

Francesco P. Luiso

## IL LODO ARBITRALE E I TERZI

SOMMARIO. 1. Efficacia e opponibilità del lodo ai terzi; 2: I terzi con titolo posteriore alla pronuncia del lodo; 3. I terzi con titolo anteriore alla pronuncia del lodo ma posteriore alla proposizione della domanda di arbitrato; 4. I terzi con titolo anteriore alla proposizione della domanda di arbitrato; 5. Irretroattività degli effetti del lodo; 6: Sentenza, lodo e contratto di fronte ai terzi.

§ 1. Il lodo arbitrale ed i terzi: un argomento seducente in cui confluiscono teoria generale e diritto positivo<sup>1</sup>, e che quindi unisce questioni sempre attuali (l'ambito soggettivo ed oggettivo di efficacia della sentenza e del lodo) con questioni suscettibili di essere diversamente risolte sulla base di scelte, più o meno contingenti, del legislatore.

Iniziamo intanto a circoscrivere il campo dell'indagine, individuando: a) chi può definirsi terzo rispetto al lodo; b) di quali effetti del lodo si intende tener conto; e c) soprattutto quali sono i terzi, nei cui confronti ci si chiede se il lodo possa produrre effetti.

Iniziando dalla prima precisazione – chi è terzo rispetto al lodo? – la risposta è facile: si tratta di chi non ha assunto la qualità di parte in senso processuale nel procedimento arbitrale che ha portato alla pronuncia del lodo, dei cui effetti si tratta. È pacifico, infatti, che qui è rilevante esclusivamente l'aver o meno assunto la qualità di soggetto, cui si imputano gli effetti degli atti processuali compiuti<sup>2</sup>. Sicché il rappresentato non è terzo rispetto al lodo, mentre è terzo la parte in senso sostanziale – il destinatario degli effetti di merito del lodo – ove eccezionalmente, in virtù di una sostituzione processuale, non sia parte necessaria nel processo arbitrale<sup>3</sup>.

Con riferimento, poi, agli effetti del lodo di cui intendiamo occuparci, è opportuno escludere quelli esecutivi<sup>4</sup>. E ciò per una duplice ragione. In primo luogo, perché l'efficacia esecutiva non è un effetto proprio del lodo, come di nessun altro atto cui la legge attribuisca la qualità di titolo esecutivo. Anche la sentenza – checché ne pensi il giudice amministrativo<sup>5</sup> e parte della dottrina<sup>6</sup> – non è *naturaliter* esecutiva, ma lo è perché l'art. 474 c.p.c. così stabilisce, accomunandola ad una congerie di altri atti, di natura ed effetti assolutamente eterogenei. In secondo luogo, perché l'efficacia del titolo esecutivo verso terzi, proprio perché si tratta di un effetto esterno e disomogeneo rispetto agli effetti tipici dell'atto cui la legge conferisce (anche) efficacia di titolo esecutivo, pone problemi del tutto diversi da quelli posti dall'efficacia verso i terzi degli effetti

<sup>1</sup> Lo sottolineava anni addietro RICCI, *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, in *Riv. dir. arb.* 1989, 657, in particolare con riferimento (op. cit., 662 ss.) alla trascrizione della domanda di arbitrato, all'epoca non prevista. Vedremo fra poco (*infra*, § 3) che la (in)applicabilità all'arbitrato del § 265 ZPO costituisce, nella dottrina tedesca, argomento per escludere che il successore litependente sia vincolato agli effetti del lodo.

<sup>2</sup> BOSCH, *Rechtskraft und Rechtshängigkeit im Schiedsverfahren*, Tubinga 1991, 122.

<sup>3</sup> Si pensi, ad es., alla posizione del debitore rispetto agli arbitrati condotti da o nei confronti del curatore nei processi concorsuali in cui si verifica uno spossessamento.

<sup>4</sup> Nello stesso senso RICCI, *Il lodo rituale*, cit., 657 ss.

<sup>5</sup> TAR Lazio 12 aprile 2011 n. 3202, in *Riv. arb.* 2011, 99 con nota di CORBI, *La mediazione civile e i sospetti di illegittimità costituzionale per eccesso di delega*.

<sup>6</sup> CAVALLINI, *L'arbitrato rituale*, Milano 2009, 23, 25, 28 (ove si qualifica come effetto <<imperativo>> della sentenza, oltre alla esecutività, anche la trascrivibilità della stessa).

tipici dell'atto in questione<sup>7</sup>. Nel nostro caso, interessano gli effetti del lodo come atto di accertamento: in sostanza, dunque, quelli previsti dall'art. 2909 c.c.

L'indagine così si circoscrive: si tratterà di verificare se e quando il lodo produce, in relazione a chi non è stato parte nel relativo procedimento, gli effetti di accertamento propri della sentenza. Ora, perché ciò possa accadere, occorre evidentemente – terza precisazione – che quanto stabilisce il lodo sia *rilevante* per il terzo, cioè costituisca un elemento che incide su un diritto o un obbligo del terzo. Nei confronti dei terzi *indifferenti*, per i quali cioè niente cambia qualunque sia il contenuto del lodo, non ha senso in linea di principio porsi il problema.

Tuttavia, fra l'efficacia vincolante e l'indifferenza si ha una situazione intermedia, che la dottrina francese definisce di opponibilità<sup>8</sup>, e che trova la sua principale manifestazione nella opposizione di terzo ordinaria. Poiché l'art. 831 c.p.c. prevede che il lodo è soggetto ad opposizione di terzo nei casi previsti dall'art. 404 c.p.c., il terzo – non vincolato al contenuto del lodo e tuttavia da esso pregiudicato – ha l'onere di far valere il suo diritto attraverso questo strumento<sup>9</sup>.

Ha quindi ragione quella dottrina<sup>10</sup>, che afferma irrilevante, in relazione al problema oggetto della presente indagine, la impugnabilità del lodo con l'opposizione di terzo. Solo che questa (corretta) osservazione va limitata all'opposizione di terzo ordinaria, prevista dal primo comma dell'art. 404 c.p.c., e non già a quella c.d. revocatoria, prevista nel secondo comma dello stesso articolo. I terzi individuati in quest'ultima norma – creditori ed aventi causa: e si tratterà appunto di stabilire chi sono questi aventi causa – sono viceversa soggetti, nei cui confronti il lodo produce effetti vincolanti, tant'è che essi, per liberarsi da tale vincolo, devono dimostrare che il lodo è frutto di dolo o collusione ai loro danni<sup>11</sup>.

§ 2. Una volta determinati i confini del settore da indagare, e concentrando così l'attenzione sui terzi, titolari di un diritto o un obbligo *dipendenti* da quanto deciso nel lodo – e quindi rispetto al quale diritto o obbligo è rilevante ciò che è stato deciso – è necessario distinguere a seconda che la situazione dipendente sia sorta prima dell'inizio del processo arbitrale, oppure nel corso dello stesso, ovvero ancora dopo la pronuncia del lodo. Ed è opportuno iniziare dall'ipotesi più semplice: quella in cui la situazione del terzo sorge dopo la pronuncia del lodo. È il lodo vincolante nei confronti di costoro?

Si potrebbe essere tentati di risolvere la questione attraverso un ragionamento fondato sul tenore letterale dell'art. 824-*bis* c.p.c. e 2909 c.c.: se il lodo ha gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria e se questa sentenza fa stato fra le parti, gli eredi e gli aventi causa, si potrebbe concludere che, dunque, anche il lodo, come la sentenza, è vincolante per gli eredi e gli aventi causa con titolo posteriore alla pronuncia del lodo stesso.

Senonché l'argomentazione sarebbe semplicistica<sup>12</sup>: da un lato, infatti, la lettera della norma non è decisiva<sup>13</sup>; dall'altro, occorre fare i conti con alcune obiezioni, che sono state avanzate per circoscrivere gli effetti del lodo rispetto a quelli della sentenza.

<sup>7</sup> V., se vuoi, LUISO, *L'esecuzione <<ultra partes>>*, Milano 1984, 7 ss.

<sup>8</sup> GOUTAL, *L'arbitrage et les tiers*, in *Rev. Arb.* 1988, 451 ss.; MAYER, in nota ad una discutibile decisione della Cassazione francese (Cour de Cassation 23 gennaio 2007) in *Rev. Arb.* 2007, 771.

<sup>9</sup> GOUTAL, *L'arbitrage et les tiers*, cit., 452.

<sup>10</sup> PUNZI, <<Efficacia di sentenza>> del lodo, in *Riv. arb.* 2005, 835; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Torino 2010, 162; RUFFINI, *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, in *Studi in onore di Luigi Montesano*, I, Padova 1997, 680-681.

<sup>11</sup> Conf. D'ALESSANDRO, *Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell'art. 824-bis c.p.c.*, in *Riv. arb.* 2007, 547.

<sup>12</sup> Conf. D'ALESSANDRO, *Riflessioni*, cit., 545.

<sup>13</sup> Difatti, e inversamente, nonostante il § 1055 della ZPO dichiara che il lodo ha gli effetti di una sentenza giurisdizionale passata in giudicato *fra le parti*, la dottrina non dubita che esso possa avere effetti anche verso i terzi

Queste obiezioni possono essere sostanzialmente espresse come segue: il lodo è un atto privato, che si fonda non sul potere autoritativo dello Stato, ma sulla convenzione di arbitrato<sup>14</sup>. Ergo, chi non è vincolato dalla convenzione di arbitrato non può neppure essere vincolato dal lodo<sup>15</sup>.

L'argomento apparentemente è persuasivo: il potere autoritativo dello Stato è astrattamente in grado di giustificare atti che producano effetti nei confronti anche nei confronti di terzi; il lodo, in quanto atto non autoritativo, non ha questa possibilità.

Ma per appurare se l'argomento, al di là della apparente persuasività, è veramente fondato, occorre indagare in due direzioni: per un verso, occorre verificare se l'essere vincolati alla convenzione di arbitrato è elemento sufficiente per essere vincolati anche al lodo, qualora si sia terzi rispetto a quest'ultimo. Di per sé, infatti, l'efficacia della convenzione di arbitrato giustifica l'assunzione della qualità di parte nel processo arbitrale; e, se ciò non è accaduto, non sembra bastare l'efficacia della convenzione di arbitrato per giustificare l'efficacia del lodo.

Per altro verso, e fondamentalmente, occorre verificare se l'efficacia prevista dall'art. 2909 c.c. sia per davvero esclusiva di un atto autoritativo come la sentenza<sup>16</sup>, oppure possa riconoscersi anche ad atti non autoritativi.

Orbene, la ragione per la quale l'erede e l'avente causa con titolo posteriore alla sentenza è vincolato agli effetti di questa non sta in una sua particolare efficacia, ma in ciò che per gli eredi e gli aventi causa è rilevante la situazione pregiudiziale, oggetto della decisione, così come essa è al momento in cui sorge la loro situazione dipendente<sup>17</sup>. Sicché non è necessario che l'assetto della situazione pregiudiziale sia stato dato da un provvedimento autoritativo: niente cambia, quand'anche tale assetto discenda da un contratto. Di conseguenza anche il lodo ha effetti nei confronti degli eredi e degli aventi causa con titolo posteriore alla pronuncia dello stesso<sup>18</sup>.

Resta da chiedersi se l'erede e l'avente causa possano in qualche modo contestare il lodo. Sulla base dell'art. 831 c.p.c., mi pare indubbio che, ove sussistano motivi di revocazione, questa possa essere proposta da costoro.

Analogamente, se l'erede legittimario ritiene che il lodo sia frutto di collusione ai suoi danni, in quanto nasconde una donazione lesiva della sua legittima, egli potrà sicuramente proporre opposizione di terzo revocatoria.

---

(salvo, beninteso, stabilire poi in quali ipotesi ciò accada). SCHWAB-WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, Monaco 2005, 189, affermano icasticamente che la dizione del § 1055 ZPO <<ist zu eng>>.

<sup>14</sup> Sulla rilevanza di tale elemento in relazione al problema dei limiti soggettivi di efficacia del lodo v. SCHLOSSER, in STEIN-JONAS, *Kommentar zur ZPO*, 22<sup>a</sup>, Tubinga 2002, sub § 1055, 572.

<sup>15</sup> In questo senso v. già GALDI, in *Commentario del codice di procedura civile del Regno d'Italia*, I, Napoli 1887, 152; PUNZI, <<Efficacia di sentenza>>, cit., 834.

Alla caratteristica di atto <<privato>> (e quindi non autoritativo) del lodo, al fine di trarne conseguenze sull'ambito di efficacia soggettiva dello stesso, fa riferimento abbondante dottrina. Ad es., CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., 162, afferma che il lodo ha <<piena efficacia di accertamento giurisdizionale (art. 824-bis c.p.c.), seppur forse ancora circoscritta qui alle parti, loro eredi e aventi causa (una efficacia vincolante del giudicato arbitrale *ultra partes*, posta la matrice privata del giudice arbitrale, non sembra tuttora potersi ammettere)>>: ma sul punto v. anche *infra*, nota 32. In arg. v. anche LA CHINA, *L'arbitrato*, Milano 2001, 211-212; RUFFINI, *Il giudizio arbitrale*, cit., 680; BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, Napoli 2005, 163; BARBIERI-BELLA, *Il nuovo diritto dell'arbitrato*, Padova 2007, 274; NELA, in *Le recenti riforme del processo civile* a cura di Chiarloni, Bologna 2007, 1848; CARPI, in *Arbitrato*, a cura di Carpi, Bologna 2007, 596; AULETTA, Art. 824-bis, in *La nuova disciplina dell'arbitrato* a cura di Menchini, Padova 2010, 424 ss.; CAVALLINI, *L'arbitrato rituale*, cit., 162.

<sup>16</sup> Come afferma PUNZI, <<Efficacia di sentenza>>, cit., 833.

<sup>17</sup> Conf. RICCI, *Il lodo rituale*, cit., 665, 672; SCHLOSSER, *Kommentar zur ZPO*, cit., 522-523.

<sup>18</sup> Così GALGANO, *Il lodo arbitrale vale, dunque, come sentenza*, in *Contratto e impresa* 2006, 297-298. Così anche la dottrina tedesca: SCHLOSSER, *Kommentar zur ZPO*, cit., 523; SCHWAB-WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., 189.

§ 3. Veniamo ora ai terzi, con titolo antecedente alla pronuncia del lodo, ma posteriore alla proposizione della domanda arbitrale<sup>19</sup>. In questo caso il dato normativo sembra esplicito: per un verso l'art. 816-*quinquies*, ultimo comma, dispone icasticamente che <<si applica l'articolo 111>>, il cui ultimo comma stabilisce che la sentenza (e dunque nel nostro caso il lodo) <<spiega sempre i suoi effetti anche contro il successore a titolo particolare>><sup>20</sup>; per altro verso gli artt. 2652 e 2653 c.c., al loro ultimo comma, prevedono la trascrivibilità della domanda di arbitrato in tutti i casi nei quali è trascrivibile la domanda giudiziale<sup>21</sup>.

Tuttavia è opportuno valutare sistematicamente la previsione normativa, per verificare se la natura non autoritativa del lodo giustifica l'efficacia dello stesso nei confronti di terzi. Si potrebbe pensare di far fronte alla carenza di potere dell'arbitro nei confronti del successore nel diritto controverso esigendo che quest'ultimo sia vincolato alla convenzione di arbitrato<sup>22</sup>. Ma si tratta di una soluzione insufficiente, e comunque non necessaria<sup>23</sup>.

La soggezione del terzo alla convenzione di arbitrato non è, infatti, sufficiente, in quanto l'efficacia della convenzione di arbitrato consente di coinvolgere il terzo nel processo arbitrale, ma non giustifica certo la vincolatività, nei suoi confronti, di un lodo pronunciato senza che egli sia stato chiamato a partecipare al processo. Dunque non basta richiedere che il successore nel diritto controverso sia vincolato alla convenzione di arbitrato: occorre anche pretendere che egli sia chiamato a partecipare al processo arbitrale. In tal caso, peraltro, si avrebbe un'efficacia immediata<sup>24</sup> del lodo nei suoi confronti, avendo egli assunto la qualità di parte in senso processuale<sup>25</sup>: quanto a dire, dunque, che – in palese contrasto con la esplicita previsione normativa – nell'arbitrato l'art. 111 c.p.c. non si applicherebbe<sup>26</sup>.

Ma l'efficacia della convenzione di arbitrato nei confronti del successore nel diritto controverso non è neppure necessaria per giustificare la sua soggezione al lodo. Si consideri, infatti, che rilevante per il terzo è la realtà sostanziale, così come determinata dal lodo fra le parti originarie: ebbene, il lodo non pregiudica il successore nel diritto controverso più di quanto lo avrebbe pregiudicato un contratto, che fosse stato stipulato nella stessa data in cui è stata proposta la domanda di arbitrato, e con il quale le parti abbiano dato ai loro rapporti lo stesso assetto che darà il lodo.

Non vi sono differenze neppure dal punto di vista della conoscibilità, da parte del successore, rispettivamente della domanda di arbitrato e dell'accordo delle parti: quando per l'opponibilità ai

<sup>19</sup> È indubbio che il momento rilevante è la proposizione (e, se necessario, la trascrizione) della domanda: v. in tal senso Cass. 25 luglio 2002 n.10922, in *Foro it.* 2002, I, 2919, la quale ha fatto applicazione dell'art. 111 c.p.c. al processo arbitrale ancor prima che tale applicabilità fosse espressamente prevista dalla legge.

<sup>20</sup> Si rilevi, dunque, la diversa disciplina del diritto positivo italiano rispetto, ad es., a quello tedesco, ove la inapplicabilità del § 265 ZPO all'arbitrato, cui consegue che l'avente causa non è vincolato all'attività processuale del dante causa (BOSCH, *Rechtskraft*, cit., 141), costituisce la ragione per la quale la dottrina maggioritaria esclude che il successore litependente sia vincolato al lodo: BOSCH, *Rechtskraft*, cit., 125 ss., spec. 137; SCHLOSSER, *Kommentar zur ZPO*, cit., 573; SCHWAB-WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., 189.

<sup>21</sup> È quindi caduto l'ostacolo che, con riferimento alla successione nel diritto controverso, impediva l'equiparazione del lodo alla sentenza: RICCI, *Il lodo rituale*, cit., 662 ss. In arg. v. ora CORBI, *La trascrizione della domanda arbitrale*, in *Riv. arb.* 2010, 729 ss.

<sup>22</sup> CAVALLINI, *L'arbitrato rituale*, cit., 109-110.

<sup>23</sup> Conf. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino 2008, 230 ss.; D'ALESSANDRO, *Riflessioni*, cit., 546, che giustamente nota come l'art. 816-*quinquies* c.p.c. non distingue a seconda che la convenzione di arbitrato sia o meno efficace nei confronti del successore nel diritto controverso.

<sup>24</sup> Con il termine <<immediata>> vogliamo qui connotare che il lodo esplicherà efficacia nei confronti del successore nel diritto controverso come parte, e non come terzo. Rimane ovviamente impregiudicata la *vexata quaestio* relativa alla natura diretta o riflessa degli effetti della decisione nei confronti del successore nel diritto controverso, sia egli o meno intervenuto nel processo. Con riferimento al lodo, si v. CORBI, *La trascrizione*, cit., 739 ss.; MURONI, *La pendenza*, cit., 257 ss.

<sup>25</sup> Conf. BOSCH, *Rechtskraft*, cit., 129.

<sup>26</sup> Così, infatti, FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino 1997, 87.

terzi sono richieste forme di pubblicità, queste valgono tanto per la domanda di arbitrato quanto per il contratto; quando, invece, è sufficiente una data certa, questa è necessaria sia per il contratto che per la domanda di arbitrato.

Facciamo un esempio. Tizio propone domanda arbitrale nei confronti di Caio per ottenere il pagamento di un credito che vanta nei confronti di quest'ultimo. Nel corso del processo Tizio cede il credito a Sempronio. Il lodo rigetta la domanda di Tizio. Sempronio subisce dal lodo un pregiudizio non maggiore di quello che avrebbe subito se Tizio, nella stessa data in cui ha proposto la domanda di arbitrato, avesse ceduto il credito a Mevio, o avesse compiuto un altro atto dispositivo avente ad oggetto il credito stesso, ad es. una remissione del debito (purché ovviamente avente data certa).

Analogamente, se Tizio propone contro Caio domanda arbitrale rivolta ad ottenere la risoluzione del contratto con il quale ha trasferito a B la proprietà di un bene immobile, e durante il processo arbitrale Caio vende il bene a Sempronio, quest'ultimo è pregiudicato dal lodo come lo sarebbe stato da una risoluzione consensuale del contratto, trascritta nella stessa data in cui è stata trascritta la domanda di arbitrato

Del resto, non sono sconosciute fattispecie nelle quali le parti possono convenzionalmente <<prenotare>>, con efficacia verso i terzi, gli effetti di un futuro accordo. Nell'ipotesi disciplinata dall'art. 2645-bis c.c., la trascrizione del preliminare consente al contratto definitivo di prevalere sugli acquisti venuti ad esistenza *medio tempore*, nel periodo cioè intercorrente fra la trascrizione del preliminare e la trascrizione del definitivo. Non vi è alcunché di strano, dunque, in ciò che la <<prenotazione>>, attraverso la domanda, di un futuro atto non autoritativo come il lodo possa rendere quest'ultimo opponibile agli aventi causa litependente.

Dunque, per vincolare il successore nel diritto controverso agli effetti del lodo, non vi è alcuna necessità di fondare lo stesso su un potere specifico degli arbitri nei suoi confronti: è sufficiente a tal fine il potere negoziale che il dante causa ha nel momento in cui è proposta la domanda di arbitrato.

§ 4. Il profilo certamente più delicato del problema che stiamo esaminando riguarda l'efficacia del lodo nei confronti dei terzi con titolo anteriore alla proposizione della domanda di arbitrato. In relazione a questa fattispecie, non vi sono norme apposite – come del resto non vi sono neppure per la sentenza. Esistono solo alcune disposizioni speciali (come l'art. 1595, ultimo comma, c.c.), che, peraltro, vedremo rivestire un significato sistematico importante.

La dottrina, in linea di principio e salvo poche ma significative precisazioni, ricollega alla natura privata del lodo la inettitudine a produrre effetti nei confronti dei terzi con titolo anteriore alla litispendenza arbitrale. Il contratto non produce effetti rispetto ai terzi – si dice – ed identica regola, in virtù della natura <<privata>> (*i.e.*, non autoritativa) della decisione arbitrale, vale per il lodo.

Non è il caso qui di verificare se sia corretto sostenere che la sentenza vincola i terzi più del lodo. In linea di principio, lo abbiamo già notato, è certamente vero che la sentenza, in quanto atto autoritativo, è in grado di produrre nei confronti dei terzi effetti più ampi del lodo, che è atto non autoritativo<sup>27</sup>. Tuttavia, a questa astratta potenzialità può non seguire una concreta efficacia della sentenza nei confronti dei terzi, qualora ciò sia imposto dal rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa.

Limitiamoci dunque a verificare – sul presupposto della natura non autoritativa del lodo – se e quando esso sia in grado di vincolare i terzi, titolari di diritti o obblighi sorti antecedentemente alla litispendenza arbitrale. In questa direzione, non è sufficiente richiamare l'art. 1372, secondo comma,

<sup>27</sup> V., se vuoi, indicazioni in LUISO, *L'articolo 824-bis c.p.c.*, in *Riv. arb.* 2010, 244 ss.

c.c. per dedurre che solo nell'ipotesi di cui all'art. 1411 c.c. (contratto a favore di terzi) il contratto può avere effetti per i terzi<sup>28</sup>. Il dato letterale, lo abbiamo già constatato in più occasioni, va preso *cum grano salis*.

Punto di partenza del ragionamento è la constatazione che il lodo, dal momento in cui acquista efficacia, dà al rapporto già controverso una disciplina che, da quel momento in poi, si sovrappone in tutto e per tutto al precedente assetto di diritto sostanziale intercorrente fra le parti. Ora, se per regola di diritto sostanziale la situazione del terzo si deve conformare al modo di essere della situazione pregiudiziale, sicché ogni modificazione di quest'ultima si ripercuote su quella dipendente, non vi è dubbio che il lodo è in grado di produrre effetti nei confronti del terzo – come del resto lo è un contratto che stipulino i titolari della situazione pregiudiziale<sup>29</sup>.

Si prenda ad esempio l'art. 1595 c.c., il cui ultimo comma prevede che <<la nullità o la risoluzione del contratto di locazione ha effetto anche nei confronti del subconduttore, e la sentenza pronunciata tra locatore e conduttore ha effetto anche contro di lui>>. Risulta evidente che il legislatore costruisce la posizione del subconduttore nei confronti del locatore principale (non nei confronti del sublocatore!) come conformata dalla persistenza del rapporto di locazione principale: se quest'ultimo cessa, viene meno anche il diritto del subconduttore verso il locatore principale.

Le variazioni relative al rapporto principale si ripercuotono dunque sul rapporto dipendente qualunque sia la causa della variazione in oggetto: non è pertanto corretto sostenere che solo la sentenza è opponibile al subconduttore<sup>30</sup>, perché viceversa lo è anche il contratto<sup>31</sup>. Dunque anche il lodo è idoneo a produrre effetti nei confronti dei terzi con titolo antecedente alla litispendenza arbitrale, quante volte la loro situazione sia *permanentemente* dipendente da quella oggetto del lodo<sup>32</sup>.

Solo che in questi casi solo in senso molto lato si può parlare di <<effetti del lodo>>, poiché gli effetti in questione in verità hanno radici nel diritto sostanziale: è la modificazione del diritto sostanziale che rileva, tant'è che è indifferente l'atto che la produce<sup>33</sup>.

§ 5. A conferma di quanto appena osservato, si può rilevare che gli effetti in questione sono essenzialmente *irretroattivi*<sup>34</sup>. Proprio in ragione del loro modo di prodursi, nei confronti del terzo le modificazioni della realtà sostanziale si verificano – qualunque sia la fonte di tali modificazioni – dal momento in cui si completa la fattispecie dell'atto o fatto che genera l'effetto.

In virtù di tale atto o fatto, fra le parti diviene vigente un certo assetto di diritto sostanziale: *da quel momento in poi* la situazione del terzo si assesta su quella delle parti, salva ovviamente l'utilizzazione degli strumenti che l'ordinamento predispose a sua tutela (azione revocatoria, opposizione di terzo revocatoria, azione di simulazione, etc.).

<sup>28</sup> Così RICCI, *Ancora sulla natura e sugli effetti del lodo arbitrale*, in *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli 2010, 712.

<sup>29</sup> ZUCCONI GALLI FONSECA, *Pregiudizialità e rinvio*, Bologna 2011, 219 ss. definisce questa tipologia di pregiudizialità come da rinvio mobile, in contrapposizione alla pregiudizialità da rinvio fisso.

<sup>30</sup> Così RICCI, *L'arbitrato*, cit., 712.

<sup>31</sup> GIOVE, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, sub art. 1595, Torino 2011, 326. In giurisprudenza, da ultimo, Corte cost. 21 gennaio 1988 n. 60, in *Giur. cost.* 1988, I, 172; Cass. 18 settembre 2008 n. 23853.

<sup>32</sup> Questa sembra (o sembrava) essere anche l'opinione di CONSOLO il quale, ne *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova 2008, 376, così integrava il brano sopra riportato alla nota 15: <<...posta la matrice privata del giudizio arbitrale (e salvi i casi in cui anche un negozio vincolerebbe taluni terzi perché titolari di rapporti permanentemente dipendenti dal modo di essere di quello principale) non sembra tuttora potersi ammettere.>>. Sul punto v. anche FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., 87, 93.

<sup>33</sup> MAYER, in *Rev. Arb.* 2007, 771 : <<L'opposabilité d'un jugement aux tiers a exactement la même nature que celle d'un contrat, pour la bonne raison que ce qui est en réalité opposable, c'est la situation juridique créée ou constatée, quelle qu'en soit la source>>.

<sup>34</sup> Per un maggior approfondimento v., se vuoi, LUISO, *Irretroattività degli effetti riflessi*, in *Studi in onore di Enrico Allorio*, Milano 1989, 374 ss. spec. 381 ss.

Ma per la *tranche* temporale antecedente al verificarsi dell'effetto fra le parti, che si è riflesso in pregiudizio del terzo, l'atto che lo ha prodotto – quand'anche sia retroattivo fra le parti – non lo è nei confronti del terzo. La situazione del terzo rimane ovviamente dipendente, sul piano sostanziale, da quella delle parti: ma se una di queste volesse avvalersi nei confronti del terzo della retroattività che l'atto ha *inter partes*, il terzo potrebbe eccepire che, per quanto riguarda il periodo antecedente al prodursi degli effetti dell'atto in questione, le cose stavano diversamente.

Facciamo un esempio. Tizio e Caio stipulano un contratto di locazione, e Caio stipula un contratto di sublocazione con Sempronio. Se fra Tizio e Caio viene ad esistenza un atto che produce *inter partes* la caducazione retroattiva (in senso lato) del rapporto di locazione principale, dal momento in cui questo atto diviene efficace Sempronio non ha un più un diritto opponibile a Tizio. Ma se Tizio chiede a Sempronio il risarcimento dei danni per l'abusiva occupazione del bene a causa dell'inesistenza *ab origine* o della caducazione retroattiva del rapporto di locazione principale, e pretende di vincolare Sempronio all'atto in questione, Sempronio può obiettare che – per il futuro – egli è tenuto a riconoscere che il suo diritto di subconduttore non esiste più ma che – per il passato – occorre verificare nel suo contraddittorio la effettiva sussistenza della ragione che ha portato alla caducazione retroattiva del rapporto di locazione principale.

La irretroattività nei confronti del terzo dell'atto – di qualunque atto: contratto, sentenza, lodo – retroattivo fra le parti spiega dunque perché, nei casi di pregiudizialità istantanea<sup>35</sup>, l'atto non può mai avere effetti nei confronti del terzo: perché esso dispone solo per il futuro in una situazione nella quale la modificazione del diritto del dante causa è, dal punto di vista sostanziale, irrilevante nei confronti del terzo.

Né avrebbe senso introdurre distinzioni fra le varie categorie di atti, differenziando ad es. il contratto dalla sentenza: perché, per le ragioni che andremo a vedere subito, nei confronti del terzo la sentenza non è più attendibile del contratto.

§ 6. Resta quest'ultimo punto da esaminare. Le conclusioni che abbiamo sopra raggiunto devono in qualche guisa essere modificate in relazione alle ipotesi in cui le parti abbiano previsto la decisione equitativa della controversia? Più in generale, il fatto che il contratto costituisca l'esercizio di un potere dispositivo delle parti, il lodo costituisca una decisione da parte di un soggetto cui il potere di decidere è stato conferito dalla volontà delle parti, e la sentenza costituisca una decisione da parte di un soggetto che esercita un potere autoritativo, obbliga a porre dei *distinguo* alle varie situazioni sopra esaminate?

Il problema nasce perché, sia da un punto di vista generale<sup>36</sup> sia con specifico riferimento al lodo equitativo<sup>37</sup>, si afferma che altro è l'accertamento del giudice e dell'arbitro rispetto all'atto dispositivo delle parti; altro è un lodo che accerti la situazione sostanziale preesistente rispetto ad un lodo che invece si fondi su un potere dispositivo degli arbitri.

Iniziamo intanto a chiarire che il termine <<accertamento>> è ambiguo, perché con esso si può indicare sia l'operazione di accertare un *quid* preesistente, in senso quindi descrittivo (l'accertamento storico, per intenderci) sia la fissazione di un *quid*, in senso quindi prescrittivo<sup>38</sup>. L'accertamento prescrittivo è proprio di tutti gli atti idonei a risolvere la controversia, qualunque sia il metodo con cui se ne determina il contenuto: l'accertamento della realtà giuridica preesistente per il giudice e l'arbitro, la valutazione di convenienza per il contratto. L'accertamento del *sein* è dunque tipico degli strumenti eteronomi di risoluzione della controversia; l'accertamento del *sollen* è invece proprio di tutti gli strumenti risolutivi della controversia, perché indispensabile appunto al

<sup>35</sup> O di rinvio fisso, per utilizzare la terminologia di ZUCCONI GALLI FONSECA, *Pregiudizialità e rinvio*, cit., loc. cit.

<sup>36</sup> V. da ultimo BOVE, *La conciliazione nel sistema dei mezzi di risoluzione delle controversie civili*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), §§ 2-4.

<sup>37</sup> In arg. v. RICCI, *Il lodo rituale*, cit., 659 ss.

<sup>38</sup> FORNACIARI, *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino 2002, 78 ss.

fine di dare quelle regole concrete di condotta che, sovrapponendosi alla normativa generale e astratta, sono in grado di superare il contrasto.

Ma il punto decisivo è un altro: nei confronti dei terzi, la sentenza non ha maggior attendibilità del lodo<sup>39</sup> o del negozio. Per chi non ha avuto modo di esercitare il suo diritto di difesa, non fa alcuna differenza che la decisione provenga da un giudice pubblico o da un giudice privato; non fa alcuna differenza che l'atto, che pone le regole di condotta concrete, si fondi su un accertamento (descrittivo) o su una valutazione negoziale di convenienza. Come già affermava la dottrina francese centocinquanta anni fa, se la parte non può pregiudicare il terzo <<en contractant>>, non può pregiudicarlo nemmeno <<en plaidant>><sup>40</sup>.

Il problema, in realtà, si può porre solo per i terzi aventi causa litependente. Infatti, come abbiamo già visto: a) i terzi, con titolo successivo alla formazione dell'atto, devono accettare la situazione così com'è stata conformata dall'atto in questione, ed è indifferente che si tratti di sentenza, lodo o contratto; b) i terzi, con titolo anteriore all'inizio del processo, se sono pregiudicati, lo sono in egual misura (ma non retroattivamente) da qualunque atto che produca fra le parti un effetto sostanziale rilevante per la loro situazione.

Resta, come dicevamo, il problema dei terzi con titolo posteriore alla domanda ma anteriore alla decisione. Come ha sottolineato la dottrina tedesca, qui occorre che l'avente causa sia vincolato alla attività processuale del dante causa: il che non accade in Germania, in quanto si ritiene non applicabile all'arbitrato il § 265 ZPO. Norma che, inoltre, differisce fundamentally dal nostro art. 111 c.p.c., perché, se non vi è il consenso della controparte, permette al successore nel diritto controverso di intervenire nel processo non come parte principale, ma solo in via adesiva dipendente<sup>41</sup>.

Ben diversa è la situazione delineata dall'art. 816-*quinquies*, ultimo comma, c.p.c., che rende applicabile al processo arbitrale l'art. 111 c.p.c., e dunque per un verso vincola il successore all'attività processuale del dante causa, ma per altro verso gli consente di intervenire volontariamente (e di essere chiamato in causa) come parte principale: con l'intervento o la chiamata in causa si realizza un litisconsorzio processuale, il che impedisce alla parte originaria di compiere atti processuali dispositivi senza l'adesione del successore<sup>42</sup>.

Dunque, ha ragione quella dottrina<sup>43</sup> che nega qualunque rilevanza al fatto che il lodo sia pronunciato secondo equità. Infatti, se la decisione equitativa è prevista nella convenzione di arbitrato, il successore nel diritto controverso non può che subirla, posto che essa è anteriore al suo titolo. Se, invece, il potere/dovere di decidere equitativamente è attribuito agli arbitri nel corso del processo arbitrale, partecipando allo stesso il successore può impedire che ciò accada senza il suo consenso. Così come, intervenendo, può evitare che la decisione arbitrale possa fondarsi su atti processuali dispositivi delle parti originarie.

È poi sempre possibile, per il successore nel diritto controverso, sia o meno intervenuto nel processo arbitrale, utilizzare l'impugnazione per nullità avverso il lodo.

<sup>39</sup> BOSCH, *Rechtskraft*, cit., 127 ss.

<sup>40</sup> MARCADÉ, *Explication du Code Napoléon*, Parigi 1859, V, 182.

<sup>41</sup> Una soluzione analoga era sostenuta da CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, 1, Napoli 1934, 475, sulla falsariga della ZPO, quando nel nostro sistema mancava una norma sulla successione nel diritto controverso.

<sup>42</sup> Con riferimento alla confessione, v. Cass. 1° aprile 2003 n. 4904, in *Giur. it.* 2004, 276.

<sup>43</sup> RICCI, *Il lodo rituale*, cit., 661.