesi di natura conciliativa, di filtro alla proposizione dell'azione (ADR) prevede anche il richiamo alla procedura arbitrale, in relazione al dettato degli articoli 412 ter e 412 quater del codice di rito.

Al di là della qualificazione data dal legislatore, con il decreto legislativo 387 del 1998 all'arbitrato, definito rituale, molte voci in dottrina ed in giurisprudenza (cfr. Cassazione Sezioni Unite Civili, sentenza n. 527 del 2000) hanno inteso contestare detto inquadramento. Invero, la normativa in materia di arbitrato e gli insegnamenti della più autorevole dottrina (cfr. Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2000) ritengono ormai superata la distinzione tra arbitrato rituale ed irrituale e certamente le caratteristiche proprie dell'arbitrato previsto per la materia del pubblico impiego, estesa anche alle controversie tra soci lavoratori e società cooperative, non sono tali da consentirci di definire irrituale l'arbitrato regolamentato dal codice di rito con gli articoli 412 bis e ter, ciò sia sotto il profilo della procedura, che sotto il profilo degli effetti del lodo, nonché dell'impugnativa dello stesso.

In conclusione sia il procedimento di risoluzione alternativa alla lite, che l'arbitrato, il quale può essere definito come un giudizio privato di risoluzione della lite, ma non certo come un procedimento alternativo alla lite, sono stati utilizzati dal legislatore con la legge 142 del 2001 con l'intento, certamente meritorio di evitare la proliferazione della pendenza dei giudizi dinanzi al giudice ordinario, ma tale obiettivo viene perseguito da essi in modo diverso.

Con la conciliazione infatti, si tende ad instaurare una "cultura della pacificazione", che eviti lo stesso insorgere della lite, con l'arbitrato, invece, si vuole far risolvere la lite da un giudice privato. Nella prima ipotesi, dunque, non avremo né vinti né vincitori, ma soltanto due parti che sull'incontro delle loro volontà avranno conciliato la lite con scambievole vantaggio; nella seconda ipotesi, invece, avremo la pronuncia di un lodo che determinerà, per forza di cose, la vittoria di una parte e la soccombenza dell'altra.