



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

ALBERT HENKE

**I CONFLITTI DI *POTESTAS IUDICANDI*
TRA ARBITRO E GIUDICE STATALE
NEL DIRITTO ITALIANO E COMPARATO**



G. Giappichelli Editore



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale

Studi di diritto processuale civile

26

La Collana “Pubblicazioni del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale” dell’Università degli Studi di Milano raccoglie monografie e altri risultati inediti di ricerche, individuali e collettive, di studiosi che svolgono attività di studio e ricerca nel Dipartimento.

Essa comprende Studi di Diritto costituzionale, di Diritto amministrativo, di Diritto internazionale ed europeo, di Diritto processuale civile, di Diritto comparato, di Storia del diritto, di Politica economica.

La qualità scientifica delle pubblicazioni è assicurata da una procedura di c.d. double blind peer review ad opera di revisori esterni.

ALBERT HENKE

I CONFLITTI DI *POTESTAS IUDICANDI*
TRA ARBITRO E GIUDICE STATALE
NEL DIRITTO ITALIANO E COMPARATO



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2022 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-4281-7

ISBN/EAN 978-88-921-7917-2 (ebook - pdf)

Il volume è pubblicato con il contributo del Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano.

Stampa: Rotolito S.p.A. - Pioltello (MI)

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

INTRODUZIONE	1
--------------	---

CAPITOLO 1

I RAPPORTI TRA ARBITRATO E GIURISDIZIONE STATALE. IL QUADRO NORMATIVO

SEZIONE PRIMA

LA NORMATIVA VIGENTE SUI RAPPORTI TRA ARBITRATO E GIURISDIZIONE ORDINARIA	12
--	----

1. La riforma dell'arbitrato introdotta dal d.lgs. n. 40 del 2006. Lineamenti generali [12]. – 2. L'art. 817 c.p.c. e il problema del conflitto arbitro-*giudice dalla prospettiva dell'arbitro* [17]. – 3. L'art. 819 *ter* c.p.c. e il problema del conflitto arbitro-*giudice dalla prospettiva del giudice statale* [41]. – 4. L'art. 829 c.p.c. e il conflitto arbitro-*giudice in sede di impugnazione* [58]. – 5. Altre disposizioni rilevanti per la tematica del rapporto tra arbitrato e giudizio statale [68]. – 5.1. La nuova formulazione dell'art. 819 c.p.c. e la generalizzazione del potere di cognizione incidentale degli arbitri [68]. – 5.2. L'art. 817 *bis* c.p.c. e il caso peculiare dell'eccezione di compensazione che deduce un controcredito non compreso nel patto arbitrale [77]. – 5.3. L'art. 819 *bis* c.p.c. e la sospensione del procedimento arbitrale [83].

SEZIONE SECONDA

L' <i>EQUIPARAZIONE</i> NORMATIVA DEGLI EFFETTI DEL LODO A QUELLI DELLA SENTENZA STATALE E LA CONTROVERSA QUALIFICAZIONE DEI RAPPORTI TRA ARBITRATO E GIURISDIZIONE ORDINARIA	92
--	----

6. L'art. 824 *bis* c.p.c. e la “codificazione” dell'equiparazione degli effetti del lodo arbitrale rituale a quelli della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria. La conclusione di un lungo percorso [92]. – 6.1. Il pluridecennale dibattito sulla natura giuridica del

fenomeno arbitrale: dal codice di rito del 1865 alla riforma del 2006 [99]. – 6.1.1. Le diverse teorie sulla natura giuridica dell’arbitrato nell’ambito dei codici del 1865 e del 1940 [99]. – 6.1.2. Il lodo e i suoi effetti nella novella del 1983 e nella riforma del 1994 [107]. – 6.1.3. La “svolta negoziale” delle Sezioni Unite con la decisione n. 527 del 2000 e la “replica giurisdizionalista” della Corte costituzionale con la sentenza n. 367 del 2000 [114]. – 6.2. La riforma del 2006 e le successive fondamentali pronunce del 2013 della Corte costituzionale n. 223 e delle Sezioni Unite n. 24153 [123]. – 6.3. Le attuali posizioni della dottrina e della giurisprudenza sulla *vexata quaestio* della natura giuridica dell’arbitrato rituale e sugli effetti del lodo arbitrale [127]. – 6.4. Alcune riflessioni sugli effetti del lodo arbitrale [148]. – 7. La riforma del 2006 e il tutt’ora problematico inquadramento teorico dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione ordinaria [175]. – 7.1. Il dibattito relativo alla qualificazione giuridica e agli effetti dell’*exceptio compromissi* nel regime pre-2006 [176]. – 7.1.1. La tesi prevalente in giurisprudenza: la riconducibilità dei rapporti arbitro-giudice alla categoria della “competenza” e la qualificazione dell’*exceptio compromissi* in termini di “eccezione di incompetenza derogabile” [178]. – 7.1.2. La “svolta negoziale” delle Sezioni Unite con la decisione n. 527 del 2000 [188]. – 7.2. La riforma del 2006, il controverso utilizzo normativo della nozione di “competenza” e il tutt’ora non sopito dibattito dottrinale sul punto [196]. – 7.3. Riflessioni conclusive sull’inquadramento dell’*exceptio compromissi* [217].

CAPITOLO 2

IL PROBLEMA DEI CONFLITTI (POSITIVI E NEGATIVI) DI *POTESTAS IUDICANDI* TRA ARBITRATO E GIURISDIZIONE STATALE NELL’ORDINAMENTO ITALIANO. LE SOLUZIONI ELABORATE NEL REGIME PRE-RIFORMA 2006

Introduzione [226].

SEZIONE PRIMA

IL SISTEMA DELLE “VIE PARALLELE” QUALE ORIENTAMENTO DOMINANTE NEL REGIME PRE-2006

231

1. Premessa [231]. – 2. L’assenza di norme specifiche disciplinanti il tema dei conflitti arbitro-giudice nei codici del 1865 e del 1940 e la tendenziale ininfluenza, sulla primazia del sistema delle “vie parallele”, delle diverse teorie sulla natura giuridica del fenomeno arbitrale e sull’inquadramento teorico dei suoi rapporti con l’autorità giudiziaria [236]. – 3. “Vie parallele” e tesi della giurisdizionalizzazione *ex post* [239]. – 4. La persistente prevalenza del sistema delle “vie parallele” anche a seguito della no-

vella del 1983 e della riforma del 1994 [246]. – 5. “Vie parallele” e “svolta negoziale” delle Sezioni Unite (pronuncia n. 527 del 2000) [251]. – 6. I principi salienti del sistema delle “vie parallele” tradizionalmente inteso [254]. – 6.1. Il principio *Kompetenz Kompetenz* come principio regolatore dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale e i conflitti (negativi e positivi) di competenza [254]. – 6.2. L’inapplicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, dell’istituto della litispendenza [270]. – 6.3. L’inapplicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, dell’istituto della *translatio iudicii* [275]. – 6.4. La non vincolatività, nei confronti dell’arbitro, della decisione della Cassazione regolatrice della ‘competenza’ e l’assenza, nei rapporti *orizzontali* arbitro-giudice, di un vincolo reciproco alla rispettiva decisione sulla ‘competenza’ [281]. – 6.5. La non impugnabilità, mediante il regolamento di competenza, del lodo, affermativo o declinatorio della ‘competenza’ degli arbitri [290]. – 6.6. Il *conflitto negativo di competenza* e i suoi effetti, tra perdita degli effetti sostanziali e processuali della domanda e diniego di giustizia [293]. – 6.7. Il *conflitto positivo di competenza* e i suoi effetti, tra parallelismo di procedure e conflitto di giudicati [295]. – 7. La giurisprudenza arbitrale e il sistema delle “vie parallele” [304].

SEZIONE SECONDA

LA TESI DELLA C.D. “LITISPENDENZA UNILATERALE” O “ZOPPA”

306

8. Introduzione [306]. – 9. Le decisioni della Suprema Corte nei casi *Montedison* (1996) e *Mascheroni* (1997) [307]. – 10. I punti salienti della tesi della “litispendenza unilaterale”. La critica alla tesi delle “vie parallele” e la necessità di una soluzione *ad hoc* per il caso di previa costituzione del collegio arbitrale [309]. – 11. Le principali aporie ricostruttive della soluzione adottata dalla Suprema Corte nei casi *Montedison* e *Mascheroni* [313]. – 12. L’andamento ondivago della giurisprudenza immediatamente successiva alle decisioni della Suprema Corte nei casi *Montedison* e *Mascheroni* [322].

SEZIONE TERZA

LA TESI DELL’APPLICABILITÀ ANALOGICA, AI RAPPORTI ARBITRO-GIUDICE, DELL’ISTITUTO DELLA LITISPENDENZA

326

13. Introduzione [326]. – 14. Le ragioni in favore di un’applicabilità in via analogica dell’istituto della litispendenza: la riforma del 1994 e le modifiche apportate alla fase introduttiva del procedimento arbitrale, con la configurabilità di una vera e propria “domanda di arbitrato” [327]. – 15. ... segue: l’asserita pacifica equiparazione, *quoad effectum*, del lodo arbitrale alla sentenza del giudice ordinario [331]. – 16. ... segue: la critica alla tesi della risoluzione della questione di litispendenza in una questione di

competenza [334]. – 17. ... segue: l'asserita infondatezza del rischio di "paralizzare" l'arbitrato e i rimedi contro i possibili abusi [335]. – 18. ... segue: l'asserita irrilevanza dell'ostacolo derivante dalla necessità di qualificare gli arbitri come giudici statali [338]. – 18.1. ... nel contesto della tesi in favore dell'applicabilità analogica del regime *ex art. 39 c.p.c.* [338]. – 18.2. ... nel contesto della tesi in favore dell'applicabilità analogica del regime *ex art. 7, l. n. 218 del 1995 c.p.c.* [340].

SEZIONE QUARTA

ALCUNE RICOSTRUZIONI MINORI.

LA LITISPENDENZA TRA PROCEDIMENTI ARBITRALI 344

19. Introduzione [344]. – 20. La risoluzione dei conflitti arbitro-giudice alla luce della tesi dell'*exceptio compromissi* come carenza di interesse ad agire [344]. – 21. L'estensione analogica della normativa sulla connessione; il ricorso all'art. 700 c.p.c.; la valutazione discrezionale caso per caso [348]. – 22. La litispendenza tra procedimenti arbitrali [350].

CAPITOLO 3

LA RIFORMA DEL 2006

E IL DIBATTITO DOTTRINALE E GIURISPRUDENZIALE

Introduzione [354].

SEZIONE PRIMA

IL REGIME "GENERALE" CHE GOVERNA

I RAPPORTI ARBITRO-GIUDICE

NEL CONTESTO NORMATIVO POST-2006 361

1. L'esatta portata del comma 2, prima parte dell'art. 817 c.p.c., alla luce dei commi 1 e 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c.: "vie parallele", litispendenza "a senso unico" o litispendenza "pura"? [361].

SEZIONE SECONDA

PROBLEMATICHE TEORICHE E PRATICO-APPLICATIVE DEI

RAPPORTI ARBITRO-GIUDICE 386

2. Gli effetti, solo endoprocessuali o anche extraprocessuali, della mancata o intempestiva proposizione dell'eccezione di carenza di *potestas iudicandi*, rispettivamente,

degli arbitri (art. 817, commi 2 e 3 c.p.c.) e del giudice statale (art. 819 *ter*, comma 1 c.p.c.) [386]. – 2.1. La mancata proposizione dell'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* in sede arbitrale [388]. – 2.2. La mancata proposizione dell'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* in sede giudiziale [392]. – 2.3. Il divieto del *venire contra factum proprium* [398]. – 3. La portata sistematica del comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c. nell'ambito dei rapporti arbitro-giudice, e l'impatto, su di essi, della decisione della Corte costituzionale n. 223 del 2013 [400]. – 3.1. L'inapplicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, di regole corrispondenti agli artt. 44, 45, 48, 50 e 295 c.p.c. [401]. – 3.2. L'ordinanza delle Sezioni Unite del 6 dicembre 2012, n. 22002 e la decisione della Corte costituzionale del 19 luglio 2013, n. 223 [409]. – 3.3. Le questioni aperte dopo l'intervento della Consulta [416]. – 3.3.1. L'impatto e le ricadute sistematiche della riconosciuta trasmigrabilità della causa sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale [416]. – 3.3.2. Le modalità con cui debba avvenire la trasmigrazione della causa dal giudice all'arbitro (e viceversa), al fine di preservare gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda originaria [421]. – 4. L'inquadramento teorico e le ricadute pratiche della decisione degli arbitri sulla propria competenza e, specularmente, di quella del giudice ordinario sulla medesima questione [427]. – 4.1. Premessa [427]. – 4.2. La decisione, del giudice e degli arbitri, sulla *potestas iudicandi* arbitrale, alla luce della portata sistematica della norma di cui all'art. 819 *ter*, comma 3 c.p.c. Introduzione [428]. – 4.2.1. La *vexata quaestio* della proponibilità di una domanda giudiziale avente ad oggetto l'invalidità o l'inefficacia della convenzione di arbitrato nel regime pre-2006 [433]. – 4.2.1.1. L'orientamento prevalente in dottrina e in giurisprudenza, contrario all'ammissibilità di una domanda giudiziale autonoma sulla convenzione arbitrale [433]. – 4.2.1.2. Le ragioni dell'orientamento minoritario, favorevole all'ammissibilità di una domanda giudiziale autonoma sulla convenzione arbitrale [439]. – 4.3. Portata, contenuto ed effetti dell'istituto di cui all'art. 819 *ter*, comma 3 c.p.c., introdotto dalla riforma del 2006 [445]. – 4.3.1. I profili ricostruttivi dell'istituto su cui si registra una generale convergenza in dottrina e in giurisprudenza [446]. – 4.3.2. I profili ricostruttivi *controversi* dell'istituto [450]. – 4.3.3. L'inquadramento dogmatico e sistematico dell'istituto, in relazione al tema della qualificazione dell'oggetto delle decisioni, del giudice e dell'arbitro, rese sulla *potestas iudicandi* arbitrale, nell'ambito di un giudizio sul merito della lite (e della loro efficacia) [459]. – 4.4. Gli effetti delle decisioni, del giudice e dell'arbitro, sulla *potestas iudicandi* arbitrale, pronunciate nell'ambito di un giudizio vertente sul "merito" di una disputa sostanziale. [463]. – 4.4.1. Effetti del lodo e della sentenza *definitivi* sulla *potestas iudicandi* arbitrale [465]. – 4.4.1.1. L'orientamento contrario ad ammettere qualsivoglia efficacia extraprocessuale e vincolante alle decisioni, del giudice e dell'arbitro, rese sulla *potestas iudicandi* arbitrale [465]. – 4.4.1.2. Gli autori contrari ad ammettere un'efficacia extraprocessuale generalizzata per tutte le decisioni, del giudice e dell'arbitro, rese sulla *potestas iudicandi* arbitrale [467]. – 4.4.1.3. L'orientamento prevalente in giurisprudenza, contrario ad ammettere qualsivoglia efficacia extraprocessuale e vincolante alle decisioni, del giudice e

dell'arbitro, rese sulla *potestas iudicandi* arbitrale [474]. – 4.4.1.4. L'orientamento favorevole ad attribuire efficacia extraprocessuale e vincolante alle decisioni, del giudice e dell'arbitro, rese sulla *potestas iudicandi* arbitrale [476]. – 4.4.1.4.1. L'inquadramento *lato sensu* “meritale” dell'oggetto delle decisioni, giudiziali e arbitrali, sulla *potestas iudicandi* arbitrale [476]. – 4.4.1.4.2. L'inquadramento in termini processualistici dell'oggetto delle decisioni, giudiziali e arbitrali, sulla *potestas iudicandi* arbitrale: le tesi dell'antecedente logico necessario; dell'unitarietà degli effetti del giudicato; del motivo portante della decisione; dell'applicazione analogica dell'art. 59, l. n. 69 del 2009; delle insuperabili esigenze di funzionalità del sistema delle “vie parallele” [486]. – 5. Il problema dell'impugnabilità del lodo arbitrale che abbia pronunciato, solo o anche, sulla *potestas iudicandi* arbitrale, affermandola o negandola (a fronte della pacifica impugnabilità, con il regolamento di competenza, della decisione del giudice statale sul medesimo oggetto) [496]. – 5.1. L'orientamento maggioritario contrario all'esperibilità del regolamento di competenza e le ragioni dei fautori dell'esperibilità, anche avverso il lodo che abbia pronunciato sulla *potestas iudicandi* arbitrale del regolamento di competenza [499]. — 5.2. Il tema della distinzione tra lodo parziale (immediatamente impugnabile) e lodo non definitivo (impugnabile solo insieme al lodo definitivo) [503]. – 6. Il sindacato della Corte d'appello, in sede di impugnazione per nullità, sui vizi del lodo attinenti alla carenza di *potestas iudicandi* degli arbitri. [510]. — 6.1. L'esito del giudizio di impugnazione per nullità del lodo e le sue ricadute sulla definizione della questione della *potestas iudicandi* arbitrale, tra giudizio meramente rescindente e giudizio rescissorio [514]. — 7. Riflessioni conclusive [523].

CAPITOLO 4

LE SOLUZIONI AL PROBLEMA DEI CONFLITTI DI *POTESTAS IUDICANDI* TRA ARBITRATO E GIURISDIZIONE STATALE IN UNA PROSPETTIVA COMPARATA

SEZIONE PRIMA

L'ORDINAMENTO TEDESCO

527

1. Premessa [527]. – 2. Il conflitto di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale nel contesto normativo precedente alla riforma del 1998 [529]. – 2.1. L'orientamento di gran lunga maggioritario: la tesi delle “vie parallele” [529]. – 2.2. Alcune posizioni eterodosse della dottrina (le tesi di Reichel, Beitzke, Bloch) [531]. – 2.3. Il tema, pacifico, dell'efficacia extraprocessuale e vincolante della decisione giudiziale sulla *potestas iudicandi* arbitrale e quello, controverso, dell'efficacia extraprocessuale e vincolante del lodo che avesse pronunciato (solo o anche) sulla *potestas iudicandi* arbitrale e della sua immediata impugnabilità (la tesi di Schlosser) [540]. – 2.4. L'istituto

della c.d. *Kompetenz Kompetenz Klausel* [544]. – 3. Il conflitto di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale a seguito della riforma del 1998 e la conferma del sistema delle “vie parallele”. Sguardo d’insieme [547]. – 4. Il problema dei conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale *dalla prospettiva del giudizio arbitrale* (Sezione 1040 ZPO) [549]. – 4.1. L’impatto delle condotte (omissive o “abusive”) delle parti in arbitrato sulla definizione della questione della *potestas iudicandi* arbitrale: presupposti, portata ed effetti [551]. – 4.2. La pronuncia *separata* dell’arbitro sulla propria “competenza” e la sua immediata impugnabilità [554]. – 4.3. Il problema dell’impugnabilità del lodo declinatorio [559]. – 4.4. L’efficacia “esterna” e vincolante del lodo sulla competenza [562]. – 4.5. L’impugnazione per nullità del lodo arbitrale (Sezione 1059 ZPO) e l’inammissibilità, nel nuovo contesto normativo, della c.d. *Kompetenz Kompetenz Klausel* [565]. – 5. Il problema dei conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale *dalla prospettiva del giudice statale* (Sezione 1032 ZPO) [572]. – 5.1. L’efficacia della decisione del giudice statale sull’eccezione di patto arbitrale [575]. – 5.2. L’ammissibilità di una domanda giudiziale vertente esclusivamente sull’ammissibilità o inammissibilità della via arbitrale (Sezione 1032 (2) ZPO). Vari scenari [577]. – 6. La contemporanea pendenza di un procedimento arbitrale e di un giudizio statale sulla medesima causa (Sezione 1032 (3) ZPO) e i conflitti di *potestas iudicandi* arbitro-giudice in una prospettiva “dinamica” [585].

SEZIONE SECONDA

L’ORDINAMENTO AUSTRIACO

593

7. Premessa [593]. – 8. Il conflitto di competenza tra arbitrato e giurisdizione statale nell’ordinamento austriaco nel contesto normativo precedente alla riforma del 2006 [593]. – 9. Il conflitto di competenza tra arbitrato e giurisdizione statale a seguito della riforma del 2006. Un regime normativo “complesso” [596]. – 10. L’articolata disciplina dei rapporti arbitro-giudice *dalla prospettiva del giudice statale* (Art. 584 ZPO) [597]. – 10.1. Il peculiare regime dell’*exceptio compromissi* tra istanza di parte e rilievo officioso del giudice [597]. – 10.2. L’adozione (con temperamenti) della soluzione della “litispendenza zoppa”, i.e. solo in favore dell’arbitrato. Vari scenari [604]. – 10.3. Gli effetti della declinatoria arbitrale non ancora divenuta definitiva e l’opzione alternativa, per la parte, di impugnarla o di adire il giudice statale. Vari scenari [610]. – 10.4. L’espressa previsione di una *trasmigrazione della causa bilaterale* tra arbitrato e giurisdizione statale [615]. – 10.5. Il divieto di *venire contra factum proprium* [617]. – 10.6. Alcune peculiarità della disciplina *dalla prospettiva del giudizio arbitrale* (Art. 592 ZPO). La pronuncia separata dell’arbitro sulla propria competenza e la sua impugnabilità immediata. Vari scenari [618]. – 10.7. L’impugnazione del lodo per motivi attinenti alla *potestas iudicandi* dell’arbitro [622].

SEZIONE TERZA

L'ORDINAMENTO FRANCESE

624

11. La disciplina dei conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale nell'ordinamento francese sino alla riforma del 2011 [624]. – 12. La riforma della legge arbitrale francese (Décret N. 2011-48 del 13 gennaio 2011) e l'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz* [627]. – 13. L'impugnabilità immediata del lodo che pronunci sulla competenza arbitrale e la possibilità, per le parti, di rinunciarvi preventivamente [634]. – 14. I conflitti positivi e negativi di competenza nell'ambito del sistema francese governato dall'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz* [638].

SEZIONE QUARTA

L'ORDINAMENTO SVIZZERO

641

15. Premessa. L'ordinamento svizzero, ovvero una giurisdizione spiccatamente *arbitration friendly* [641]. – 16. Convergenze e divergenze tra le discipline dell'arbitrato domestico e dell'arbitrato internazionale in tema di conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale: *la prospettiva del giudizio arbitrale* [644]. – 17. L'immediata impugnabilità del lodo arbitrale sulla *potestas iudicandi* dell'arbitro e gli effetti della decisione del Tribunale Federale sull'impugnazione [649]. – 18. La questione dei conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale *dalla prospettiva del giudice statale*. La diversa intensità della cognizione giudiziale sull'*exceptio compromissi* a seconda che si tratti di patto per arbitrato *domestico* o *estero* e l'accoglimento dell'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz* [656]. – 19. L'efficacia "variabile" delle decisioni dell'arbitro e del giudice sulla propria *potestas iudicandi* in presenza di una convenzione arbitrale. Vari scenari [666]. – 20. I controversi orientamenti del Tribunale Federale svizzero in tema di *parallel proceedings* tra arbitrato e giurisdizione statale, dimensione domestica e dimensione internazionale. Il nuovo art. 186, 1 *bis* LDIP [672]. – 21. L'inammissibilità di un'azione giudiziale di mero accertamento vertente esclusivamente sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale [678].

SEZIONE QUINTA

L'ORDINAMENTO INGLESE

680

22. Premessa [680]. – 23. I rapporti arbitro-giudice statale prima dell'introduzione dell'*English Arbitration Act*: le oscillazioni interpretative sul principio *Kompetenz Kompetenz* e la generalizzata interferenza delle corti statali [681]. – 24. Le norme e la prassi sui conflitti di competenza arbitro-giudice nel contesto dell'*English Arbitration Act* [686]. – 25. Il conflitto di competenza *dalla prospettiva dell'arbitro*

[687]. – 26. Il conflitto di competenza *dalla prospettiva del giudice statale* [690]. – 26.1. La determinazione giudiziale su un *preliminary point of jurisdiction* pendente l'arbitrato, ai sensi della *Section 32 EAA* [692]. – 26.2. La *Section 9 EAA* e la sospensione del giudizio statale in ragione dell'esistenza di una convenzione arbitrale [696]. – 26.3. L'impugnazione di una pronuncia dell'arbitro sulla *substantive jurisdiction* ai sensi del combinato disposto delle *Sections 30 e 67 EAA* [709]. – 26.4. L'indagine giudiziale sulla *substantive jurisdiction* arbitrale in sede di esecuzione dei lodi, ai sensi della *Section 66* e delle *Sections 100 ss. EAA* [719]. – 26.5. L'indagine giudiziale sulla *substantive jurisdiction* arbitrale nell'ambito di un giudizio *ex Section 72 EAA* (tutela dei diritti del soggetto che non abbia preso parte al procedimento arbitrale) [721]. – 26.6. L'istituto dell'*anti-suit* (o *anti-arbitration injunction*) come rimedio ai conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale [723]. – 26.7. Altre circostanze in cui il giudice statale è chiamato a confrontarsi con la questione della *substantive jurisdiction* del tribunale arbitrale [732]. – 27. Il conflitto positivo di competenza e il conseguente parallelismo di procedure nell'ordinamento inglese [733]. – 28. L'efficacia di accertamento di un lodo arbitrale e di una decisione giudiziale sulla *substantive jurisdiction* dell'arbitro [735].

CAPITOLO 5

LE TESI ELABORATE IN DOTTRINA E GIURISPRUDENZA E NOSTRA PROPOSTA RICOSTRUTTIVA

SEZIONE PRIMA

ANALISI CRITICA

740

1. Premessa [740]. – 2. Incompatibilità, con l'attuale quadro normativo, della tesi dell'applicabilità analogica, ai rapporti arbitro-giudice, del regime domestico della litispendenza, applicabile ai rapporti tra giudici ordinari (art. 39 c.p.c.) [747]. – 3. Incompatibilità, con l'attuale quadro normativo, della tesi dell'applicabilità analogica, ai rapporti arbitro-giudice, del regime sulla litispendenza applicabile ai rapporti tra giudice italiano e giudice straniero (gli artt. 4 e 7 della l. n. 218 del 1995 e non solo) [759]. – 4. In ogni caso, critiche alla tesi dell'applicabilità analogica di meccanismi di coordinamento dei rapporti arbitro-giudice basati sul criterio della prevenzione (sia rigido che attenuato) [773]. – 4.1. In particolare: il mancato apprezzamento della *specificità* dei rapporti arbitro-giudice e la non sovrapponibilità, al caso *de quo*, del regime applicabile ai rapporti fra giudici statali [774]. – 4.2. In particolare: il pregiudizio delle aspettative delle parti e il rischio di abusi processuali [779]. – 4.3. L'inadeguatezza, in ogni caso, dell'istituto della litispendenza a risolvere il problema dei conflitti (positivi e/o negativi) di "competenza", *in assenza di un meccanismo di coordinamento reciproco*

delle decisioni, rispettivamente del giudice e dell'arbitro, sulla propria *potestas iudicandi* [781]. – 4.4. L'inefficacia del possibile rimedio della responsabilità aggravata [787]. – 5. Incompatibilità della tesi della litispendenza c.d. “unilaterale”, “a senso unico” o “zoppa” con l'attuale quadro normativo (in particolare con il combinato disposto degli artt. 817 e 819 *ter* c.p.c.) [788]. – 5.1. In ogni caso, critiche alla soluzione della c.d. litispendenza “unilaterale” o “a senso unico” [796]. – 5.1.1. L'inadeguatezza teorico-sistemica e pratico-applicativa della versione adottata dalle Sezioni Unite nelle decisioni Montedison e Mascheroni e richiamata dalla dottrina post-2006 [797]. – 5.1.1.1. Confutazione dell'asserita irreversibilità del contrasto tra giudicati e dell'asserita sua maggior gravità nel caso di *previa costituzione del collegio arbitrale*. Critica al *favor arbitratus* non supportato dal dato normativo [797]. – 5.1.1.2. Le lacune “strutturali” nel sistema della litispendenza “unilaterale” [802]. – 5.1.1.3. Il problema del regime di rilevabilità dell'*exceptio compromissi* [804]. – 5.1.1.4. I correttivi della dottrina per preservare lo “spirito” della litispendenza c.d. “zoppa” e “migliorare” il funzionamento del sistema delle “vie parallele” [806]. – 5.1.2. L'inadeguatezza teorico-sistemica e pratico-applicativa della soluzione che attribuisce priorità alla via arbitrale (i.e. l'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz*) nella versione francese (ma anche, parzialmente, inglese, austriaca e svizzera) e della Convenzione Europea del 1961 [807]. – 5.2. Ineludibilità di un coordinamento reciproco delle decisioni, rispettivamente del giudice e dell'arbitro, sulla propria *potestas iudicandi* in presenza di una convenzione arbitrale, onde assicurare il giusto bilanciamento e la maggior efficienza al funzionamento del sistema arbitrato-giurisdizione statale nel suo complesso [814]. – 6. Incongruenze teoriche e inconvenienti pratico-applicativi del sistema delle “vie parallele” *puro*, privo cioè di meccanismi di coordinamento preventivo [815]. – 6.1. Premessa [815]. – 6.2. Incongruenze di carattere teorico-sistemico [816]. – 6.3. Inconvenienti pratico-applicativi [820]. – 6.4. In particolare: l'assenza, nel sistema delle “vie parallele” delineato dal legislatore del 2006, di meccanismi per impedire i conflitti positivi (e il conseguente parallelismo di procedure) e i conflitti negativi (e il rischio di un diniego di giustizia) [827]. – 6.4.1. Inidoneità delle condotte omissive delle parti, in sede arbitrale e giudiziale, a fungere da strumento di coordinamento preventivo tra due procedure sulla medesima causa [827]. – 6.4.1.1. L'art. 817, commi 2 e 3 c.p.c. e l'efficacia *meramente endoprocessuale* delle condotte omissive delle parti, nell'ambito del giudizio arbitrale, quanto alla determinazione della *potestas iudicandi* dell'arbitro [831]. – 6.4.1.2. L'art. 819 *ter*, comma 1 c.p.c. e l'efficacia *meramente endoprocessuale* delle condotte omissive delle parti, nell'ambito del giudizio statale, quanto alla determinazione della *potestas iudicandi* dell'arbitro [848]. – 6.4.2. Inadeguatezza dell'istituto *ex art. 819 ter*, comma 3 c.p.c. quale correttivo al meccanismo “puro” del sistema delle “vie parallele”, nell'ottica del coordinamento preventivo tra procedura arbitrale e giudizio statale [859]. – 6.4.3. Non configurabilità di un'azione di mero accertamento della esistenza, validità ed efficacia della convenzione arbitrale *in sede arbitrale* [863]. – 6.4.4. Inadeguatezza della trasmigrabilità bilaterale della causa tra arbitrato e processo statale, riconosciuta dalla decisione della Corte costituzionale n. 223

del 2013, a fungere da correttivo al sistema delle “vie parallele” “*puro*”, ossia privo di meccanismi di coordinamento preventivo. Le questioni irrisolte [864]. – 6.4.5. Assenza di altri meccanismi idonei a fungere da coordinamento preventivo nei rapporti arbitro-giudice. In particolare, la controversia ammissibilità e, in ogni caso, l’inefficacia, ai fini del suddetto coordinamento, dello strumento rappresentato dalla domanda giudiziale, proposta *in via condizionata* all’eventuale dichiarazione di incompetenza degli arbitri investiti della stessa causa: la decisione della Cassazione n. 6950 del 1997 [868]. – 6.4.5.1. Il tradizionale divieto concernente l’apposizione di condizioni alla domanda giudiziale [870]. – 6.4.5.2. La configurabilità di forme di litispendenza “attenuata” e gli esempi ricavabili dall’ordinamento tedesco [873]. – 6.4.5.3. Gli spunti ricavabili dalle riflessioni della dottrina tedesca in tema di *prozessualer Streitgegenstand* [876]. – 6.4.5.4. Problematiche applicative nel caso di ritenuta ammissibilità di una domanda giudiziale proposta *in via condizionata* [879]. – 6.4.5.5. In particolare: l’allungamento dei tempi processuali per pervenire ad una composizione della questione della *potestas iudicandi* arbitrale [881]. – 6.4.5.6. Il problema del vincolo apposto all’esercizio e al contenuto del potere decisorio del giudice statale e la non funzionalità dell’istituto a risolvere i conflitti negativi di competenza [882]. – 6.4.5.7. Conclusione: improponibilità di una tale azione giudiziale nel contesto normativo post-riforma del 2006 [883].

SEZIONE SECONDA

LA NOSTRA PROPOSTA RICOSTRUTTIVA.

L’ECCEZIONE DI PATTO ARBITRALE COME

ECCEZIONE DI “CARENZA DI COMPETENZA GIURISDIZIONALE”

E EFFICACIA EXTRAPROCESSUALE DELLE DECISIONI DI RITO 884

7. Premessa [884]. – 8. L’arbitrato come meccanismo di risoluzione delle controversie *sostanzialmente giurisdizionale*, integralmente sostitutivo e fungibile rispetto alla giurisdizione statale [886]. – 8.1. Compatibilità di tale inquadramento del fenomeno arbitrale con i principi costituzionali [887]. – 8.2. L’arbitrato come meccanismo di risoluzione delle controversie *radicalmente alternativo* rispetto alla giurisdizione statale [889]. – 9. L’eccezione di patto arbitrale come eccezione *eminentemente processuale, di rito* [891]. – 9.1. Qualificazione dell’eccezione di patto arbitrale come *eccezione di “carenza di competenza giurisdizionale”* [894]. – 10. Necessità teorico-sistemica e pratica di risolvere in via preventiva i conflitti, positivi e negativi, di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale [897]. – 10.1. Necessità teorico-sistemica discendente dal carattere sostitutivo e fungibile dell’arbitrato rispetto alla giurisdizione statale [897]. – 10.2. Necessità pratica discendente dalla non applicabilità di altri istituti nei rapporti arbitro-giudice (né il meccanismo della prevenzione di cui all’art. 39 c.p.c., né la *translatio iudicii* di cui agli artt. 44 e 45 c.p.c.) [898]. – 11. Fondamento teorico-dogmatico dell’attribuzione di un’efficacia *extraprocessuale e reciproca-*

mente vincolante all'accertamento contenuto nella decisione (positiva o negativa) (anche o solo) sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, pronunciata dal giudice statale e dall'arbitro, come strumento *per consentire un coordinamento in via preventiva dei conflitti tra arbitro e giudice statale* [903]. – 11.1. Premessa. La tradizionale esclusione di qualsivoglia efficacia extraprocessuale e vincolante alle decisioni su questioni di rito nell'ordinamento italiano [904]. – 11.2. Spunti derivanti dall'ordinamento tedesco (sentenza sul processo come sentenza sull'*Anspruch*; estensione analogica della disciplina del giudicato materiale; la natura "meritale" di talune decisioni di rito; le tesi sul "doppio oggetto del processo"). La ripresa della teoria del doppio oggetto del processo da parte della dottrina italiana [906]. – 11.3. La tesi dell'unitarietà degli effetti del giudicato e la replica ai tradizionali argomenti contrari ad attribuire efficacia extraprocessuale e vincolante alle decisioni su questioni di rito. Recenti significative evoluzioni sul piano interno e internazionale [913]. – 11.4. L'importanza sistematica della norma di cui all'art. 819 *ter* comma 3 c.p.c. [925]. – 11.5. Considerazioni conclusive sul fondamento dell'efficacia extraprocessuale dell'accertamento contenuto nella decisione (del giudice e dell'arbitro) sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale [926].

SEZIONE TERZA

LE CONDIZIONI DI OPERATIVITÀ DEL VINCOLO

EXTRAPROCESSUALE DELL'ACCERTAMENTO

SULLA QUESTIONE DELLA *POTESTAS IUDICANDI* ARBITRALE 928

12. Premessa [928]. – 13. Le decisioni dell'arbitro e del giudice statale sulla *potestas iudicandi* arbitrale idonee ad acquisire un'efficacia extraprocessuale e vincolante [929]. – 14. Accertamento vincolante e necessaria domanda di parte [936]. – 15. Il momento a partire dal quale le decisioni dell'arbitro e del giudice statale sulla *potestas iudicandi* arbitrale producono effetti extraprocessuali e vincolanti [940]. – 15.1. Il problema del passaggio in giudicato formale delle decisioni dell'arbitro e del giudice statale sulla *potestas iudicandi* arbitrale: il tema dell'impugnabilità *immediata* delle rispettive decisioni e del rimedio esperibile [943]. – 15.1.1. L'impugnabilità *immediata* della decisione del giudice statale sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale [943]. – 15.1.1.1. Oggetto ed estensione della cognizione del giudice dell'impugnazione [952]. – 15.1.1.2. Effetti della decisione resa in sede di impugnazione avverso la decisione del giudice statale sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale [956]. – 15.1.2. Il problema dell'impugnabilità del lodo arbitrale che pronunci sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale [959]. – 15.1.2.1. Nostra tesi: impugnabilità immediata del lodo che pronunci, esclusivamente ed insensu affermativo, sulla *potestas iudicandi* arbitrale [964]. – 15.1.2.2. Nostra tesi: l'utilizzo (concorrente) del rimedio impugnatorio del regolamento di competenza avverso la decisione non definitiva dell'arbitro sulla propria *potestas iudicandi* [977]. – 15.1.2.3. Problemi di co-

ordinamento tra l'esperibilità del regolamento di competenza ed i motivi di impugnazione per nullità del lodo di cui all'art. 829 c.p.c. [984]. – 15.1.2.4. Effetti dei giudizi impugnatori avverso il lodo che pronunci (solo o anche) sulla *potestas iudicandi* arbitrale (regolamento o impugnazione per nullità) e il problema dell'impugnazione della decisione resa dalla Corte d'appello adita *ex art.* 827 c.p.c. [989]. – 16. Il problema del regime applicabile alla spendita, in un giudizio, della decisione definitiva sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale formatasi nell'altro. Premessa e rinvio [1001]. – 17. Il regime applicabile alla spendita, in un giudizio, della decisione *di merito definitiva*, formatasi nell'altro giudizio sulla medesima causa [1003]. – 17.1. Introduzione [1003]. – 17.2. La spendita del giudicato statale nel giudizio arbitrale: condizioni, regime di rilevabilità e conseguenze del mancato rilievo del precedente “giudicato” [1008]. – 17.3. La spendita del *lodo arbitrale non più impugnabile* nel giudizio statale: condizioni, regime di rilevabilità e conseguenze del mancato rilievo del precedente “giudicato” [1017]. – 17.4. Il problema del conflitto tra un “giudicato” arbitrale e un giudicato statale sulla medesima causa [1022]. – 18. Il problema dell'applicabilità dell'art. 829, comma 1, n. 8 c.p.c. alla spendita, nel giudizio arbitrale sul merito della lite, dell'accertamento (giudiziale o arbitrale definitivo) sul rapporto “condizionante” (i.e. la questione della *potestas iudicandi* arbitrale), il rapporto con le preclusioni processuali di cui all'art. 817 c.p.c. e le conseguenze del mancato rilievo nelle fasi di impugnazione del lodo [1025]. – 19. Il regime di rilevabilità applicabile alla spendita, in un giudizio statale, di un lodo non più impugnabile sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale [1030]. – 20. Effetti del lodo e della sentenza, non ancora divenuti definitivi, sulla *potestas iudicandi* arbitrale [1034]. – 20.1. La possibilità di riferire “l'autorità” di cui all'art. 337, comma 2 c.p.c. ad un lodo arbitrale, avverso il quale sia stata proposta impugnazione [1037]. – 20.2. La possibilità di riferire “l'autorità” di cui all'art. 337, comma 2 c.p.c., oltre che ad una decisione (giudiziale o arbitrale) pregiudiziale sotto il profilo sostanziale, altresì ad una decisione (giudiziale o arbitrale) sulla *potestas iudicandi* arbitrale [1038].

INTRODUZIONE

La presente ricerca intende approfondire la tematica dei conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale, allorquando la medesima causa sia dedotta, contestualmente o in momenti successivi, dinanzi all'arbitro e al giudice statale.

Tale tematica, in ragione del vuoto normativo, è stata oggetto di un intenso dibattito dottrinale e giurisprudenziale prima della riforma del 2006 (che, come vedremo, pur introducendo per la prima volta delle norme espresse che governano alcuni profili dei suddetti conflitti, non ha assolutamente chiarito tutti i problemi di inquadramento teorico e pratico-applicativi).

I problemi originati da questa fattispecie rispetto a quella, speculare, che può verificarsi nei rapporti tra giudici statali, risiedono essenzialmente in ciò, che, da un lato, la natura tendenzialmente (o di norma) *esclusiva* del patto arbitrale non osta al fatto che la medesima causa, originariamente deferita in arbitrato dalle parti mediante la stipulazione di quel patto, venga altresì dedotta (per le ragioni più svariate: incertezza sulla validità ed efficacia del patto; incertezza sul suo ambito oggettivo o soggettivo di applicazione; tattiche dilatorie e azioni di disturbo ...), in sede giudiziale da una delle parti (che può essere la stessa che abbia agito in arbitrato, oppure la controparte della parte attrice in arbitrato che agisca in accertamento negativo in sede giudiziale in relazione al medesimo rapporto giuridico, già dedotto in sede arbitrale); dall'altro, che il parallelismo di due procedure (arbitrale e giudiziale) sulla medesima causa o, in altri termini, la questione di *litispendenza* tra arbitrato e giudizio statale è sempre stata inquadrata come una questione di *competenza*, o di *potestas iudicandi*, che l'arbitro e il giudice statale, in ossequio al principio *Kompetenz Kompetenz*, sono legittimati a valutare in piena autonomia, indipendentemente e dalla pendenza della medesima causa dinanzi all'altro organo, e dall'eventuale valutazione da questi già compiuta.

Detto altrimenti, la risoluzione del conflitto positivo di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale non può che passare attraverso la valutazione preliminare della esistenza, validità o efficacia della convenzione arbitrale, che il giudice e l'arbitro sono legittimati a svolgere in piena autonomia. La tradizionale inapplicabilità, ai conflitti positivi di competenza tra arbitro e giudice statale, del-

l'istituto della litispendenza *ex art. 39 c.p.c.*, è stata sempre fatta discendere, oltre che dalla necessaria valutazione preliminare della questione dell'esistenza di un valido patto arbitrale – al contrario di quanto accade nei casi di pendenza parallela della medesima causa dinanzi a due giudici ordinari, in relazione ai quali l'operatività del meccanismo della prevenzione, che obbliga il giudice adito per secondo a spogliarsi della causa, *prescinde* da un previo esame della sussistenza della competenza del giudice adito per primo –, anche dalla non appartenenza del giudice e dell'arbitro al medesimo ordinamento giuridico, ritenuta presupposto necessario per l'applicabilità di molti degli istituti che, nei rapporti tra giudici statali, regolano i possibili conflitti, positivi e negativi, di competenza, tra cui, ad esempio, la *translatio iudicii*.

Tale impostazione generale faceva sì, in passato, da un lato, che i conflitti positivi di “competenza” tra arbitro e giudice, in assenza di meccanismi preventivi di coordinamento tra le due procedure, non potessero che risolversi *solo a valle* delle due procedure, ossia nel momento in cui una decisione, pronunciata in uno dei due giudizi e passata in giudicato, potesse essere spesa, al fine di provocarne il definitivo arresto, nell'altro. Tuttavia, anche il regime delle impugnazioni presentava (e presenta tutt'ora) alcune lacune, potenzialmente pregiudizievoli per l'arbitrato, in quanto, da una parte, esiste bensì una norma (l'art. 829, comma 1, n. 8 c.p.c.) che prevede l'impugnabilità del lodo per contrasto con (un lodo non più impugnabile e con una) sentenza del giudice statale passata in giudicato sulla medesima causa, mentre, dall'altra, manca una norma corrispondente che sancisca l'invalidità (e la conseguente impugnabilità) di una sentenza statale *per contrasto con un precedente lodo passato in giudicato* sulla medesima causa (essendo riferita la contrarietà di una sentenza – legittimante l'accoglimento della domanda di revocazione ordinaria *ex art. 395, comma 1, n. 5 c.p.c.* – unicamente “*ad altra precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata*”; non, invece, ad un lodo definitivo).

Sebbene, poi, in linea di principio, il lodo che fosse divenuto definitivo (verosimilmente in tempi più rapidi rispetto alla sentenza pronunciata nel giudizio statale parallelo) potesse venire invocato, e dunque *speso*, per impedire la prosecuzione del giudizio statale, era possibile che la parte interessata ad avvalersi del lodo o della sentenza rimanesse contumace nel giudizio, rispettivamente, statale o arbitrale (non potendo dunque, in tale ultimo caso, produrre il lodo nel corso del procedimento, come richiesto, oggi, dall'art. 829, comma 1, n. 8 c.p.c.) o che, in ogni caso, il giudice statale o l'arbitro ritenessero, per qualsivoglia motivo, di non accogliere l'*exceptio rei iudicatae* e tale loro valutazione fosse confermata in sede di impugnazione della pronuncia (rispettivamente giudiziale o statale). In tal caso si correva il concreto rischio di avere *due giudicati sulla medesima causa*, con prevalenza, secondo l'orientamento maggioritario in dottrina e in giurisprudenza, *di quello formatosi per secondo*. Una soluzione che tendeva a favorire il processo stata-

le, in ragione della sua fisiologica maggior durata rispetto a quello arbitrale.

Per quanto riguarda i conflitti *negativi* di competenza (conseguenti ad una duplice declinatoria di “competenza” pronunciata, dapprima da un organo e poi anche dall’altro, in base ad una divergente valutazione circa la questione della esistenza, validità ed efficacia della convenzione arbitrale) la ritenuta inapplicabilità, in passato, dell’istituto della *translatio iudicii*, poteva condurre alla perdita degli effetti sostanziali e processuali della domanda presentata originariamente all’organo poi dichiaratosi incompetente (dato che, nel nostro ordinamento, la *translatio iudicii* è la condizione per la conservazione dei suddetti effetti), con il rischio di un diniego di giustizia, che poteva verificarsi ogniqualvolta sia il giudice sia l’arbitro, in base ad una divergente valutazione del patto arbitrale, concludessero per l’insussistenza della propria *potestas iudicandi*.

Corollari dell’impostazione tradizionalmente adottata dalla dottrina e giurisprudenza prevalenti erano infatti l’inidoneità della decisione dell’arbitro e del giudice statale sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale a vincolare l’altro organo (non essendo applicabili, nei rapporti arbitro-giudice statale, gli artt. 44 ss. c.p.c.) e l’inidoneità di una decisione della Cassazione, emessa in sede di ricorso di cassazione o in sede di regolamento (che pur vincolava tutti i giudici ordinari dell’ordinamento quanto alla statuizione sulla questione della competenza e all’individuazione del giudice fornito di competenza) ad esplicitare alcun vincolo nei confronti degli arbitri, che appunto non rientravano nel *perimetro* della giurisdizionale statale.

La sancita applicabilità, ad opera della Corte costituzionale, con la celebre sentenza n. 223 del 2013, dell’istituto della trasmigrazione della causa tra arbitrato e giurisdizione statale (che ha per altro verso lasciato aperto tutta una serie di questioni di inquadramento teorico e pratico-applicative) non ha affatto risolto il problema del *conflitto negativo di competenza*, dal momento che, in ragione dell’operatività del principio *Kompetenz Kompetenz* e della tutt’ora attuale assenza di vincoli reciproci alla statuizione sulla *potestas iudicandi* arbitrale pronunciata dal giudice o dall’arbitro, rimane intatto il rischio, ora come in passato, della perdita degli effetti sostanziali e processuali della domanda e, in definitiva, di un diniego di giustizia, nel caso in cui, appunto, ad un prima declinatoria, ne segua una seconda (pronunciata dell’organo cui la causa originariamente incardinata sia stata rinviata).

Sebbene, a seguito della riforma del 2006, e dell’introduzione di significative novità normative, l’interprete abbia oggi a disposizione molti più appigli normativi per districarsi nei meandri della complessa problematica dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione, molte questioni rimangono tuttavia, a tutt’oggi, irrisolte. La formulazione spesso incompleta o involuta delle norme ne rende infatti tutt’altro che agevole la comprensione e il reciproco coordinamento risulta spesso proble-

matico, in ragione di una non infrequente sovrapposizione del rispettivo ambito di applicazione. Rimangono poi tutt'ora privi di disciplina (o quantomeno privi di una disciplina *univoca*) alcuni aspetti cruciali della problematica: dalla questione del regime di impugnabilità del lodo che abbia deciso (anche o solo) sulla *potestas iudicandi* arbitrale, al tema dell'efficacia (solo endoprocessuale o anche *externa*) del lodo arbitrale e della decisione giudiziale sulla *potestas iudicandi* arbitrale nei confronti, rispettivamente, del giudice statale e dell'arbitro.

Nel primo capitolo procederemo ad una sintetica illustrazione delle novità normative più significative in relazione alla tematica che ci occupa, con un primo tentativo di enucleazione delle principali problematiche poste dalla loro interpretazione e applicazione.

La prima Sezione sarà dedicata ad una sintetica illustrazione delle principali novità normative: non solo delle due disposizioni *centrali* per la tematica che ci occupa, ossia l'art. 817 c.p.c. e l'art. 819 *ter* c.p.c., che disciplinano il problema dell'allocazione della *potestas iudicandi* tra arbitro e giudice statale, dalla prospettiva, rispettivamente, del primo (art. 817 c.p.c.) e del secondo (art. 819 *ter* c.p.c.), ma altresì di altre norme che rivestono grande importanza sotto il profilo sistematico, nella misura in cui consentono una più adeguata sistematizzazione delle molte interferenze che possono verificarsi tra arbitrato e giurisdizione statale in corrispondenza dei diversi stadi e dei diversi snodi delle rispettive procedure (il riferimento è agli artt. 819 c.p.c. ("*Questioni incidentali*"), 817 *bis* c.p.c. ("*Compensazione*"), 819 *bis* ("*Sospensione del procedimento arbitrale*"), 829 ss. c.p.c. ("*Casi di nullità*").

Nella seconda Sezione ci soffermeremo, invece, sulla portata sistematica dell'art. 824 *bis* c.p.c., che ha sancito per via normativa l'equiparazione degli effetti del lodo arbitrale, dalla data della sua sottoscrizione, a quelli della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria. Tale norma, introdotta con l'intento di superare le ambiguità del previgente art. 823, ultimo comma c.p.c. (per il quale: "*Il lodo ha efficacia vincolante tra le parti dalla data della sua ultima sottoscrizione*") e di contrapporsi alla "svolta negoziale" inaugurata dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 527 del 2000, non ha tuttavia sopito il secolare dibattito (soprattutto) dottrinale – di cui daremo conto nei paragrafi 6.1. ss. – sul tema, in generale, della natura giuridica del fenomeno arbitrale e, in particolare, del lodo arbitrale. Tema che, in ragione della sua stretta interconnessione con istituti quali la litispendenza, la continenza, i limiti oggettivi e soggettivi del giudicato, il conflitto fra giudicati, è idoneo a riverberarsi, in maniera più o meno intensa, sul problema dei rapporti e conflitti tra arbitrato e giurisdizione statale.

Uno dei profili che sicuramente la riforma del 2006 non ha risolto è quello dell'inquadramento teorico dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione e, in particolare, quello della "qualificazione giuridica" dell'eccezione di carenza di *potestas iu-*

dicandi proposta, in presenza di una convenzione di arbitrato, dinanzi, rispettivamente, al giudice statale e all'arbitro. Nonostante il reiterato utilizzo, da parte delle norme vigenti, del termine "competenza", alcune incongruenze del regime attualmente in vigore (che, ad esempio, *espressamente* esclude l'applicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, di molte norme *proprio* in tema di competenza, pacificamente applicabili, invece, nei rapporti tra giudici ordinari), le non poche lacune normative e le problematiche di inquadramento teorico e pratico-applicativo di numerose disposizioni impediscono, infatti, di aderire pedissequamente alla ricostruzione adottata (quantomeno sotto l'aspetto nominalistico e terminologico) dal legislatore. Non stupisce, dunque, che la dottrina abbia continuato, anche dopo la riforma, a prospettare inquadramenti teorici *anche sensibilmente divergenti tra loro* (di cui, dopo una breve retrospettiva storica, daremo conto sempre nella seconda Sezione).

Nel secondo capitolo affronteremo il tema specifico dei conflitti, positivi e negativi, di *potestas iudicandi*, tra arbitro e giudice statale e sulle soluzioni elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiane nel regime pre-riforma del 2006, concentrandoci sui casi in cui la cognizione della stessa causa sia devoluta al giudice *ordinario* e all'arbitro (o collegio arbitrale) *rituale*, lasciando impregiudicata (con l'eccezione di qualche breve cenno) l'analisi del caso in cui ad essere chiamati a conoscere e decidere dell'identica causa siano, rispettivamente, organi giudiziari statali estranei all'A.G.O. e arbitri (o collegi arbitrali) *irrituali*. Si daranno, inoltre, per presupposti i profili, pur rilevanti, che costituiscono, nel loro insieme, il cosiddetto *elemento materiale della litispendenza* – dal concetto di causa, al suo rapporto con la nozione di domanda; dagli elementi di identificazione della domanda, alla connessione tra domande; dai profili di differenziazione tra litispendenza, da una parte, e connessione e continenza dall'altra, alle fattispecie concrete di litispendenza – considerato che esso non muta nei suoi tratti essenziali per il fatto che uno dei due organi decidenti coinvolti sia un arbitro, anziché un giudice statale. Ci soffermeremo, in particolare, sul c.d. sistema delle "vie parallele", sulla tesi della litispendenza unilaterale o "zoppa" inaugurata da due celebri decisioni delle Sezioni Unite della Cassazione sul finire degli anni '90 (nei casi *Montedison* e *Mascheroni*) e sulla tesi favorevole ad un'applicabilità in via analogica, ai rapporti arbitro-giudice, dell'istituto della litispendenza. La ricostruzione del dibattito ante-riforma ci offrirà l'opportunità di mettere a fuoco la molteplicità di questioni connesse al tema principale della nostra ricerca e di enucleare le diverse soluzioni via via prospettate, cogliendone la continuità o, all'opposto, le cesure teoriche nel passaggio da un contesto normativo all'altro.

Nel terzo capitolo si darà conto del dibattito dottrinale e giurisprudenziale avente ad oggetto i problemi di inquadramento teorico e le problematiche protico-applicative originate dalle innovazioni introdotte dal legislatore della riforma del 2006, mentre nel quarto capitolo procederemo ad uno studio della tematica

dei rapporti e conflitti di “competenza” tra arbitrato e giurisdizione in una prospettiva comparata, analizzando le soluzioni adottate da alcuni ordinamenti stranieri (quelli tedesco, austriaco, francese, svizzero ed inglese), che forniranno notevoli spunti di interesse, in ragione delle non poche divergenze delle rispettive legislazioni arbitrali rispetto alla disciplina italiana e dell’originalità delle soluzioni ivi elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Nell’ultimo capitolo, infine, dopo una prima Sezione dedicata alla critica delle tesi elaborate da dottrina e giurisprudenza in relazione al tema dei conflitti, positivi e negativi, di “competenza” tra arbitrato e giurisdizione statale, procederemo, nelle Sezioni seconda e terza, ad illustrare la nostra proposta ricostruttiva, con particolare attenzione alla questione dell’inquadramento teorico dei rapporti arbitro-giudice (e della relativa eccezione di carenza di *potestas iudicandi* dell’organo adito, proposta in sede giudiziale e in sede arbitrale); dell’efficacia della decisione pronunciata dal giudice e dall’arbitro sulla propria *potestas iudicandi* in presenza di un patto arbitrale; dell’impugnabilità del lodo arbitrale che abbia pronunciato, anche o solo, sulla competenza arbitrale.

Nello specifico, la prima Sezione sarà dedicata alla dimostrazione dell’incompatibilità con l’attuale dato normativo (oltre alla loro generale incongruenza, sotto il profilo teorico-sistematico, e inadeguatezza, sotto il profilo pratico-applicativo), delle tesi dell’applicabilità analogica, ai rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale, dell’istituto della litispendenza (secondo entrambi i regimi di cui all’art. 39 c.p.c. e di cui all’art. 7 della l. n. 218 del 1995) e, rispettivamente, dell’istituto della litispendenza unilaterale, “zoppa” o “a senso unico”, nonché ad evidenziare i punti deboli e le lacune della versione *pura* del sistema delle “vie parallele” (quella, cioè, adottata dal legislatore della riforma del 2006, caratterizzata dall’assenza di meccanismi di coordinamento preventivo tra la procedura arbitrale e quella giudiziale e dall’assenza di un vincolo reciproco, per l’arbitro e per il giudice, all’accertamento (incontrovertibile) sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale).

Nella seconda Sezione, nell’ambito della nostra proposta ricostruttiva, dopo aver inquadrato, sotto il profilo teorico-dogmatico e alla luce dei principi costituzionali dell’ordinamento, *in generale*, il fenomeno arbitrale e, *in particolare*, l’eccezione (ricondata da chi scrive al novero delle eccezioni su questioni *di rito*), rispettivamente, di sussistenza o insussistenza di *potestas iudicandi* dell’organo adito (giudice o arbitro) in presenza di una convenzione arbitrale, si procederà all’individuazione dei fondamenti teorico-dogmatici dell’attribuzione di un’efficacia extraprocessuale, reciprocamente vincolante per l’arbitro e per il giudice statale, all’accertamento contenuto nella decisione (positiva o negativa) (anche o solo) sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, pronunciata *nell’altra sede*. Tale passaggio implica un ripensamento del controverso tema dell’*efficacia extraprocessuale delle decisioni su questioni processuali*, che verrà svolto alla luce di una breve

indagine comparata su alcuni aspetti del diritto tedesco e di alcune recenti sviluppi in tema di efficacia delle decisioni sulla giurisdizione a livello non solo nazionale (con l'introduzione della l. n. 69 del 2009 e, in particolare, del suo art. 59), ma anche euro-unitario (si pensi al tema del riconoscimento delle decisioni di rito nello spazio giudiziario europeo). L'obiettivo è dimostrare che l'efficacia extraprocessuale e vincolante dell'accertamento contenuto in decisioni giudiziali ed arbitrali, stabilizzatesi con il giudicato formale, non è prerogativa esclusiva delle decisioni di merito, ma, a certe condizioni, anche di quelle su questioni di rito.

Tale conclusione, tuttavia, rappresenta solo il punto di partenza per la delinea-zione, nell'ambito dell'attuale contesto normativo, di un sistema organico e coordinato dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale, il cui funzionamento passa attraverso l'enucleazione e la risoluzione di una serie di problematiche processuali di particolare delicatezza e complessità, di cui ci occuperemo nella terza Sezione.

Procederemo, innanzitutto, all'individuazione *di quali siano le statuizioni*, rispettivamente giudiziali ed arbitrali, sulla *potestas iudicandi* arbitrale (ossia sulla questione dell'esistenza, validità ed efficacia di una convenzione arbitrale) davvero idonee ad acquisire o a produrre la suddetta efficacia extraprocessuale: solo quelle espresse o anche quelle implicite, solo quelle affermative della *potestas iudicandi* dell'organo adito o anche quelle declinatorie, solo quelle adottate con lodo o anche quelle adottate con ordinanza, solo quelle contenute in una statuizione ver-tente *anche sul merito della lite*, oppure anche quelle vertenti *esclusivamente sulla convezione arbitrale* e così via.

Si dovranno poi affrontare una serie di questioni attinenti alle modalità e alla "tempistica" attraverso cui le decisioni (solo o anche) sulla *potestas iudicandi* arbitrale, ritenute idonee ad esplicare effetti al di fuori del processo, producano *effettivamente* tali effetti; se ciò segua alla mera decisione, del giudice o dell'arbitro, sulla fondatezza o meno della contestazione mossa dalla parte al suo potere decisorio o se sia necessaria una espressa domanda di parte per trasformare la questione in causa e dunque investirla con un accertamento a cognizione piena e non solo *incidenter tantum*. V'è poi da indagare se l'efficacia extraprocessuale ricollegabile alle decisioni sulla *potestas iudicandi* arbitrale si produca immediatamente a seguito della pronuncia oppure se sia necessario attendere il loro passaggio in giudicato formale, oppure, ancora, se nelle more del passaggio in giudicato sia ipotizzabile la produzione "provvisoria" di qualche effetto condizionante o impediente (con la correlata questione dell'applicabilità, in questi contesti, dell'art. 337, comma 2 c.p.c.).

La stessa individuazione del momento del passaggio in giudicato *formale* delle decisioni, giudiziali e arbitrali, sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale è profilo controverso, essendo correlato alla diatriba concernente l'immediata impugnabilità di dette decisioni e l'individuazione del rimedio impugnatorio esperibile avverso esse.

In particolare, è fuori discussione l'immediata impugnabilità della decisione del giudice statale sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale e altresì lo strumento utilizzabile per detta impugnazione (il regolamento di competenza), essendo stati espressamente codificati dal legislatore della riforma del 2006, che ha recepito l'orientamento tralazio assolutamente prevalente nei decenni precedenti alla svolta "negozialistica" delle Sezioni Unite di inizio 2000 (con i pochi dubbi residui riguardanti taluni snodi processuali conseguenti all'effettiva proposizione dello strumento impugnatorio, quali, ad esempio, l'ambito della cognizione della Suprema Corte adita in sede di regolamento, l'effetto della pendenza del giudizio di impugnazione su giudizi a vario titolo connessi, l'efficacia della decisione pronunciata dalla Cassazione).

La questione dell'impugnazione del lodo che pronunci (anche o solo) sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale è invece problema più complesso, in ragione di un dato normativo lacunoso e comunque non univoco; si discute, in particolare, se la pronuncia arbitrale non definitiva, che pronunci affermativamente sulla sussistenza del potere decisorio in capo all'arbitro, sia immediatamente impugnabile e, se sì, con quale rimedio impugnatorio.

A seguito della riforma del 2006, l'orientamento prevalente valorizza la distinzione normativa tra lodo definitivo, lodo parziale ("... che decide parzialmente il merito") e lodo non definitivo ("... che risolve alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio arbitrale") e conclude nel senso che, ad eccezione del lodo *declinatorio* (che, definendo il giudizio, viene ascritto alla categoria dei lodi definitivi), il lodo che pronunci separatamente sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, affermandola, non sia mai impugnabile immediatamente, ma solo insieme al lodo di merito. D'altra parte, sempre valorizzando il dato normativo, che, al primo comma del nuovo art. 827 c.p.c., statuisce che: "Il lodo è soggetto *soltanto* all'impugnazione per nullità, per revocazione o per opposizione di terzo", detto orientamento ritiene che lo strumento impugnatorio avverso un lodo che abbia pronunciato sulla *potestas iudicandi* arbitrale non possa mai essere il regolamento di competenza, ma solo ed esclusivamente, l'impugnazione per nullità *ex* artt. 829 ss. c.p.c.

Le conclusioni di detto orientamento, tuttavia, secondo chi scrive, non sono condivisibili.

Una diversa e più articolata esegesi del dato normativo, la valorizzazione dell'equiparazione "funzionale" tra arbitrato e giurisdizione statale sancita dalla Consulta e dalla Suprema Corte, considerazioni di carattere sia sistematico che di opportunità pratico-applicativa, in uno con spunti ricavabili da esperienze pratico-applicative di altri ordinamenti e dal funzionamento del sistema della Convenzione di New York, inducono infatti ad optare per l'*immediata impugnabilità del lodo che pronunci separatamente ed affermativamente* sulla questione della *potestas*

iudicandi arbitrale, attribuendo uno spazio di operatività, quale rimedio impugnatorio avverso quella pronuncia (come anche, seppur con maggior cautela, avverso quella declinatoria), allo strumento del regolamento di competenza.

Ciò però pone inevitabili problemi di coordinamento con il giudizio di nullità e con i motivi di impugnazione del lodo in esso invocabili, di cui verrà dato adeguatamente conto.

Ulteriori problematiche processuali su cui sarà necessario soffermarsi riguardano l'istituto della trasmigrazione, "sdoganato", come visto, nei rapporti arbitro-giudice, dalla pronuncia della Corte costituzionale n. 223 del 2013. Sarà infatti necessario chiarire non solo una serie di aspetti rilevanti relativi alle modalità attraverso cui detta trasmigrazione dovrebbe avvenire (sotto il profilo, ad esempio, del *termine* entro cui le parti debbano attivarsi per consentire la prosecuzione della causa nell'altro foro; della *forma dell'atto* – riassunzione o riproposizione – attraverso cui assicurare detta prosecuzione, in considerazione della *non affinità strutturale tra i due giudizi* e delle diverse regole che disciplinano i rispettivi snodi processuali – dal ruolo della difesa tecnica, agli atti compiuti dall'organo giudicante, all'intervento in causa e simili –; dell'*indicazione, da parte dell'organo declinante, dell'organo ritenuto competente*; dell'efficacia, nel giudizio *ad quem*, di atti e provvedimenti adottati dall'organo che si è spogliato della causa; della considerazione *unitaria* delle due fasi ai fini della valutazione della ragionevole durata del processo nel suo complesso), ma altresì come il ricorso a quel meccanismo si relazioni con il tema dell'efficacia extraprocessuale della decisione, giudiziale o arbitrale, sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale: dalla necessità o meno di attendere la formazione del giudicato *formale* delle decisioni, arbitrali e giudiziali, sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, affinché tali decisioni producano un'efficacia extraprocessuale e vincolante nei confronti dell'organo adito – preventivamente, contestualmente o successivamente – nell'*altro* processo, all'individuazione del *momento a partire dal quale dovrebbe decorrere il termine* entro cui le parti debbano attivarsi per consentire la prosecuzione della causa nell'altro foro, al valore da attribuire alle preclusioni e decadenze eventualmente già maturate nell'altro giudizio sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, in conseguenza, ad esempio, di condotte omissive delle parti quanto alla proposizione della rilevante eccezione. Ci si deve chiedere, ad esempio, ove si ritenga possibile la trasmigrazione della causa anche a seguito di una pronuncia declinatoria pronunciata dal giudice *a quo che non sia ancora divenuta definitiva*, come debba comportarsi il giudice *ad quem*, in particolare nel caso in cui la pronuncia declinatoria sia stata impugnata e il giudizio di impugnazione sia ancora pendente.

In chiusura ci si soffermerà sul regime applicabile alla spendita, in un giudizio, della decisione, *definitiva*, formatasi nell'altro, sul merito della lite o sulla sola questione della *potestas iudicandi* arbitrale, soprattutto per quanto attiene alla sua

rilevabilità (solo su istanza di parte o anche *ex officio*), alla luce delle preclusioni sussistenti, sia in sede giudiziale e che in sede arbitrale, per le contestazioni alla *potestas iudicandi* dell'organo adito e il problema, strettamente correlato, del regime applicabile all'eventuale conflitto tra un giudicato arbitrale e un giudicato statale.

CAPITOLO 1

I RAPPORTI TRA ARBITRATO E GIURISDIZIONE STATALE. IL QUADRO NORMATIVO

SOMMARIO: *Sezione Prima. La normativa vigente sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione ordinaria.*

– 1. La riforma dell'arbitrato introdotta dal d.lgs. n. 40 del 2006. Lineamenti generali. – 2. L'art. 817 c.p.c. e il problema del conflitto arbitro-giudice *dalla prospettiva dell'arbitro*. – 3. L'art. 819 *ter* c.p.c. e il problema del conflitto arbitro-giudice *dalla prospettiva del giudice statale*. – 4. L'art. 829 c.p.c. e il conflitto arbitro-giudice in sede di impugnazione. – 5. Altre disposizioni rilevanti per la tematica del rapporto tra arbitrato e giudizio statale. – 5.1. La nuova formulazione dell'art. 819 c.p.c. e la generalizzazione del potere di cognizione incidentale degli arbitri. – 5.2. L'art. 817 *bis* c.p.c. e il caso peculiare dell'eccezione di compensazione che deduce un controcredito non compreso nel patto arbitrale. – 5.3. L'art. 819 *bis* c.p.c. e la sospensione del procedimento arbitrale. – *Sezione Seconda. L'equiparazione normativa degli effetti del lodo a quelli della sentenza statale e la controversa qualificazione dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione ordinaria.* – 6. L'art. 824 *bis* c.p.c. e la "codificazione" dell'equiparazione degli effetti del lodo arbitrale rituale a quelli della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria. La conclusione di un lungo percorso. – 6.1. Il pluridecennale dibattito sulla natura giuridica del fenomeno arbitrale: dal codice di rito del 1865 alla riforma del 2006. – 6.1.1. Le diverse teorie sulla natura giuridica dell'arbitrato nell'ambito dei codici del 1865 e del 1940. – 6.1.2. Il lodo e i suoi effetti nella novella del 1983 e nella riforma del 1994. – 6.1.3. La "svolta negoziale" delle Sezioni Unite con la decisione n. 527 del 2000 e la "replica giurisdizionalista" della Corte costituzionale con la sentenza n. 367 del 2000. – 6.2. La riforma del 2006 e le successive fondamentali pronunce del 2013 della Corte costituzionale n. 223 e delle Sezioni Unite n. 24153. – 6.3. Le attuali posizioni della dottrina e della giurisprudenza sulla *vexata quaestio* della natura giuridica dell'arbitrato rituale e sugli effetti del lodo arbitrale. – 6.4. Alcune riflessioni sugli effetti del lodo arbitrale. – 7. La riforma del 2006 e il tutt'ora problematico inquadramento teorico dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione ordinaria. – 7.1. Il dibattito relativo alla qualificazione giuridica e agli effetti dell'*exceptio compromissi* nel regime pre-2006. – 7.1.1. La tesi prevalente in giurisprudenza: la riconducibilità dei rapporti arbitro-giudice alla categoria della "competenza" e la qualificazione dell'*exceptio compromissi* in termini di "eccezione di incompetenza derogabile". – 7.1.2. La "svolta negoziale" delle Sezioni Unite con la decisione n. 527 del 2000. – 7.2. La riforma del 2006, il controverso utilizzo normativo della nozione di "competenza" e il tutt'ora non sopito dibattito dottrinale sul punto. – 7.3. Riflessioni conclusive sull'inquadramento dell'*exceptio compromissi*.

SEZIONE PRIMA

LA NORMATIVA VIGENTE SUI RAPPORTI TRA ARBITRATO
E GIURISDIZIONE ORDINARIA1. *La riforma dell'arbitrato introdotta dal d.lgs. n. 40 del 2006. Lineamenti generali*

La riforma del diritto dell'arbitrato del 2006, attuata con il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40¹, ha introdotto una serie di norme rilevanti per disciplinare alcuni tra i principali nodi problematici relativi ai rapporti *e conflitti* tra arbitrato e giurisdizione ordinaria, che, per decenni, in ragione soprattutto del precedente vuoto legislativo (salva qualche sporadica eccezione²), avevano alimentato un acceso dibattito in dottrina e giurisprudenza³. Invero, in conformità all'ampio mandato conferitogli dalla legge-delega del 14 maggio 2005, n. 80⁴, il legislatore è intervenuto su pressoché la totalità delle norme del Titolo VIII del Libro IV del codice di rito, introducendo numerose e significative novità.

Le due disposizioni *centrali* per l'oggetto della presente ricerca sono l'art. 817 c.p.c. e l'art. 819 *ter* c.p.c. Esse disciplinano il problema dell'allocazione della *potestas iudicandi* tra arbitro e giudice statale, dalla prospettiva, rispettivamente, del primo (art. 817 c.p.c.) e del secondo (art. 819 *ter* c.p.c.)⁵, in parte codificando

¹ D.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40: "Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 maggio 2005, n. 80", emanato in base all'articolo 1, comma 2, della legge 14 maggio 2005, n. 80, di conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, concernente delega al Governo per l'emanazione di un decreto legislativo recante modificazioni al codice di procedura civile, di cui al regio decreto 28 ottobre 1940, n. 1443, in materia di giudizio in cassazione e di arbitrato". Per maggiori riferimenti v. E.F. RICCI, *La delega sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 2005, 951 ss.

² Invero, l'unica norma che riguardava *direttamente* il tema della rispettiva allocazione di *potestas iudicandi* tra arbitro e giudice statale era l'art. 817 c.p.c. che, rispetto alla versione attuale, pur rubricato anch'esso "Eccezione d'incompetenza", contemplava unicamente una preclusione processuale (consistente nell'impossibilità di impugnare successivamente il lodo) per la parte che non avesse eccepito, nel corso del procedimento arbitrale, che le conclusioni delle altre parti esorbitavano dai limiti del compromesso o della clausola compromissoria.

³ Di cui daremo conto nel secondo capitolo.

⁴ Su cui v. P.L. NELA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile. Commentario*, II, Bologna 2007, 1768 ss.; G. RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato. Commentario agli artt. 806 – 840 c.p.c. Aggiornato alla legge 18 giugno 2009, n. 69*, Padova 2010, 281 ss.

⁵ Le norme sono state introdotte in ossequio al mandato ricevuto dal legislatore delegato dalla

orientamenti interpretativi già consolidati, in parte scontandovisi, in parte, infine, introducendo una disciplina integralmente nuova. Si tratta di un notevole passo avanti, che consente di dare alcune risposte ai tanti dubbi emersi in passato.

Tra le novità degne di rilievo meritano di essere menzionate, ad esempio, una più articolata regolamentazione dell'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* dell'organo adito, invocabile sia in sede arbitrale che in sede giudiziale, con specificazione del relativo contenuto, termine di proposizione ed effetti della omessa o intempestiva proposizione; l'espressa previsione dell'impugnabilità, con il regolamento di competenza, della decisione del giudice statale che, in presenza di una convenzione di arbitrato, affermi o neghi la propria "competenza"⁶; la previsione, di cui al comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c., che, in caso di parallelismo di procedure, statuisce che la "competenza" degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della medesima causa (o di causa connessa) davanti al giudice statale; la possibilità, infine, contemplata dal comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c., di proporre un'autonoma domanda giudiziale (di mero accertamento), vertente esclusivamente sulla questione della (in)validità o (in)efficacia della convenzione arbitrale.

Sotto il profilo sistematico, rivestono poi grande importanza una serie di altre norme (cui ci si riferirà più volte nel corso della trattazione), che, nonostante la persistenza di tutt'ora contrastanti visioni sulla "natura giuridica" del fenomeno arbitrale *in generale*, nonché del lodo e dei suoi effetti *in particolare*, consentono una più adeguata sistematizzazione delle molte interferenze che possono verificarsi tra arbitrato e giurisdizione statale in corrispondenza dei diversi stadi e dei diversi snodi delle rispettive procedure.

Il riferimento è, *in primis*, all'art. 824 *bis* c.p.c. ("*Efficacia del lodo*"), che, nell'attribuire espressamente al lodo *gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria*, ha inteso soprattutto superare l'orientamento "negozialista" inaugurato con la celebre decisione delle Sezioni Unite n. 527 del 2000⁷ (che nell'arbitrato vedeva un fenomeno esclusivamente privatistico, attribuendo al lodo un'efficacia meramente *negoziale*). La norma, tuttavia, non è risolutiva dei molteplici

legge-delega, che peraltro si era limitata a prevedere – all'art. 1 d.l. n. 35 del 2005 convertito con modificazioni nella l. n. 80 del 2005 – che il Governo disciplinasse: "(...) in generale i rapporti fra arbitro e giudice, ivi compresa l'eccezione di patto compromissorio", senza fornire specifiche indicazioni sul contenuto delle disposizioni e senza dunque che fosse possibile presagire le scelte che il legislatore delegato ha infine compiuto sul terreno del diritto positivo: v. E.F. RICCI, *La delega sull'arbitrato*, cit., 951 ss.

⁶ Il termine "competenza" è qui usato in senso *atecnico* perché, come si vedrà, la riconducibilità dei rapporti arbitro-giudice alla categoria della "competenza" è da sempre oggetto di dibattito, e la situazione non è mutata a seguito della riforma del 2006.

⁷ Su tale sentenza ritorneremo ampiamente nel corso della trattazione. Per una prima ricognizione vedila in *Foro it.*, 2001, I, 839 e in *Giur. it.* 2001, 1107, nt. G. CANALE.

profili problematici relativi alla pluridecennale *querelle* sulla “natura giuridica” del fenomeno arbitrale (perennemente oscillante tra gli opposti poli del *carattere privatistico-negoziale* e di quello *giurisdizionale*).

Meritevole di menzione è altresì l’art. 819 c.p.c. (“*Questioni incidentali*”), che ha rivoluzionato il sistema previgente in tema di cognizione arbitrale sulle questioni incidentali (in particolare sulle *questioni pregiudiziali di merito*), di fatto equiparando i poteri degli arbitri a quelli dei giudici statali. Invero, se il precedente sistema si fondava su uno sbilanciamento dei rispettivi poteri⁸, la riforma consente oggi anche all’arbitro di conoscere in via incidentale di tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia, *anche se vertenti su materie non compromettibili*, con l’unico limite rappresentato dalla necessità che queste vengano decise con efficacia di giudicato.

Importanza sistematica riveste altresì la norma di cui all’art. 819 *bis* c.p.c. (“*Sospensione del procedimento arbitrale*”), sia considerata nel suo complesso (nella misura in cui rafforza l’autonomia del procedimento arbitrale rispetto a quello statale, rendendolo, rispetto a prima, molto più impermeabile ad episodi e/o accadimenti esterni⁹), sia con particolare riferimento al motivo di sospensione di cui al comma 1, n. 3 che, legittimando gli arbitri, sulla scia della nota decisione della Consulta del 28 novembre 2001 n. 376¹⁰, a rimettere alla Corte costituzio-

⁸ Al giudice statale era infatti riconosciuta la facoltà di conoscere di tutte le questioni pregiudiziali sorte nel giudizio e integranti inevitabili passaggi logici per pervenire alla decisione della causa, mentre all’arbitro era consentito di conoscere in via incidentale, *unicamente* delle questioni pregiudiziali aventi ad oggetto rapporti astrattamente *compromettibili*. Rispetto alle questioni incidentali relative a materia non compromettibile, poi, gli era sottratto non solo il potere di cognizione piena (con efficacia di giudicato), ma financo – secondo l’orientamento maggioritario – la facoltà di conoscerle incidentalmente, imponendogli, dunque, la sospensione del giudizio. Per riferimenti v. L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 819 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile. Libro quarto: Procedimenti speciali art. 806-840*, Bologna 2014, 641 ss. Sul tema v., *amplius*, par. 5.1.

⁹ Questo perché la norma disciplina per la prima volta, in maniera organica, l’istituto della sospensione del procedimento arbitrale (che prima della riforma trovava solo una scarna disciplina nell’ambito della norma – l’art. 819 c.p.c. prev. – dedicata alle questioni incidentali) e individua i motivi di sospensione *in maniera tassativa* (salvo ulteriori ipotesi specifiche, dettate da espresse previsioni di legge, come nel caso, da un lato, dell’art. 816 *sexies* c.p.c., che prevede, per le ipotesi di successione universale in pendenza del giudizio arbitrale, il potere discrezionale degli arbitri di assumere le misure idonee a garantire il rispetto del principio del contraddittorio, tra cui, specificamente, la possibilità di sospendere il giudizio; dall’altro, dell’art. 815, comma 5, c.p.c. che, in tema di ricusazione degli arbitri, lascia loro la determinazione circa la decisione se sospendere o meno il giudizio pendente, ogniquale volta insorga e debba decidersi su detta questione.

¹⁰ In *Foro it.* 2002, I, 1649 ss. Anche su questa decisione (che, appunto, aveva riconosciuto, per la prima volta, in capo agli arbitri, il potere di rimessione alla Corte costituzionale della questione di costituzionalità delle leggi), ritorneremo ampiamente nel corso della trattazione (v., in particolare, il par. 6.1.3. di questo capitolo).

nale una questione di legittimità costituzionale, riconosce all'attività da essi svolta il carattere della *giurisdizionalità*, intesa in senso "oggettivo"¹¹, annoverando gli arbitri tra le "autorità giurisdizionali" (anche se *non giudiziarie*¹²) ai sensi dell'art. 23, l. 11 marzo 1953, n. 87.

Ancora, l'art. 817 *bis* c.p.c. ("*Compensazione*") disciplina un'ipotesi particolare di questione pregiudiziale, che il summenzionato art. 819 c.p.c. omette di regolare espressamente¹³, estendendo il potere di cognizione dell'arbitro su un controcredito opposto da una parte in compensazione, *pur se non compreso nell'ambito della convenzione di arbitrato*. Come osservato da autorevole dottrina, tale norma si colloca: "(...) *all'interno di quel sistema c.d. a doppio binario, che si è visto regolare il possibile concorso, anche in via sincronica, tra un giudizio ordinario e un giudizio arbitrale sullo stesso oggetto e che è reso in particolare possibile dalla disposizione del successivo art. 819-ter cod. proc. civ.*"¹⁴.

In tema di impugnazione per nullità del lodo arbitrale, infine, la *ratio* che sottende la nuova formulazione degli artt. 829 ss. c.p.c., con cui si è avuta una razionalizzazione dei motivi di impugnazione e una più analitica disciplina delle ipotesi di pronuncia rescissoria da parte della Corte d'appello, è quella di *accrescere la stabilità del lodo*, limitando il controllo su di esso da parte del giudice dello Stato¹⁵, rafforzando così, anche per questa via, l'autonomia del meccanismo arbitrale.

L'interprete ha dunque oggi a disposizione molti più appigli normativi per districarsi nei meandri della complessa problematica dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione. Ciononostante, molte questioni rimangono, a tutt'oggi, irrisolte.

La formulazione spesso incompleta o involuta delle norme ne rende infatti tutt'altro che agevole la comprensione. Il reciproco coordinamento, poi, risulta spesso problematico, in ragione di una non infrequente sovrapposizione del rispettivo ambito di applicazione. Ancora, rimangono tutt'ora privi di disciplina (o quantomeno privi di una disciplina *univoca*) alcuni aspetti cruciali della proble-

¹¹ Ossia quale attività finalizzata, nell'ambito di un procedimento disciplinato dalla legge e volto alla risoluzione di una controversia, ad un'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, con le garanzie del contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria, come tale espletabile non solo dagli organi dello Stato, ma, appunto, anche dagli arbitri.

¹² Per la distinzione v. C. PUNZI, *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell'alternativa contrattualità-giurisdizionalità dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 2014, 3 ss.

¹³ La deduzione, nel giudizio arbitrale, di un controcredito opposto in compensazione, ma non coperto dal patto arbitrale integra infatti una fattispecie di insorgenza, nel corso del giudizio, di una questione pregiudiziale compromettibile, ma, di fatto, *non compromessa*, che debba essere decisa, per legge, con efficacia di giudicato.

¹⁴ Così L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 817 bis c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 603.

¹⁵ S. BOCCAGNA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 458.

matica: dalla questione del regime di impugnabilità del lodo che abbia deciso (anche o solo) sulla *potestas iudicandi* arbitrale, al tema dell'efficacia (solo endoprocessuale o anche *esterna*) del lodo arbitrale e della decisione giudiziale sulla *potestas iudicandi* arbitrale nei confronti, rispettivamente, del giudice statale e dell'arbitro¹⁶.

In questa Sezione procederemo ad una sintetica illustrazione delle novità normative più significative in relazione al tema della presente ricerca, con un primo tentativo di enucleazione delle principali problematiche sottese alla loro interpretazione ed applicazione.

Nella seconda Sezione ci soffermeremo, invece, sulla portata sistematica dell'art. 824 *bis* c.p.c., che, come detto, ha sancito per via normativa l'equiparazione degli effetti del lodo arbitrale, dalla data della sua sottoscrizione, a quelli della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria. Tale norma, introdotta con l'intento di superare le ambiguità del previgente art. 823, ultimo comma, c.p.c. (per il quale: “*Il lodo ha efficacia vincolante tra le parti dalla data della sua ultima sottoscrizione*”) e di contrapporsi alla “svolta negoziale” inaugurata dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 527 del 2000¹⁷, non ha tuttavia sopito il secolare dibattito (soprattutto) dottrinale – di cui daremo conto nei paragrafi 6.1. ss. – sul tema, *in generale*, della natura giuridica del fenomeno arbitrale e, *in particolare*, del lodo arbitrale. Aspetti questi che, in ragione della loro stretta interconnessione con istituti quali la litispendenza, la continenza, i limiti oggettivi e soggettivi del giudicato, il conflitto fra giudicati, sono idonei a riverberarsi, in maniera più o meno intensa, sul tema dei rapporti e conflitti tra arbitrato e giurisdizione statale.

Uno dei profili che sicuramente la riforma del 2006 non ha risolto è quello dell'inquadramento teorico dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione e, in particolare, quello della “qualificazione giuridica” dell'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* proposta, in presenza di una convenzione di arbitrato, dinanzi, rispettivamente, al giudice statale e all'arbitro. Nonostante il reiterato utilizzo, da parte delle norme vigenti, del termine “competenza”, alcune incongruenze del regime attualmente in vigore (che, ad esempio, *espressamente* esclude l'applicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, di molte norme *proprio* in tema di competenza, pacifi-

¹⁶ V., in tal senso, B. CAPPONI, *Modestino Acone, la competenza e l'arbitrato*, in *Giusto proc. civ.* 2009, 397 ss., per il quale l'intervento riformatore, che non avrebbe apportato particolari novità rispetto al passato, non risolve tutti i gravi problemi che la dottrina aveva evidenziato in passato. V. anche S. BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, in AA.VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino 2008, II, 319, per il quale con la riforma si assisterebbe, di fatto, ad una sorta di ritorno all'antico, avendo il legislatore per lo più recepito molte delle soluzioni, *ma anche delle incongruenze*, che caratterizzavano l'orientamento giurisprudenziale più risalente.

¹⁷ Come già detto, sulla decisione ritorneremo ampiamente nel prosieguo della trattazione.

camente applicabili, invece, nei rapporti tra giudici ordinari), le non poche lacune normative e le problematiche di inquadramento teorico e pratico-applicativo di numerose disposizioni impediscono di aderire pedissequamente alla ricostruzione adottata (quantomeno sotto l'aspetto nominalistico e terminologico) dal legislatore.

Non stupisce, dunque, che la dottrina abbia continuato, anche dopo la riforma, a prospettare inquadramenti teorici *anche sensibilmente divergenti tra loro* (di cui, dopo una breve retrospettiva storica, daremo conto sempre nella seconda Sezione).

Al tema specifico dei conflitti, positivi e negativi, di *potestas iudicandi*, tra arbitro e giudice statale, nonché alle diverse soluzioni prospettate dalla dottrina e dalla giurisprudenza, saranno dedicati il secondo capitolo (per il periodo ante-riforma) e il terzo capitolo (per il periodo post-riforma).

2. *L'art. 817 c.p.c. e il problema del conflitto arbitro-giudice dalla prospettiva dell'arbitro*

Il nuovo art. 817 c.p.c.¹⁸, come detto, è una delle due norme “portanti” in tema di rapporti (e conflitti) di *potestas iudicandi* fra arbitrato e giurisdizione statale. La norma si occupa della tematica *dalla prospettiva del giudizio arbitrale*.

Della versione ante-riforma, essa mantiene la medesima rubrica (“*Eccezione di incompetenza*”), ma contiene una disciplina normativa molto più articolata rispetto allo scarno dettato precedente (riprodotto ora nell'ultimo comma del nuovo art. 817 c.p.c.), che si limitava a disciplinare le conseguenze della mancata proposizione dell'eccezione sull'esorbitanza delle conclusioni delle altre parti dai limiti della convenzione arbitrale.

Il nuovo testo, oltre a riconoscere espressamente il potere degli arbitri di decidere sulla propria “competenza” e ad includere le ipotesi (e le conseguenze sul procedimento arbitrale) di contestazioni sollevate *al di fuori* del procedimento arbitrale, contempla una serie di possibili contestazioni alla *potestas iudicandi* dell'arbitro, delineando, per ciascuna di esse, uno specifico regime processuale, per quanto attiene ai termini della rispettiva proponibilità e alle conseguenze della loro mancata proposizione. Tale norma è in parte *speculare* a quella di cui all'art. 819 *ter* c.p.c., che si occupa più o meno degli stessi profili (sebbene con maggior respiro sistematico), ma *dalla prospettiva del giudice statale*. Anche da questi dettagli emerge un po' il

¹⁸ Che, secondo P.L. NELA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo*, cit., 1768, non troverebbe una fonte *diretta* nella legge-delega, che non si esprime sulle specifiche questioni che la nuova norma affronta. La legge-delega, in effetti, si era limitata a prevedere che il Governo disciplinasse: “(...) *in generale i rapporti fra arbitro e giudice, ivi compresa l'eccezione di patto compromissorio*”.

leitmotiv della riforma del 2006, ravvisabile nell'intenzione del legislatore di parificare, per quanto possibile, la vicenda processuale svolgentesi in sede arbitrale rispetto a quella che ha luogo dinanzi al giudice statale¹⁹.

Per cominciare, l'art. 817 c.p.c. condensa, in soli tre commi, quattro diversi tipi di contestazione alla *potestas iudicandi* arbitrale, per quanto l'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c., nel consentire l'impugnabilità del lodo se esso abbia: "(...) *pronunciato fuori dei limiti della convenzione di arbitrato (...)*", faccia erroneamente riferimento ad un *inesistente* comma 4 ("*... ferma la disposizione dell'art. 817, 4° comma (...)*")²⁰. Nel tentativo di coordinare le disposizioni della norma in esame con il disposto di cui all'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c., la dottrina prevalente²¹ suggerisce di leggere la norma in questione *come se si riferisse a quattro, anziché a tre, commi*²². I rinvii operati dal n. 1) (che contiene l'inciso: "(...) *ferma la disposizione dell'articolo 817, terzo comma*") e dal n. 4) (che contiene l'inciso: "(...) *ferma la disposizione dell'articolo 817, quarto comma*") dell'art. 829, comma 1, andrebbero dunque interpretati *come se si riferissero*, il primo, alla seconda parte del comma 2²³ e, il secondo, al comma 3 dell'art. 817²⁴.

Il comma 1 codifica espressamente, per la prima volta, il principio *Kompetenz Kompetenz*²⁵, statuendo che: "(...) *gli arbitri decidono sulla loro competenza*",

¹⁹ Secondo P.L. NELA, *Sub art. 817 c.p.c.*, cit., 1769: "(...) *poche misure perseguono il fine di assimilare gli arbitri ai giudici quanto questa norma*".

²⁰ Sul discutibile accorpamento di due statuizioni che hanno ben poco in comune tra loro (ver-tendo esse, da un lato, sulla contestazione dei poteri degli arbitri in sede *diversa* da quella arbitrale e, dall'altro, sulla tempistica della proposizione della carenza di *potestas iudicandi* dinanzi agli arbitri), v. E.F. RICCI, *L'arbitrato e il tipografo legislatore (Elogio della 'rientranza')*, in *Riv. dir. proc.* 2006, 631 ss.; G. RUFFINI, *Sub art. 817, c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 282. Parlano di svista tipografica anche P.L. NELA, *Sub art. 817 c.p.c.*, cit., 1775, nt. 16; P. PELLEGRINELLI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile. Vol. III – Tomo II: Arbitrato. Entrata in vigore delle nuove discipline sul giudizio di cassazione e sull'arbitrato. Con il commento alla disciplina transitoria della Legge 18 giugno 2009, n. 69 in materia di arbitrato e cassazione*, Padova 2009, III, 2, 823.

²¹ Per tutti, F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, 6^a ed., Milano 2011, 387, ove si trova una riformulazione "corretta", in quattro commi, dell'art. 817 c.p.c.

²² Così L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 817 c.p.c.*, cit., 555, che osserva: "(...) il punto tra le due frasi era nato come punto a capo, capace in quanto tale di scandire tra loro due diversi commi normativi, poi correttamente richiamati dal successivo art. 829 cod. proc. civ."

²³ Che recita: "*La parte che non eccepisce nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri l'incompetenza di questi per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato, non può per questo motivo impugnare il lodo, salvo il caso di controversia non arbitrabile*".

²⁴ Che recita: "*La parte, che non eccepisce nel corso dell'arbitrato che le conclusioni delle altre parti esorbitano dai limiti della convenzione arbitrale, non può, per questo motivo, impugnare il lodo*".

²⁵ Sul principio *Kompetenz Kompetenz* ritorneremo diffusamente nel prosieguo della trattazione (in particolare nel secondo capitolo). Ci basti qui ricordare che il codice del 1940 non conteneva

alcuna disposizione sul principio *Kompetenz Kompetenz*. Ciononostante, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie, sia statale che arbitrale, non nutrivano dubbi sulla sua applicabilità anche all'arbitrato (salvo forse dubbi sulla possibilità per l'arbitro di decidere della propria "competenza" in caso di contestazione alla stessa sorta in sede giudiziale; v. L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano 1923, 87 ss., 104 ss.). Principio cui veniva riconosciuta più o meno la medesima, attuale, estensione, attribuendo cioè agli arbitri il potere di decidere su *tutte le questioni attinenti alla propria competenza* (ivi comprese quelle attinenti alla interpretazione del patto arbitrale e alla compromettibilità della lite), in linea con le soluzioni adottate dalla maggioranza degli ordinamenti a livello internazionale (su cui v. C. CONSOLO, *Raccordi o antifonie fra arbitrato e giudizio ordinario? Profili comparatistici e transnazionali*, in AA.VV., *Studi in onore di Piero Schlesinger*, V, Milano 2004, 3845 ss.), con la rilevante eccezione, forse unica, dell'ordinamento americano (su cui mi permetto di rinviare a A. HENKE, *Il diritto americano e l'incerto fondamento del principio Kompetenz-Kompetenz in materia di arbitrato*, in *Dir. comm. int.* 3, 2011, 739 ss.). Nell'ordinamento italiano, tale riconoscimento veniva fondato, in parte, sull'assimilazione dell'eccezione di difetto di *potestas iudicandi* dell'arbitro ad un'eccezione di incompetenza, in parte, sul disposto del previg. art. 829, comma 1, c.p.c. (che, prevedendo l'impugnazione del lodo per nullità del patto compromissorio, ammetteva implicitamente il sindacato degli arbitri sulla validità di tale accordo), nonché sul disposto del previg. art. 819 c.p.c. (che circoscriveva la sospensione del procedimento arbitrale al solo caso in cui fosse sorta una questione pregiudiziale non compromettibile). Nella dottrina italiana v., ad esempio, L. MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, I, Torino 1902, 703; T. CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Noviss. Dig. It.*, I, 2, Torino 1958, 889; E. REDENTI, voce "*Compromesso*", in *Noviss. Dig. It.*, Torino 1959, III, 795 ss.; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli 1964, 834; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano 1971, 229; R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano 1971, 326 ss.; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano 1988, 223; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2000, I, 678; M. BOVE, *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. civ.* 2002, 437. In giurisprudenza v., *ex multis*, Cass. 10 novembre 1998, n. 11294, in *Riv. arb.* 1999, 89; Cass. 29 ottobre 1991, n. 11460, in *Riv. arb.* 1992, 667, nt. D. BUONCRISTIANI, *Possibilità di esaminare d'ufficio l'inammissibilità dell'appello proposto avverso sentenza che ha dichiarato la nullità del decreto ingiuntivo per incompetenza del giudice adito, essendo la controversia compromessa in arbitrato rituale*; Cass. 25 ottobre 1982, n. 5568, in *Giust. civ.* 1983, 1228; Cass. 5 agosto 1968, n. 2803, in *Giust. civ.* 1969, I, 682; Cass. 27 luglio 1957, n. 3167, in *Riv. dir. proc.* 1957, I, 244, nt. V. COLESANTI, *Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri*; Cass. 9 dicembre 1949, n. 2564, in *Giur. it.* 1951, I, 1, 154, nt. JANNUZZI; App. Milano 31 ottobre 1950, in *Giur. it.* 1951, I, 615, nt. C. FURNO, *Alcune questioni in materia di arbitrato*. Per la giurisprudenza arbitrale v. Coll. arb. Roma 20 aprile 1999, in *Arch. giur. op. pubb.* 2001, 38; Coll. arb. Roma 2 marzo 1996, in *Riv. arb.* 1996, 353, nt. F. LEPRI, *Arbitrato rituale, pendenza della stessa causa innanzi al giudice statale ed applicazione dell'art. 39, 1° comma, c.p.c.*; Coll. arb. Bologna 19 ottobre 1990, in *Riv. arb.* 1991, 615, nt. ROSI; Coll. arb. Ferrara 21 aprile 1989, in *Riv. arb.* 1992, 333, nt. F. CIPRIANI; Coll. arb. Roma 22 febbraio 1989, in *Riv. arb.* 1991, 147, nt. A. GIARDINA, *Continenza e connessione di cause fra arbitro e giudice ordinario*; Coll. arb. 24 ottobre 1981, in *Arch. giur. op. pubb.* 81, III, 237; Coll. arb. 22 giugno 1979, in *Arch. giur. op. pubb.* 79, III, 336. Il principio *Kompetenz Kompetenz* era ritenuto applicabile nella sua sola accezione *positiva* (ossia come principio attributivo agli arbitri del potere di decidere della propria investitura), non, invece, nella sua accezione *negativa* (con l'esclusione, cioè, del concorrente potere in capo al giudice statale, che, dunque, indipendentemente dalla previa, contestuale o successiva devoluzione della

ogniquale, nel corso del giudizio arbitrale, siano contestate (*necessariamente dalla parte*, trattandosi di eccezioni non rilevabili d'ufficio²⁶), la validità, il contenuto o l'ampiezza della convenzione di arbitrato, nonché la regolare costituzione degli arbitri. Nonostante la disomogeneità dell'oggetto delle eccezioni delineate dal comma 1 (riguardando le contestazioni su validità, contenuto e ampiezza del patto arbitrale *direttamente la fonte stessa* del potere arbitrale, la convenzione arbitrale, mentre quella sulla regolare costituzione degli arbitri un diverso tipo di vizio procedurale, che ben potrebbe convivere con la piena validità ed efficacia del patto arbitrale), la trattazione congiunta di dette eccezioni in relazione al potere cognitivo e decisorio del giudice si giustifica per il fatto che esse comunque incidono sul corretto ed effettivo esercizio della *potestas iudicandi* dell'arbitro²⁷ e, dunque, sull'*arbitrabilità – lato sensu* intesa – della disputa²⁸.

Il principio *Kompetenz Kompetenz*, o potere degli arbitri di decidere delle contestazioni attinenti alla propria *potestas iudicandi*, appare senz'altro, *dal punto di vista logico*, una contraddizione in termini. Il potere degli arbitri di pronunciarsi su qualsivoglia questione – di rito o di merito – che insorge nel corso del giudizio arbitrale dovrebbe infatti essere subordinato alla *effettiva*, e non meramente *supposta, assunta o asserita* esistenza, validità ed efficacia della convenzione arbitrale. In altre parole, l'esistenza del patto dovrebbe costituire l'inaggrabile requisito del potere di cognizione arbitrale, non, invece, l'oggetto del relativo esercizio²⁹.

medesima lite in arbitrato, conservava intatto il suo potere di decidere in piena autonomia della validità ed efficacia del patto arbitrale, in quanto questioni che incidevano sulla propria *potestas iudicandi*).

²⁶ Come vedremo, per granitico orientamento della giurisprudenza e della dottrina, l'eccezione di arbitrato costituisce un'eccezione in senso stretto (o proprio), come tale non rilevabile d'ufficio. V. in tal senso, di recente, Cass. 6 novembre 2015, n. 22748.

²⁷ *Contra* G.F. RICCI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato. Commento al titolo VIII del libro IV del Codice di procedura civile. Artt. 806-840*, 2^a ed., Bologna 2007, 468; G. RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 283, per i quali i vizi attinenti alla costituzione degli arbitri, non avendo ad oggetto la volontà delle parti di compromettere la lite, non riguarderebbero propriamente la ripartizione della *potestas iudicandi* fra giudice ed arbitro, ma rileverebbero esclusivamente all'interno del procedimento arbitrale in cui siano verificati.

²⁸ V. F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.* 2005, 773 ss.

²⁹ In tal senso anche F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, cit., 780, per il quale: "(...) da un punto di vista logico, gli arbitri dovrebbero avere solo il potere di conoscere, e non anche di decidere delle questioni attinenti alla convenzione di arbitrato, posto che il loro potere decisorio è appunto subordinato alla *effettiva*, e non anche alla *asserita*, esistenza, validità ed efficacia della convenzione"; così anche E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, 2^a ed., III, Milano 1957, 467; S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano 1995, 42. In proposito v. anche Cass. 13 dicembre 2001, n. 15753, in *Riv. arb.* 2003, 81, nt. S. BALDI, *L'arbitrato irrituale e il potere di verifica degli arbitri in merito all'esistenza, validità e portata della clausola compromissoria* e in *Giust. civ.* 2002, I, 3113, nt. F. TIZI, *Il controllo del potere degli arbitri liberi da parte del giudice statale*.

Tale principio si giustifica, tuttavia, in ragione dell'intenzione degli ordinamenti che lo riconoscono di puntellare *l'autonomia e indipendenza* dell'arbitrato, che sarebbero invece seriamente pregiudicate ove la mera contestazione della *potestas iudicandi* dell'arbitro fosse sufficiente ad imporre il ricorso al giudice statale per ottenere una decisione preliminare sulla questione controversa sorta nell'ambito del giudizio arbitrale, sottraendo all'arbitro qualsivoglia potere di decisione³⁰.

In assenza di quel principio, infatti, alla parte che, per qualsiasi ragione (detta anche solo da intenti ostruzionistici o dilatori), intenda opporsi all'arbitrato, basterebbe, per paralizzare la procedibilità del giudizio arbitrale, proporre un'eccezione (anche palesemente infondata) di carenza di *potestas iudicandi* dell'arbitro³¹. L'applicazione del principio *Kompetenz Kompetenz* anche all'arbitrato ne garantisce invece l'efficacia ed effettività, preservandolo da indebite interruzioni ed interferenze giudiziali³².

Il potere degli arbitri di decidere "sulla propria competenza" non è, peraltro, *assoluto*³³. Esso soggiace ("*... nonostante qualunque preventiva rinuncia (...)*", come recita l'art. 829, comma 1, c.p.c.) al *controllo successivo del giudice statale* (nell'ambito di un giudizio di impugnazione per nullità del lodo o di un eventuale giudizio per il suo riconoscimento ed esecuzione all'estero), azionabile su istan-

³⁰ Era questa, in effetti, la soluzione prospettata fin dai tempi di L. MORTARA, secondo il quale, ogniqualvolta sorgesse nel giudizio arbitrale una questione in ordine alla validità del patto arbitrale, gli arbitri avrebbero dovuto sospendere il procedimento, ai sensi dell'allora vigente art. 819 c.p.c., in attesa che sul punto si pronunciasse il giudice ordinario, potendo essi conoscere in via incidentale soltanto delle contestazioni attinenti all'ampiezza del patto arbitrale.

³¹ F.P. LUISO, *Ancora sui rapporti tra arbitri e giudice*, in *Riv. arb.* 1997, 522.

³² Invero, l'equiparazione, *quoad effectum*, del lodo arbitrale alla sentenza giudiziale, espressamente sancita dalla riforma del 2006 all'art. 824 *bis* c.p.c. e, in generale, l'estensione, all'arbitrato, di molte norme applicabili ai giudizi statali (si pensi, ad esempio, all'art. 111 c.p.c., richiamato dall'art. 816 *quinquies* c.p.c.), che sottende l'intenzione del legislatore della riforma di conferire all'arbitrato pari dignità rispetto al giudizio statale, non solo non ostano, ma anzi spingono per l'estensione, all'arbitro, di regole e principi che connotano l'esercizio del potere decisorio del giudice statale, tra cui il principio *Kompetenz Kompetenz* si staglia come principio fondamentale. D'altra parte, non v'è dubbio che il principio *Kompetenz Kompetenz*, in presenza di una convenzione arbitrale, trovi altresì applicazione in sede giudiziale. A riprova di ciò è sufficiente considerare il disposto dell'art. 819 *ter*, comma 2, c.p.c. che, prevedendo l'impugnabilità (con regolamento di competenza) della sentenza con cui il giudice afferma o nega la propria competenza in ragione di una convenzione d'arbitrato, non può che presupporre che il giudice statale, dinanzi al quale sia formulata l'*exceptio compromissi*, abbia il potere di procedere ad un esame dell'accordo compromissorio al fine di decidere su tale eccezione.

³³ V. F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.* 2005, 783, per il quale le questioni pregiudiziali relative alla sussistenza della *potestas iudicandi* dell'arbitro (di cui quest'ultimo, a differenza del giudice statale, non può mai decidere *principaliter*), sono sempre sottoponibili al controllo pieno ed incondizionato della Corte d'appello in sede di impugnazione per nullità del lodo.

za della parte (verosimilmente quella soccombente nel merito), che intenda contestare la valutazione compiuta dall'arbitro circa la sussistenza o meno della propria *potestas iudicandi*, a patto che quella stessa parte si sia premurata di sollevare le relative censure già nell'ambito del giudizio arbitrale³⁴. Il combinato disposto degli artt. 817 e 829 c.p.c. realizza, cioè, un bilanciamento fra l'esigenza, da un lato, di garantire l'autonomia ed indipendenza del procedimento arbitrale e il bisogno, dall'altro, di assicurare (mediante il successivo, anche se solo eventuale, scrutinio giudiziale) che la controversia sia decisa da soggetti che siano stati *effettivamente investiti*, dalle parti, *di un inequivocabile mandato decisorio*.

Tra le possibili declinazioni del principio *Kompetenz Kompetenz* applicato all'arbitrato³⁵, il legislatore italiano ha adottato quella che contempla il *potere con-*

³⁴ G. RUFFINI, *Sub art 817 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 287; M. BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.* 2007, 366; ID., *Il patto compromissorio*, cit., 438. L'art. 829, comma 1, c.p.c. prevede, infatti, che l'impugnazione per nullità nei casi ivi previsti sia ammessa: "nonostante qualunque preventiva rinuncia". L'inserimento dell'aggettivo *preventiva* si deve al legislatore del 2006, il quale, così facendo, ha lasciato intendere che una rinuncia *successiva*, formalizzata dopo la pronuncia del lodo, sia ammissibile: così E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, 2ª ed., Bologna 2007, 652. La norma rende inammissibili pattuizioni con cui le parti demandino agli arbitri il compito di accertare *in modo definitivamente vincolante* la propria competenza, con l'effetto di sottrarre il lodo a qualsivoglia successivo scrutinio giudiziale. Pattuizioni simili (attraverso cui si realizza una sorta di "compromesso sulla questione di competenza"), efficacemente ribattezzate "clausole di competenza *al quadrato*" (così C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario (evoluzioni e problemi irrisolti)*, in *Riv. arb.* 1998, 676), erano frequenti nell'ordinamento tedesco prima della riforma dell'arbitrato del 1998 (c.d. *Kompetenz Kompetenz Klausel*). La riforma, prevedendo l'impugnabilità senza limiti della decisione degli arbitri sulla propria competenza (v. la S. 1040, comma 3 ZPO), pare averne sancito la definitiva inammissibilità. Per riferimenti v. K.H. SCHWAB-G. WALTER, *Schiedsgerichtbarkeit*, 7ª ed., Monaco 2005, 48; C. CONSOLO, *Raccordi o antifonie fra arbitrato e giudizio ordinario?*, cit., 3848 ss.

³⁵ In base ad una prima accezione (c.d. *effetto positivo* del principio *Kompetenz Kompetenz*), esso si limita ad attribuire all'arbitro, di cui sia contestata la *potestas iudicandi*, il potere di decidere su tutte le contestazioni mosse alla stessa, senza che ciò gli conferisca alcuna esclusività o una situazione di prevalenza rispetto al giudice statale (ovvero senza che ciò implichi, di per sé, il diritto dell'arbitro a pronunciarsi su dette contestazioni necessariamente *per primo* – rispetto ad altri organi potenzialmente legittimati –, né il diritto ad avere *l'ultima e definitiva parola* su dette contestazioni – con l'esclusione, cioè, di possibili successive revisioni della valutazione da esso compiuta). Una seconda accezione del principio in questione (c.d. *effetto negativo* del principio *Kompetenz Kompetenz*), adottata, fra gli altri, dall'ordinamento francese (e, come avremo modo di vedere nel terzo capitolo, anche, parzialmente, dagli ordinamenti svizzero e inglese), comporta non solo l'attribuzione agli arbitri del potere di decidere di tutte le questioni attinenti alla loro *potestas iudicandi*, ma altresì l'esclusione di qualsivoglia potere concorrente del giudice statale di pronunciarsi su di esse finché non si sia pronunciato l'arbitro, salvo, in ogni caso, l'accesso al giudice statale (in sede di impugnazione per nullità del lodo) per uno scrutinio successivo sulla correttezza della pronuncia arbitrale. Una terza accezione del principio *Kompetenz Kompetenz*, meno frequente, adottata (in

corrente del giudice statale di pronunciarsi sulla questione della competenza arbitrale, anche ove un giudizio arbitrale sia stato preventivamente instaurato e sia, tutt'ora, pendente.

Ciò risulta (sebbene sul punto non manchino ricostruzioni divergenti, su cui ci soffermeremo ampiamente nel prosieguo) dal combinato disposto di cui al comma 2 dell'art. 817 c.p.c. (ai sensi del quale: “[q]uesta disposizione [i.e. il potere degli arbitri di decidere sulla propria competenza] si applica anche se i poteri degli arbitri sono contestati in qualsiasi sede per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento”) e al comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c. (ai sensi del quale: “[l]a competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice, né dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice”³⁶).

Ne risulta un sistema (tradizionalmente denominato delle “vie parallele”³⁷), in virtù del quale sia l'arbitro che il giudice statale, di fronte ai quali la questione sia stata tempestivamente sollevata, hanno il potere di decidere autonomamente dell'esistenza, validità ed efficacia del patto arbitrale (ossia della sussistenza della propria *potestas iudicandi* in presenza di una convenzione arbitrale), *senza che la pendenza di una procedura dinanzi all'altro organo abbia alcuna incidenza sull'esercizio di tale potere*.

Rispetto ad altre soluzioni, che privilegiano esigenze di *coordinamento preventivo* tra la procedura, rispettivamente, arbitrale e giudiziale (quale quella adottata dall'ordinamento francese, che attribuisce agli arbitri, una volta costituiti, il *potere*

passato) dall'ordinamento tedesco (*Kompetenz Kompetenz Klausel*) e, attualmente, a certe condizioni, dall'ordinamento americano (su cui v. A. HENKE, *Il diritto americano e l'incerto fondamento del principio Kompetenz-Kompetenz*, cit., 739 ss.), è quella che attribuisce all'arbitro *non solo la prima, ma anche l'ultima parola* sulla questione della sussistenza della propria competenza, con esclusione dunque di qualsivoglia valutazione concorrente o revisione successiva da parte del giudice statale. Per F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, cit., nt. 27, secondo il quale il legislatore italiano avrebbe accolto il principio *Kompetenz Kompetenz* in senso ampio (F.P. LUISO, *ult. cit.*, 779) – su cui v. K.H. SCHWAB-G. WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 7^a ed., München 2005, 48) – la vera portata del principio *Kompetenz Kompetenz* starebbe proprio nella possibilità che all'arbitro sia dato dalle parti il potere di decidere, in modo *vincolante*, ed *insindacabile anche in sede giurisdizionale*, della validità ed efficacia della convenzione arbitrale.

³⁶ Così anche G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino 2006, 22, per il quale la norma di cui al comma 2 dell'art. 817 c.p.c. intenderebbe sancire la sopravvivenza del potere degli arbitri di decidere della propria competenza persino in ipotesi di decisione della stessa questione da parte del giudice statale, in caso di doppia pendenza di un giudizio arbitrale e di un giudizio statale sulla medesima causa. In tal senso v. anche C. DELLE DONNE, *Sub art. 817 c.p.c.*, in P. COMOGGIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA, *Commentario del Codice di Procedura Civile. Vol. VII – Tomo IV (Artt. 796-840 c.p.c.)*, Torino 2014, 522 ss. (che, a proposito dell'espressione “in qualsiasi sede”, parla di non perspicua formulazione); M. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in M. BOVE, C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile. Commento alle novità riguardanti il processo di cognizione ed esecutivo, il processo arbitrale e il giudizio di cassazione*, Milano 2006, *passim*.

³⁷ Su cui ritorneremo ampiamente nel secondo capitolo.

esclusivo di decidere sulla questione della validità ed efficacia del patto arbitrale, precludendone una contestuale e concorrente cognizione da parte del giudice statale³⁸), quella adottata dall'ordinamento italiano privilegia il valore della *reciproca autonomia e indifferenza* delle due procedure, consentendo l'esercizio *concorrente e parallelo* del potere decisorio dell'arbitro e del giudice statale.

Ne segue che, nell'ordinamento italiano, a differenza di ciò che accade nell'ordinamento francese, è possibile lo svolgimento parallelo di due procedure sulla medesima causa dinanzi all'arbitro e al giudice statale, ogniqualvolta il giudice e l'arbitro, in ossequio al principio *Kompetenz Kompetenz*, pervengano a conclusioni *divergenti* circa la sussistenza o meno di un valido ed efficace patto arbitrale. L'assenza di un meccanismo di coordinamento preventivo tra le due procedure³⁹, oltre al rischio di conflitti *positivi* di competenza tra arbitrato e giurisdizione statale (e, dunque, al possibile parallelismo di procedure sulla medesima causa e, potenzialmente, a un successivo conflitto tra giudicati), porta inevitabilmente con sé anche il rischio di conflitti *negativi* di competenza (e dunque, potenzialmente, di un diniego di giustizia), ogniqualvolta alla declinatoria pronunciata da un organo segua la declinatoria pronunciata dall'altro.

Il comma 1 dell'art. 817 c.p.c. riferisce il potere degli arbitri di “decidere sulla propria competenza” a contestazioni aventi ad oggetto *la validità, il contenuto o l'ampiezza* della convenzione d'arbitrato o *la regolare costituzione degli arbitri*. Altre tipologie di contestazioni sono menzionate dai commi 2 (*inesistenza, invalidità e inefficacia* della convenzione arbitrale) e 3 (*esorbitanza* delle conclusioni delle parti rispetto ai limiti del patto arbitrale), *non, tuttavia, in relazione al potere cognitorio dell'arbitro*, bensì in riferimento alla previsione di un termine

³⁸ Il riferimento è al combinato disposto degli artt. 1465 (per il quale il tribunale arbitrale ha “giurisdizione esclusiva” di decidere sulle contestazioni alla sua *potestas iudicandi*) e 1448 del codice di procedura civile francese (che impone al giudice ordinario, ogniqualvolta il procedimento arbitrale sia già pendente, di declinare la propria competenza senza alcun esame, neppure superficiale, della convenzione medesima eccepita dinanzi ad esso, consentendogli invece tale esame solo se le parti non abbiano ancora attivato l'arbitrato, ma, in tal caso, solo ove la convenzione arbitrale appaia – *prima facie* – manifestamente nulla o inapplicabile). In tal senso l'ultima riforma non ha fatto altro che ribadire un principio e una prassi applicativa consolidati nell'ordinamento francese. Per riferimenti v. M. DE SANTIS, M.M. WINKLER, *La riforma francese del diritto dell'arbitrato: un commento sistematico*, in *Dir. comm. int.* 2011, 927 ss. e 942; G. BONATO, *L'ultima riforma francese dell'arbitrato*, in *Riv. arb.* 2012, 491 ss.

³⁹ Quali, ad esempio, il criterio della prevenzione; o la facoltà, riconosciuta alle parti, di stipulare una pattuizione arbitrale “sulla competenza”, analoga all'istituto della *Kompetenz Klausel*, in voga in passato nell'ordinamento tedesco; o, ancora, il riconoscimento dell'effetto *negativo* del principio *Kompetenz Kompetenz*, secondo la soluzione adottata dall'ordinamento francese; o, infine, l'attribuzione, alla decisione sul patto arbitrale pronunciata dal giudice o dall'arbitro, di un'efficacia “esterna” e vincolante. Su tali alternative e prospettive ritorneremo diffusamente nel secondo capitolo.

– a pena di preclusione – per il rispettivo rilievo ad istanza di parte (individuato, nel primo caso, *nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri* e, nel secondo caso, in un momento non meglio specificato, purché *nel corso dell'arbitrato*).

La formulazione della norma di cui all'art. 817 c.p.c. è alquanto involuta e disarmonica, essendo articolata in disposizioni che pongono non pochi problemi interpretativi e di coordinamento sistematico. Sussiste, ad esempio, una discrasia fra le questioni cui si riferisce il comma 1 e quelle prese in considerazione dal comma 2, seconda parte, lasciando aperto l'interrogativo se la disciplina prevista per le une si estenda o meno anche alle altre. In particolare, non è chiaro se *anche* i vizi menzionati nel comma 2 rientrino nel cono d'ombra del potere cognitivo-decisorio degli arbitri, allorché debbano “decidere” sulla propria competenza (che il comma 1 riferisce in maniera espressa *unicamente* alle ipotesi ivi menzionate⁴⁰) e, per converso, se *anche* le contestazioni relative ai profili menzionati nel comma 1, *ma non nel comma 2*, siano soggette allo stesso termine preclusivo cui si riferisce la seconda parte del comma 2.

Considerata la sostanziale analogia tra i (o almeno alcuni dei) vizi attinenti alla *potestas iudicandi* arbitrale distribuiti dal legislatore nelle diverse disposizioni, verrebbe da pensare che non vi è ragione per differenziare, in relazione a quelle tipologie di contestazione, il regime concernente il termine preclusivo. Si pensi, ad esempio, all'eccezione relativa al contenuto o ampiezza del patto arbitrale: la censura relativamente ad esso mira, nella sostanza, a far valere *l'inesistenza* di un patto arbitrale *rispetto alla porzione di controversia* bensì dedotta nel giudizio arbitrale, *ma non compresa nell'originaria stipulazione delle parti*.

Tuttavia, in relazione a detta eccezione, il comma 1 dell'art. 817 c.p.c., nel contemplarla assieme a quelle su cui l'arbitro ha il potere di conoscere e decidere in applicazione del principio *Kompetenz Kompetenz*, utilizza l'espressione “nel corso dell'arbitrato”, ovvero la stessa espressione utilizzata per l'eccezione di irregolare costituzione degli arbitri. E proprio con riferimento a quest'ultima l'art. 829, comma 1, n. 2, c.p.c., nel prevedere la possibilità dell'annullamento del lodo se

⁴⁰ C. CONSOLO, *Le impugnazioni di sentenze e dei lodi*, Padova 2006, 296, include altresì l'inesistenza tra il ventaglio di ipotesi cui si riferisce il comma 1. Più dubitativo P.L. NELA, *Sub art. 817*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, cit., 1777, per il quale: “È possibile che il legislatore qui non abbia menzionato l'ipotesi di inesistenza di convenzione arbitrale per mera dimenticanza, ma non è neppure da escludere che ciò sia fatto ad arte”. Secondo tale autore, l'inesistenza sarebbe fenomeno che sfugge di per sé ad un univoco inquadramento legale, trattandosi di fattispecie residuale che va a coprire quelle ipotesi non espressamente disciplinate dalla legge (per quanto non manchino sporadici riferimenti a detta categoria in alcune previsioni di legge: v., ad esempio, l'art. 810, comma 3, c.p.c., per cui il presidente del tribunale, su istanza della parte diligente, nomina l'arbitro in luogo della parte che non vi abbia provveduto, a patto che la convenzione di arbitrato non sia manifestamente *inesistente*).

gli arbitri non siano stati nominati con le forme e nei modi prescritti nei capi II e VI del titolo VIII (“Dell’arbitrato”), richiede come condizione che la nullità sia stata dedotta nel giudizio arbitrale, *senza però specificare un termine preclusivo più preciso*. Resta dunque il dubbio se all’eccezione attinente al contenuto o all’ampiezza del patto arbitrale debba estendersi il termine preclusivo *più stringente* della prima difesa successiva all’accettazione degli arbitri (valorizzando l’analogia strutturale dell’eccezione in questione rispetto a quelle contemplate dalla seconda parte del comma 2 dell’art. 817 c.p.c.), oppure (valorizzando la contiguità di collocazione normativa rispetto all’eccezione di irregolare costituzione degli arbitri) vada applicato il termine *più flessibile* “nel corso del giudizio”, con la conseguente necessità di svolgere la relativa eccezione non necessariamente entro la prima difesa, come prescrive, invece, l’art. 817, comma 2 c.p.c.

A ben vedere, anche altre sono le incongruenze che emergono da una formulazione particolarmente involuta della norma⁴¹.

Cercando di mettere un po’ d’ordine tra le diverse disposizioni, va osservato che la “concretizzazione” dei vizi oggetto delle contestazioni espressamente menzionate dall’art. 817 c.p.c. (che la norma si limita a menzionare, senza fornire indicazione alcuna sulla loro esatta portata, contenuto ed estensione), non pare

⁴¹ Ad esempio, non è chiaro se l’involuta formulazione della prima parte del comma 2 (“*Questa disposizione [il richiamo è al primo comma] si applica anche se i poteri degli arbitri sono contestati in qualsiasi sede per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento*”), che estende l’operatività del principio *Kompetenz Kompetenz* a contestazioni sui profili menzionati nel comma 1, *anche ove sollevate in un contesto diverso dal giudizio arbitrale*, investa anche i diversi profili menzionati nella seconda parte del comma 2 (inesistenza e inefficacia del patto arbitrale). L’unico vizio che rientra nell’alveo di entrambe le disposizioni (operatività del principio *Kompetenz Kompetenz* e soggezione al termine preclusivo) è quello dell’invalidità (menzionato infatti sia nel primo che nel secondo comma), che pare tuttavia soggetto a sua volta ad un regime intrinsecamente contraddittorio, qual è quello risultante dal combinato disposto degli artt. 817, comma 2, c.p.c. (per il quale: “La parte che non eccepisce *nella prima difesa successiva all’accettazione degli arbitri* l’incompetenza di questi per (...) invalidità (...) della convenzione d’arbitrato, *non può per questo motivo impugnare il lodo (...)*”) e 829, comma 1, n. 1 c.p.c. (motivo che consente l’annullamento del lodo: “(...) *se la convenzione d’arbitrato è invalida, ferma la disposizione dell’articolo 817, terzo comma*”). Tale ultimo inciso, infatti, stando al dato letterale, richiamerebbe il termine preclusivo non della *prima difesa successiva all’accettazione degli arbitri*, ma quello (“nel corso del procedimento arbitrale”) riferito al vizio dell’esorbitanza delle conclusioni. Un’ulteriore conferma del fatto che il surriferito inciso rappresenti una svista del legislatore, che, nel richiamare il comma 3, intendeva in realtà riferirsi alla seconda parte del comma 2 (pena, altrimenti, l’ammissione che esista un conflitto insanabile tra le disposizioni). Ancora, non è chiaro se l’espressione di cui al comma 3 “nel corso dell’arbitrato” debba essere intesa *in senso letterale* (consentendo, dunque, alla parte di sollevare l’eccezione *per tutta la durata del procedimento*, financo per la prima volta al momento della precisazione delle conclusioni – o comunque in un momento che, nel giudizio arbitrale, corrisponda a questa fase), oppure se debba essere “integrata” – nell’ottica di un coordinamento sistematico tra le diverse disposizioni di cui all’art. 817 c.p.c. – con un termine più specifico.

compito eccessivamente arduo, in ragione di una tendenziale convergenza che emerge dalle riflessioni della dottrina e altresì dalla prassi applicativa della giurisprudenza.

Così – seguendo l'ordine in cui le diverse contestazioni sono elencate dai tre commi della disposizione –, per quanto attiene alle contestazioni relative alla *(in)validità* (menzionata sia nel primo, sia nel secondo comma, *in positivo* e in relazione al potere cognitivo degli arbitri e, rispettivamente, *in negativo* e in relazione, questa volta, al solo termine preclusivo entro cui proporre la relativa eccezione), si ritiene che detta nozione non debba rigidamente interpretarsi alla stregua delle analoghe nozioni e/o categorie civilistiche.

In particolare, la classica distinzione tra nullità e annullabilità, propria della dommatica civilistica, funzionale, *inter alia*, all'applicazione di un diverso regime di rilevabilità del vizio, non è esportabile in ambito arbitrale, ove vige, sempre e comunque, il principio della rilevabilità del vizio *ad istanza di parte*⁴².

La nozione di *(in)validità* arbitrale va piuttosto ricostruita tenendo presenti sia la disciplina speciale contenuta negli artt. 807 e 808 c.p.c. (e, quindi, le norme dettate *specificamente* per l'istituto arbitrale), sia la disciplina “generale” dei contratti, sia, infine, la normativa sostanziale generale⁴³. A mero titolo esemplificativo, nella nozione di “invalidità” andrebbero compendiate tutti quei vizi che, pur presupponendo *l'esistenza formale* di una pattuizione arbitrale, siano riconducibili, dal punto di vista civilistico, da un lato, alla *nullità originaria* (ad esempio, per l'assenza di forma scritta richiesta dagli artt. 807 e 808 c.p.c.⁴⁴ o, nel caso di clausola compromissoria statutaria, per la mancata attribuzione della nomina degli arbitri ad un terzo estraneo alla società⁴⁵); dall'altro, alla *nullità sopravvenuta* (ad esempio, per la *sopravve-*

⁴² Sul punto v. E. OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri sui presupposti dell'arbitrato*, Torino 2011, 69 ss.; E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, Milano 2009, 17 ss.

⁴³ Così E. OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri*, cit., 72 e 75; E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale*, cit., 84; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 717.

⁴⁴ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 807 c.p.c.*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 119 ss.; L. GUADALUPI, *L'arbitrato telematico*, in *Riv. arb.* 2007, 691 ss.

⁴⁵ In relazione a tale ipotesi, vi è stato per lungo tempo un contrasto tra chi riteneva che la nullità in questione colpisse solo le clausole compromissorie per arbitrato societario, ma non impedisse l'introduzione di clausole compromissorie statutarie per arbitrato *di diritto comune* (in tal senso v. P.L. NELA, *Sub art. 34 – D. lgs. n. 5/2003*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Il nuovo processo societario. Commentario*, Bologna 2004, 929 ss.) e chi, invece, riteneva che la nullità riguardasse *tutte le ipotesi di patto arbitrale statutario difforme dal modello predisposto* dal d.lgs. n. 5 del 2003 (così E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 34 – D. lgs. n. 5/2003*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrati speciali. Commentario*, Bologna 2008, 60 ss.). Il contrasto pare ora essere stato definitivamente composto dalla Corte di cassazione, che ha espressamente accolto la seconda tesi, dichiarando la nullità di

nienza di una norma imperativa, che prescrive, eventualmente in modo espresso a pena di nullità, un determinato contenuto per le clausole compromissorie⁴⁶ o che dichiara, *sic et simpliciter*, nulle le clausole compromissorie già stipulate e contenute in certi tipi di contratti⁴⁷); dall'altro ancora, all'*annullabilità* dell'accordo arbitrale (nel caso, ad esempio, di carenza di capacità di una delle parti ai sensi dell'art. 808 c.p.c.⁴⁸ o di vizi della volontà: dolo, violenza, errore)⁴⁹.

Per quanto riguarda, invece, le contestazioni sul *contenuto* e sull'*ampiezza* della convenzione di arbitrato, si ritiene che esse abbiano ad oggetto i casi in cui una parte censuri il deferimento, in arbitrato, di controversie *sin dall'inizio* non rientranti nel patto arbitrale originariamente stipulato⁵⁰, come tali distinte da quelle cui si riferisce

tutte le clausole compromissorie statutarie che non demandino ad un terzo estraneo la nomina degli arbitri: v. Cass. 9 dicembre 2010, n. 24867, in *Notariato* 2011, 137, nt. A. PICCOLO, *Arbitrato societario tra alternatività ed esclusività di modelli*. A partire dalla riforma del 1994, invece, non costituisce più motivo di nullità del patto compromissorio la mancata od erronea indicazione del numero degli arbitri, in ragione dell'operatività, in tali casi, dei meccanismi suppletivi di nomina indicati dagli artt. 809 ss. V. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 809 c.p.c.*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, 2^a ed., cit., 205 ss.

⁴⁶ V., in tal senso, l'art. 34, comma 2, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, che ha imposto che la clausola compromissoria contenuta nell'atto costitutivo di una società dovesse: "(...) prevedere il numero e le modalità di nomina degli arbitri, conferendo in ogni caso, a pena di nullità, il potere di nomina di tutti gli arbitri a soggetto estraneo alla società". Su cui v. F. AULETTA, *La nullità della clausola compromissoria a norma dell'art. 34, D. lgs. 17 gennaio 2003 n. 5: a proposito di recenti disorientamenti del notariato*, in *Riv. arb.* 2004, I, 361 ss.; M. BIANCHINI, *Osservazioni in tema di (in)validità delle clausole compromissorie non adeguate alla nuova disciplina dell'arbitrato c.d. «endosocietario»*, in *Giur. comm.* 2006, I, 410 ss.; L. BOGGIO, *Le clausole compromissorie statutarie alla luce dell'art. 34, 2^o comma, D. lgs. n. 5 del 17 gennaio 2003*, in *Riv. arb.* 2005, 199.

⁴⁷ Invero, in tutte queste ipotesi, in cui la norma imperativa sopravvenuta potrebbe essere sia *retroattiva* che *irretroattiva* (v., sul punto, A.M. MARZOCCO, *Nullità sopravvenuta della clausola compromissoria e diritto intertemporale*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli 2010, 497 ss.; E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma suppletiva, norma dispositiva*, in *Riv. dir. civ.* 2001, I, 580 ss.), sarebbe più corretto parlare di invalidità del patto arbitrale per nullità (sopravvenuta) con efficacia *ex tunc*. L'art. 15, comma 3, d.l. n. 195 del 2009, ad esempio, dispone che: "Al fine di assicurare risparmi di spesa, i compromessi e le clausole compromissorie inserite nei contratti stipulati per la realizzazione di interventi connessi alle dichiarazioni di stato di emergenza (...) sono nulli e i collegi arbitrali già eventualmente costituiti stauiscono in conformità" (statuizione poi sostituita dalla l. 26 febbraio 2010, n. 26 con le parole: "(...) sono fatti salvi i collegi arbitrali presso cui pendono i giudizi per i quali la controversia abbia contemplato la fase istruttoria alla data di entrata in vigore del presente decreto").

⁴⁸ Su cui v. P.L. NELA, G.P. CATALANO, *Sub art. 808 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, cit., 1616 ss.

⁴⁹ In generale, per una rassegna sulle ipotesi di annullabilità della convenzione d'arbitrato, v. F. FESTI, *La clausola compromissoria*, Milano 2001, 358 ss.

⁵⁰ G. RAMPAZZI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in F. CARPI, M. TARUFFO (a cura di), *Commentario breve*

l'ultimo comma dell'art. 817 c.p.c. (*esorbitanza delle conclusioni di una delle parti dai limiti della convenzione di arbitrato*), che presuppongono, invece, che le domande originariamente devolute alla cognizione arbitrale *rientrassero nell'ambito di applicazione della convenzione* (e la cui esorbitanza dai limiti della pattuizione originaria sarebbe solo la conseguenza di conclusioni, formulate successivamente all'avvio del procedimento arbitrale, su cui le parti abbiano richiesto agli arbitri una pronuncia *con efficacia di giudicato*)⁵¹. Nei casi dubbi, il *contenuto* e l'*ampiezza* della convenzione di arbitrato andranno determinati tenendo conto anche della norma di cui all'art. 808 *quater* c.p.c., chiaramente ispirata a un *favor arbitratus*, secondo cui la convenzione arbitrale deve essere interpretata nel senso in cui essa *si estende a tutte le controversie* derivanti dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce⁵².

Per quanto riguarda, poi, l'*irregolare costituzione degli arbitri*, il vizio è integrato, ad esempio, ogniqualvolta emerga un'irregolare accettazione dell'incarico da parte degli arbitri o la mancanza, in essi, della capacità legale d'agire⁵³; oppure allorquando la nomina degli arbitri⁵⁴ (nonché la loro sostituzione, ricsuzione, rimozione⁵⁵) sia avvenuta in violazione delle modalità e delle forme espressamen-

al codice di procedura civile, 6 ed., Padova 2009, 2543 ss.; G.F. RICCI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 471 ss., per il quale tali questioni: "(...) sono le uniche alle quali dovrebbe attagliarsi la nozione di 'competenza' degli arbitri in senso tecnico e ciò poiché l'arbitro dovrebbe ritenersi incompetente tutte le volte che la questione portata al suo esame fuoriesca in tutto o in parte dalla convenzione di arbitrato".

⁵¹ Ove invece si tratti di cognizione *in via meramente incidentale*, come si ricava dal novellato art. 819, comma 1, c.p.c., non vi è alcun limite al potere degli arbitri, anche qualora siano coinvolte materie non arbitrabili, salvo che la legge non ne imponga una decisione con efficacia di giudicato.

⁵² La norma recita testualmente: "*Nel dubbio, la convenzione d'arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce*".

⁵³ Capacità d'agire che il nuovo art. 812 c.p.c. ha espressamente posto come unico requisito necessario per la nomina ad arbitro. Per un commento alla norma v. G. RAMPAZZI, *Sub art. 817 c.p.c.*, cit., 2523 ss.

⁵⁴ Per riferimenti alle diverse tipologie di contestazioni attinenti alla nomina degli arbitri v. V. SANGIOVANNI, *Numero e modo di nomina degli arbitri tra arbitrato ordinario e arbitrato societario*, in *Corr. giur.* 2005, 1133 ss.; A. BLANDINI, *La clausola compromissoria nell'arbitrato societario: sul vincolo della designazione degli arbitri a cura di soggetto estraneo*, in *Riv. dir. comm.* 2007, I, 585 ss.; E. OCCHIPINTI, *L'oggetto della clausola compromissoria e la nomina dell'organo giudicante nell'arbitrato societario*, in *Riv. arb.* 2005, 597 ss.; N. SOLDATI, *Sindaci-arbitri: nullità della clausola compromissoria statutaria tra doveri di terzietà e imparzialità della nomina*, nt. a Cass. 30 marzo 2007, n. 7972, in *Riv. arb.* 2009, 296 ss.; D. GROSSI, *Sul conflitto di competenza tra presidenti del tribunale per la nomina dell'arbitro ex art. 810 c.p.c.*, in *Riv. arb.* 2007, 398 ss. Per esempi di casi emblematici decisi dalla giurisprudenza, v. Cass., 8 marzo 2001, n. 3389; Cass., 4 giugno 1992, n. 6866; Cass., 26 settembre 1997, n. 9453; Cass., 2 dicembre 2005, n. 26257; Cass., 29 novembre 1999, n. 13306.

⁵⁵ Sulle problematiche in tema di regolare costituzione del tribunale arbitrale originanti dalle

te stabilite dalle parti⁵⁶; o, ancora, quando si abbiano violazioni delle norme di cui al Titolo III (quali quelle che disciplinano la formazione del collegio arbitrale in caso di processo litisconsortile); o, infine, quando gli arbitri non posseggano le qualità particolari indicate dalle parti nella convenzione arbitrale.

Con riferimento, invece, alle contestazioni cui si riferisce il comma 2 (che non si occupa dell'estensione del potere di cognizione/decisione dell'arbitro sulle contestazioni alla propria "competenza", ma unicamente dell'effetto preclusivo conseguente alla mancata o intempestiva proposizione delle relative eccezioni), esse riguardano (oltre alla già vista nozione di validità, altresì) *l'inesistenza* e *l'inefficacia* della convenzione arbitrale⁵⁷. Nella prima nozione si tende a far rientrare, in linea di principio, le ipotesi in cui *manchi del tutto* una (valida) stipulazione della convenzione di arbitrato riconducibile ad una o a tutte le parti⁵⁸. Dalla seconda parte del comma 2 emerge, argomentando *a contrario*, che *anche* l'inesistenza del lodo, se eccepita tempestivamente, legittima la parte all'impugnazione per nullità del lodo arbitrale, con la conseguenza che la mancata impugnazione dovrebbe implicare – secondo il principio della conversione dei motivi *lato sensu* di nullità in motivi di gravame – una definitiva sanatoria del vizio⁵⁹, privando di

fattispecie di ricusazione degli arbitri v. A. BALDI, *Ipotesi di ricusazione e rapporto arbitri-parti*, in *Riv. arb.* 2006, 186 ss.; L. BERGAMINI, *Ricusazione giudiziale e ricusazione amministrata dell'arbitro*, in *Riv. arb.* 2010, 251 ss.; A. PANZAROLA, *Intorno ai rimedi per denunziare la parzialità dell'arbitro*, in *Riv. arb.* 2010, 675 ss.

⁵⁶ O dal regolamento arbitrale richiamato dalle parti nel patto arbitrale o, in alternativa, dalle norme di legge applicabili nel caso la rimozione e sostituzione non avvengano ad opera delle parti.

⁵⁷ Anche in relazione a tali contestazioni valga quanto detto a proposito della nozione di (in)validità, ossia che non vi è una rigorosa corrispondenza con le nozioni civilistiche. Anche in relazione ad esse, la ricostruzione dell'esatta portata impone di guardare sia alla disciplina speciale contenuta negli artt. 806 ss. (e, quindi, a norme dettate specificamente per l'istituto arbitrale), sia alla disciplina generale dei contratti, sia alla normativa sostanziale generale. V. in proposito E. OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri*, cit., 72 e 75 ss.; L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 817 c.p.c.*, cit., 562 ss.

⁵⁸ V. P.L. NELA, *L'inesistenza della convenzione arbitrale rituale dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 976; E. OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri*, cit., 83 ss.

⁵⁹ Così anche, G. RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 288, per il quale, diversamente rispetto al passato, non è possibile sostenere che l'inesistenza del patto arbitrale implichi l'inesistenza del lodo; nello stesso senso v. S. MENCHINI, *Impugnazione del lodo "rituale"*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, Milano, 2006, 185 ss., che esclude che il mancato riferimento alle nozioni di *inesistenza* e *inefficacia* della convenzione di arbitrato nell'ambito del motivo di cui al n. 1, comma 1 dell'art. 829 c.p.c. possa condurre a conclusioni diverse, alla luce del chiaro disposto di cui alla seconda parte del comma 2 dell'art. 817 c.p.c. V. anche M. BOVE, *Aspetti problematici della nuova disciplina della convenzione d'arbitrato rituale*, in *Giusto proc. civ.* 2006, n. 2, 76. Oggi si ritiene generalmente che la possibilità di dedurre un vizio *sine die* e in qualunque sede sussista solo in relazione ad un lodo che abbia pronunciato su controversia non arbitrabile. V. P.L. NELA, *Sub art. 817 c.p.c.*, cit., 1777.

fondamento quell'orientamento giurisprudenziale ante-riforma, secondo cui l'*inesistenza* del patto arbitrale avrebbe implicato di per ciò stesso l'inesistenza stessa dell'eventuale lodo ciononostante pronunciato, con conseguente possibile deduzione di tale vizio *sine die* e in qualunque sede⁶⁰.

Per quanto riguarda, invece, la nozione di *inefficacia* della convenzione arbitrale (forse la categoria di vizi più numerosa, oggetto di regolamentazione in diverse disposizioni del codice di procedura civile, delle stesse disposizioni in materia di arbitrato⁶¹ e di leggi speciali), ad essa dovrebbero essere in linea di principio ricondotte tutte quelle ipotesi in cui un patto arbitrale, *originariamente valido*, non sia più idoneo, *per motivi sopravvenuti*, a produrre l'effetto di derogare alla giustizia statale in favore di quella arbitrale. L'efficacia di un patto arbitrale può venir meno per una serie di ragioni: l'operare di cause di estinzione proprie dei negozi di diritto privato; l'avveramento di una condizione; lo spirare di un termine perentorio; in conseguenza della risoluzione della (o di recesso dalla) convenzione arbitrale; per il venir meno dell'oggetto della lite per qualunque ragione.

Il comma 3 dell'art. 817 c.p.c., infine, si riferisce alle ipotesi di *esorbitanza delle conclusioni delle parti dai limiti della convenzione arbitrale*. Detto della differenza tra questo tipo di contestazione⁶² e quello contemplato dal comma 1 in relazione al *contenuto* e all'*ampiezza* della convenzione arbitrale⁶³, il vizio in questione è integrato ogniqualevolta i profili esorbitanti rispetto alla convenzione arbitrale

Ma v., *contra*, C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 6^a ed., Padova 2006, II, 197 ss., per il quale, anche dopo la riforma del 2006, la radicale assenza di un valido patto arbitrale dovrebbe comportare l'inesistenza del lodo.

⁶⁰ Così Cass. 25 gennaio 1997, n. 781, in *Riv. arb.* 1997, 529; Cass. 7 ottobre 2004, n. 19994; v. anche C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., II, 164 ss.

⁶¹ Si veda, ad esempio, il comma 2 dell'art. 816 *septies* c.p.c., per cui l'omesso versamento degli anticipi delle spese, nell'importo ed entro i termini determinati dagli arbitri, comporta l'*inefficacia* della convenzione d'arbitrato limitatamente alla lite ad essi devoluta. V. E. OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri*, cit., 92 ss. Per F. TIZI, *I costi del processo arbitrale*, in *Giusto proc. civ.* 2008, 593 ss., in tale ipotesi si avrebbe l'estinzione del patto compromissorio, quantomeno limitatamente alla lite deferita in arbitrato. Parla invece, in tali casi, di *inefficacia sopravvenuta* della convenzione arbitrale G.F. RICCI, *op. ult. cit.*, 466, nt. 4. *Contra*, M. COMASTRI, A. MOTTO, *Sub art. 816 septies c.p.c. Anticipazione delle spese*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 276 ss., secondo i quali, dal mancato versamento degli anticipi delle spese arbitrali, non conseguirebbe l'inefficacia della convenzione d'arbitrato, ma solo l'arresto del procedimento in corso. Un'ulteriore ipotesi di inefficacia (sebbene non agevolmente inquadrabile nella sua effettiva portata) è anche quella di cui all'art. 819 *ter*, comma 1, c.p.c. (omessa o intempestiva formulazione dell'*exceptio* compromissi dinanzi al giudice ordinario).

⁶² Che, come detto, riguarda conclusioni esorbitanti rispetto ad un patto arbitrale, nel cui ambito di applicazione rientravano tuttavia le domande originariamente formulate dalle parti.

⁶³ Che hanno ad oggetto dispute dedotte con la domanda e risposta di arbitrato, ma non rientranti nell'ambito di applicazione della convenzione arbitrale.

siano fatti oggetto di *conclusioni precise e specifiche*, su cui si chieda agli arbitri una pronuncia *in via principale e con efficacia di giudicato*, non essendo a tal fine sufficiente la proposizione di *semplici difese*⁶⁴.

L'omessa proposizione dell'eccezione ad opera della parte interessata radicherà la *potestas iudicandi* arbitrale⁶⁵. Più precisamente, ove una parte proponga una domanda di accertamento incidentale su questioni anche astrattamente compromettibili, *ma di fatto non compromesse* (e dunque *estranee* all'accordo compromissorio), e *l'altra parte non ne eccipisca l'esorbitanza* dai limiti della convenzione arbitrale, gli arbitri potranno decidere sulla questione – come vedremo nel prosieguo trattando del potere degli arbitri rispetto alle questioni incidentali regolato dall'art. 819 c.p.c. – *con efficacia di giudicato*, precludendo alla parte inerte qualsivoglia contestazione in sede di impugnazione del lodo⁶⁶; ove, invece, manchi una domanda di accertamento incidentale, gli arbitri si limiteranno a conoscere delle conclusioni esorbitanti in via incidentale⁶⁷.

⁶⁴ Cass. 11 aprile 1983, n. 2250, in *Foro it.* 1983, I, 1237, nt. C.M. BARONE.

⁶⁵ Tanto in relazione alla formulazione delle conclusioni estranee all'accordo compromissorio, quanto in relazione alla mancata proposizione dell'eccezione, si dovrà tener conto del comportamento dei difensori, senza che rilevi l'eventuale effettiva volontà della parte di ampliare l'ambito della competenza arbitrale: ciò sin dalle risalenti Cass. 24 maggio 1968, n. 1583; Cass. 24 maggio 1968, n. 1583, in *Riv. dir. proc.* 1969, 703 ss., nt. E.F. RICCI, *Contro l'istruzione probatoria segreta nel processo arbitrale*; C. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., I, 541. Si ritiene, peraltro, che, mentre l'estensione dell'oggetto del giudizio arbitrale a materia non rientrante nell'ambito di applicazione del patto arbitrale possa ricondursi all'esercizio di una sorta di *discrezionalità tecnica* (come tale consentito ad un difensore anche in difetto di apposita procura in tal senso), l'estensione del *thema decidendum* a materia *espressamente esclusa* dalle parti nella clausola compromissoria esuli dai poteri del difensore, risolvendosi, *de facto*, in un atto di disposizione del diritto in contesa ai sensi dell'art. 84, comma 2 c.p.c. (v., in tal senso, Coll. arb. Roma 4 luglio 1994, in *Riv. arb.* 1995, nt. F. LEPRI). V. anche S. BOCCAGNA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile. Commentario*, 6ª ed., Milano 2018, 1389.

⁶⁶ In questo senso, già prima della riforma, v. F. DANOVÌ, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova 1999, 305 ss.; *contra*, L. MONTESANO, *Domanda e questioni nei giudizi arbitrali*, in *Riv. dir. proc.* 2000, 630 ss.

⁶⁷ Come si vedrà nel prosieguo della trattazione, la disposizione di cui al comma 3 dell'art. 817 c.p.c. deve essere coordinata con l'art. 819 c.p.c. (che governa la decisione delle questioni incidentali – i.e. pregiudiziali di merito – nell'ambito del giudizio arbitrale), ai sensi del quale, in caso di insorgenza, nel corso del giudizio, di questioni astrattamente compromettibili ma, di fatto, non ricomprese nell'ambito di applicazione della convenzione arbitrale, la possibilità di una decisione su di esse *con efficacia di giudicato* è subordinata a un accordo di tutte le parti, che si ritiene integrato altresì ogniqualvolta, proposta da una parte domanda di accertamento incidentale su questione estranea all'accordo, l'altra parte non eccipisca, ai sensi del comma 3 dell'art. 817 c.p.c., l'esorbitanza di quella dai limiti della convenzione arbitrale. Nel caso in cui, invece, l'eccezione di cui al suddetto comma 3 sia ritualmente e tempestivamente proposta, agli arbitri – che conserveranno comunque il potere di conoscere della questione in via incidentale a norma del

Un esempio di conclusione esorbitante – disciplinato dall'art. 817 *bis* c.p.c. – è rappresentato dalla deduzione, ad opera del convenuto, di un controcredito opposto in compensazione, *ma non assistito da una convenzione arbitrale* (a fronte di un credito azionato in via principale che rientri, invece, nell'ambito di applicazione della convenzione). La mancata eccezione di esorbitanza, rispetto ai limiti del patto arbitrale, del controcredito opposto in compensazione, implicherà un'estensione del potere decisorio pieno (i.e. con efficacia di giudicato) degli arbitri *anche sul controcredito*, con la conseguente impossibilità di impugnare in un momento successivo, per questo motivo, il lodo (e, si ritiene, l'obbligo, per gli arbitri, di pronunciare su tali conclusioni, pena l'assoggettabilità del lodo ad impugnazione per nullità nel caso in cui gli arbitri abbiano dichiarato la propria incompetenza⁶⁸).

Ritornando al problema, segnalato in precedenza, delle discrasie che emergono dalla formulazione della norma di cui all'art. 817 c.p.c., una lettura coordinata di essa con l'art. 829 c.p.c. (che contiene i motivi di impugnazione del lodo anche per quanto attiene ai profili della *potestas iudicandi* degli arbitri) ci pare l'unica che possa restituire un minimo di coerenza all'impianto normativo complessivo.

Si è visto come la seconda parte del comma 2 dell'art. 817 c.p.c., nonché il suo comma 3, contemplino le *medesime* conseguenze (impossibilità, per la parte interessata, di impugnare il lodo) della mancata o intempestiva proposizione di eccezioni alla *potestas iudicandi* arbitrale aventi tuttavia oggetti *diversi* (rispettivamente, da un lato, l'incompetenza degli arbitri per *inesistenza, invalidità o inefficacia* della convenzione di arbitrato e, dall'altro, *l'esorbitanza delle conclusioni delle altre parti* dai limiti della convenzione arbitrale). Tuttavia, i termini preclusivi previsti per le due tipologie di contestazione sono diversi: per l'eccezione di inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione di arbitrato, *la prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri*⁶⁹; per l'eccezione di esorbitanza delle conclu-

ricordato art. 819 c.p.c. – sarà preclusa la possibilità di pronunciare una decisione con efficacia di giudicato. Sul punto v. G. RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 291. La tesi (minoritaria in dottrina: v. P.L. NELA, *Sub art. 817 c.p.c.*, cit., 1778), secondo cui, alla luce del combinato disposto di cui agli artt. 817, comma 3 e 819 c.p.c., si dovrebbe distinguere, quanto alla rispettiva efficacia, tra, da un lato, la decisione resa dagli arbitri su conclusioni formulate da una delle parti *al di fuori del perimetro della convenzione arbitrale* e, dall'altro, la decisione arbitrale pronunciata, *su richiesta di tutte le parti*, su questione pregiudiziale di merito *non compresa nella pattuizione arbitrale*, attribuendo solo a quest'ultima un'“*efficacia di giudicato*”, presenta non poche criticità, a cominciare dal suo porsi in conflitto con il disposto di cui all'art. 824 *bis* c.p.c.

⁶⁸ Così A. BRIGUGLIO, in R. VACCARELLA, G. VERDE, *Codice di procedura civile commentato*, IV, Torino 1997, 862; Coll. arb. 14 aprile 1980, in *Giust. civ.* 1981, I, 3110.

⁶⁹ Come esplicitato nella Relazione illustrativa del decreto legislativo, tale previsione risponderebbe ai principi di *lealtà* e di *autoresponsabilità*. V. M. BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, cit., 364.

sioni dai limiti del patto arbitrale, in un momento non meglio specificato, *purché nel corso dell'arbitrato*.

La preclusione relativa alla seconda tipologia di contestazione era già contemplata dalla precedente versione dell'art. 817 c.p.c., in relazione alla quale il legislatore del 1940 aveva previsto il medesimo termine perentorio (ossia "nel corso del procedimento")⁷⁰, mentre quella relativa alla prima tipologia di vizi è una novità della riforma⁷¹.

Ora, il comma 1, n. 1 dell'art. 829 c.p.c. menziona, tra i vizi genetici o sopravvenuti del patto arbitrale, idonei a condurre all'annullamento del lodo, il solo vizio dell'*invalidità* e contiene l'inciso: "(...) *ferma la disposizione dell'articolo 817, terzo comma*". Né la prima, né la seconda espressione, tuttavia, devono interpretarsi alla lettera. Il termine *invalidità* utilizzato in questa sede, infatti, lungi dal riferirsi *unicamente ed esclusivamente* all'analogo termine menzionato dall'art. 817 c.p.c. (escludendo, cioè, le fattispecie ivi giustapposte dell'inesistenza e dell'inefficacia, o quelle di cui al comma 1 attinenti al contenuto e all'ampiezza del patto arbitrale), inevitabilmente include tutti gli altri vizi contemplati dall'art. 817 c.p.c. (salvo quello dell'irregolare costituzione degli arbitri, cui è dedicato un motivo espresso, il n. 2 del comma 1 dell'art. 829 c.p.c.), pena, altrimenti, l'assenza di un rimedio impugnatorio per quei vizi, pur se denunciati tempestivamente nel corso del giudizio arbitrale.

La nozione di *invalidità* di cui al comma 1 dell'art. 829 c.p.c. *sintetizza cioè tutti i vizi (genetici o sopravvenuti) del patto arbitrale*, e dunque tutte le ipotesi di sua nullità, annullabilità, inefficacia e inesistenza.

Per il fatto che, d'altra parte, il richiamo al comma 3 dell'art. 817 c.p.c., contenuto nel comma 1, n. 1 dell'art. 829 (in relazione al vizio dell'*invalidità* del patto

⁷⁰ V., per riferimenti, C. RASIA, *Il conflitto transnazionale tra giurisdizione ordinaria e arbitrato sulla medesima lite. Spunti su un principio di «lis alibi pendens» nell'arbitrato internazionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 1074.

⁷¹ Nel contesto del precedente impianto normativo, non essendo comminata alcuna espressa decadenza, si riteneva che le eccezioni relative all'inesistenza, invalidità o inefficacia del patto arbitrale, nonché quelle relative all'irregolare costituzione degli arbitri, fossero bensì rimesse all'iniziativa delle parti (anche se non mancavano opinioni favorevoli al rilievo officioso dell'invalidità della convenzione arbitrale: in tal senso v. V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, 3^a ed., Napoli 1964, 791, con riferimento al caso della clausola compromissoria conclusa da un incapace; più di recente, per un'opinione eterodossa in giurisprudenza, v. Cass. 3 giugno 2004, n. 10561), potendo tuttavia essere dedotte per la prima volta anche in sede d'impugnazione del lodo, ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 1, c.p.c. Per riferimenti v. E. OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri*, cit., 117; G. RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 288. Tale soluzione non è invece oggi più praticabile perché incompatibile con il dato normativo. V. E.F. RICCI, *Clausola compromissoria "vessatoria" e impugnazione del lodo*, nt. a CGUE, 26 ottobre 2006, C-168/05, in *Riv. dir. proc.* 2007, 1086; BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, cit., 364.

arbitrale), deve essere in realtà inteso – a causa della già menzionata svista tipografica del legislatore – come un riferimento *all'ultima parte del comma 2* della disposizione, il combinato disposto degli artt. 817 e 829 c.p.c. implica non solo che l'arbitro potrà conoscere e decidere delle contestazioni volte a far valere l'inesistenza⁷², così come la nullità⁷³, l'annullabilità⁷⁴, l'inefficacia⁷⁵ o altre gravi irregolarità della convenzione arbitrale (e, dunque, che il principio *Kompetenz Kompetenz* abbraccia *anche* quest'ultime ipotesi), ma altresì che *tutti i vizi appena menzionati* (al pari di quelli espressamente menzionati dal comma 2 dell'art. 817 c.p.c.) *debbano essere invocati dalla parte entro il medesimo termine* (la prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri), affinché quella parte sia legittimata ad impugnare il lodo in un momento successivo⁷⁶.

Sarebbe del resto irragionevole che la rilevazione del vizio di invalidità, che si colloca a metà strada tra quello, *più grave*, dell'inesistenza e quello, *meno grave*, dell'inefficacia, fosse essa solo soggetta al termine preclusivo della prima difesa, mentre gli altri due, senza alcuna comprensibile *ratio*, fossero invece soggetti al termine diverso, e più "liberale", della deduzione *durante tutto il corso del giudizio arbitrale*⁷⁷.

Come detto, fanno eccezione a quanto sopra, da un lato, il vizio di irregolare costituzione degli arbitri, per cui l'art. 829 c.p.c. (al comma 1, n. 2) prevede un motivo di impugnazione *autonomo* rispetto a quello relativo all'invalidità del patto arbitrale ("*(...) se gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi prescritti nei capi II e VI del presente titolo (...)*"), richiedendo bensì che esso sia oggetto di espressa eccezione dinanzi agli arbitri, ma non necessariamente nella prima difesa, essendo sufficiente la deduzione nel corso del giudizio ("*(...) purché la nullità sia stata dedotta nel giudizio arbitrale (...)*")⁷⁸; dall'altro, il vizio di esorbitanza delle conclusioni, formulate dalle altre parti, rispetto ai limiti della convenzione arbitrale, rispetto al quale nuovamente l'art. 829 (al comma 1, n. 4) prevede un motivo di impugnazione *autonomo* rispetto a quello previsto per l'invalidità del patto arbitrale ("*(...) se il lodo ha pronunciato fuori dei limiti della convenzione d'arbitrato, ferma la disposizione dell'articolo 817 (...)*").

⁷² Ad esempio, perché non vi è mai stato un incontro di volontà e dunque manca un vero e proprio patto arbitrale.

⁷³ Ad esempio, per vizi di forma.

⁷⁴ Ad esempio, per difetto di capacità o per vizi del consenso.

⁷⁵ Ad esempio, per motivi sopravvenuti.

⁷⁶ In tal senso v. anche E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale*, cit., 176; S. MENCHINI, *Impugnazioni del lodo "rituale"*, in *Riv. arb.* 2005, 843 ss.

⁷⁷ Sul punto v. anche S. MENCHINI, *Impugnazione del lodo "rituale"*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma*, cit., 185 ss.

⁷⁸ L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 817 c.p.c.*, cit., 561; P.L. NELA, *Sub art. 817*, cit., 1777.

Il comma 3 dell'art. 817 c.p.c. si limita a richiedere, come visto, che il vizio venga rilevato *nel corso del procedimento arbitrale*. V'è da chiedersi se l'espressione generica utilizzata dal legislatore sia *intenzionale* (finalizzata, cioè, a delineare un termine preclusivo *appositamente diverso* per questa ipotesi, rispetto a quello menzionato nel comma 2 dell'art. 817 c.p.c.), oppure se esso sia frutto di un mancato coordinamento tra le diverse disposizioni dell'art. 817 c.p.c., sì da richiedere un'integrazione mediante un termine preclusivo *più specifico*. Riteniamo che, in ragione di una non perfetta sovrapponibilità delle due categorie di eccezioni (esorbitanza dai limiti del patto, da un lato; inesistenza, invalidità e inefficacia del patto, dall'altro), la scelta del legislatore di prevedere *due termini preclusivi diversi* non sia frutto di una svista⁷⁹, ma, contrariamente a quanto sostenuto da autorevole dottrina, sia intenzionale e debba pertanto essere rispettata, in quanto non priva di fondamento⁸⁰.

Invero, se le questioni relative all'esistenza, validità ed efficacia di un patto arbitrale, rappresentando il presupposto ineliminabile per la sussistenza della *potestas iudicandi* dell'arbitro, emergono, di norma (a condizione, beninteso, che la parte interessata non rimanga inerte) *in una fase preliminare della procedura*, l'esorbitanza delle conclusioni dai limiti del patto può emergere anche, *e per la prima volta*, in una fase molto avanzata, in ragione della struttura elastica e flessibile di questa, che inevitabilmente risente delle regole di volta in volta applicabili⁸¹, delle decisioni adottate dall'arbitro nell'esercizio del potere discrezionale di conduzione del procedimento e dell'ampio spazio generalmente lasciato all'autonomia delle parti (sicché si possono avere scambi di allegazioni diversi ed ulteriori rispetto a quelli previsti dalle norme del codice di rito, nonché possibili riaperture della fase istruttoria, anche in prossimità della fase conclusiva dell'arbitrato⁸²).

⁷⁹ Difficile, infatti, pensare ad una svista "tipografica" rispetto ad una presunta intenzione del legislatore di trattare *in maniera identica* le due eccezioni sotto il profilo del regime della loro rilevanza, a fronte di una loro collocazione in due commi distinti e altresì il loro *espresso* assoggettamento a due distinti termini decadenziali.

⁸⁰ In tal senso v. anche L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 561 ss. c.p.c.*, cit., per cui, sotto il profilo del termine preclusivo per la rispettiva proposizione: "(...) le diverse eccezioni [vanno] differenziate secondo quella che è la scansione temporale dettata sia dalla norma in esame che dall'art. 829, 1° comma, n. 2, cod. proc. civ., lasciando l'onere di immediato rilievo alle sole nullità che riguardano lo svolgimento del procedimento in senso proprio, nonché a quelle ove la specificazione normativa sia già in questo senso, come avviene per l'inesistenza, l'invalidità o l'inefficacia della convenzione di arbitrato che, a stretto rigore, riguardano anch'esse un elemento presupposto del procedimento arbitrale e non il suo svolgimento".

⁸¹ Che possono essere quelle della *lex arbitrii*, applicabili *by default*, oppure quelle di un'istituzione arbitrale, espressamente richiamate dalle parti.

⁸² Si vedano, ad esempio, gli artt. 30 e 31 del Regolamento arbitrale della Camera Arbitrale di Milano, ai sensi dei quali, rispettivamente: "*Il Tribunale Arbitrale, sentite le parti, decide sull'am-*

Si tratta di variabili che possono incidere su modalità e tempistica della determinazione del *thema decidendum*, che è possibile non emerga fin da subito nella sua completezza, ma che vada invece cristallizzandosi solo (appunto) *nel corso dell'arbitrato*. È dunque verosimile, oltre che molto probabile, che solo *nel corso dell'arbitrato* (e dunque successivamente allo scambio della prima difesa successiva alla costituzione degli arbitri), emerga che una o più conclusioni di alcune delle parti esorbitino dai limiti della convenzione arbitrale.

Nel contesto normativo attuale, esigenze minime di coordinamento (soprattutto di tipo sistematico, alla luce, in particolare, della previsione del comma 2 dell'art. 817 c.p.c., che impone di far valere *con la prima difesa successiva* all'accettazione degli arbitri l'incompetenza di questi per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione) rendono preferibile ritenere che l'eccezione *de qua* – che prima della riforma si riteneva potesse essere proposta *in qualsiasi momento*, purché anteriormente alla pronuncia del lodo⁸³, e dunque anche per la prima volta nella comparsa conclusionale⁸⁴ – vada sollevata, a pena di decadenza, quantomeno *nella prima difesa successiva alla formulazione delle conclusioni esorbitanti*⁸⁵.

Al regime previsto per i casi contemplati, rispettivamente, dai commi 2 e 3 dell'art. 817 c.p.c., si sottrae, come detto, per espressa previsione normativa (ultima parte del comma 2 della norma), il caso della *non arbitrabilità* della disputa,

missibilità di domande nuove, tenuto conto di ogni circostanza, incluso lo stato del procedimento” (art. 30) e: “(...) *Dopo la chiusura dell'istruzione, le parti non possono proporre nuove domande, compiere nuove allegazioni, produrre nuovi documenti o proporre nuove istanze istruttorie, salva diversa determinazione del Tribunale Arbitrale*” (art. 31, comma 3).

⁸³V. Cass. 7 agosto 1993, n. 8563; App. Napoli 22 marzo 1996, in *Gius.* 1996, 1414 concetto ribadito da Cass. 22 gennaio 1999, n. 565, che faceva salvo il compimento di atti incompatibili con la volontà di avvalersi di detta eccezione.

⁸⁴In tal senso v. Cass. 22 gennaio 1999, n. 565; M. LONGO, *Osservazioni in tema di efficacia della clausola compromissoria*, nt. a Coll. arb. Ferrara, 30 ottobre 1998, in *Riv. arb.* 2002, 379.

⁸⁵Così S. BOCCAGNA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile*, cit., 1390; v. anche F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, cit., 778 ss.; E. OCCHIPINTI, *Il procedimento arbitrale*, in AA.VV. *Il nuovo processo arbitrale*, Milano 2006, 104 ss.; ID., *La cognizione degli arbitri*, cit., 112. *Contra*, G.F. RICCI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 474; S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo. Studio sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, Torino 2013, 215 ss. L'art. 817 c.p.c. non contempla un termine preclusivo autonomo per le ipotesi in cui i vizi cui esso si riferisce (in combinato disposto con l'art. 829 c.p.c.) siano determinati da *fatti sopravvenuti*. Si ritiene, in tal caso, alla luce delle *rationes* sottese ai termini espressamente riferiti ai vizi contemplati dalla norma, che la relativa eccezione debba essere *formulata entro il primo momento utile*, ossia, verosimilmente, *entro la prima difesa successiva* all'insorgenza del fatto o *alla conoscenza che le parti abbiano avuto di tali fatti*: così C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2ª ed., Padova 2012, II, 171; E. OCCHIPINTI, *Il procedimento arbitrale*, cit., 104 ss.; G. RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 289; M. BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, cit., 364.

che è sempre deducibile, *anche eventualmente per la prima volta*, in sede di impugnazione per nullità⁸⁶. Il nuovo comma 1 dell'art. 806 c.p.c. (rubricato: "*Controversie arbitrabili*") chiarisce alcune questioni oggetto di dibattito prima della riforma⁸⁷ e riduce l'ambiguità relativa all'area di compromettibilità delle liti⁸⁸, av-

⁸⁶ Si discute, anzi, se il vizio di non arbitrabilità della disputa, oltre a non essere soggetto, per quanto riguarda il suo rilievo, ad alcun termine preclusivo nell'ambito del giudizio arbitrale, sia tale da rendere il lodo che ne sia affetto, pur se non impugnato e dunque divenuto definitivo, *inesistente*, sì da poter essere contestato senza limiti di tempo e in qualunque sede, trattandosi di vizio sottratto (per la sua gravità) al principio di conversione delle nullità in motivi di gravame. Sul punto ritorneremo parlando dell'efficacia del lodo arbitrale a seguito dell'introduzione dell'art. 824 *bis* c.p.c. (v. par. 6.4.), anticipando che, in tal senso, si sono schierati soprattutto i sostenitori della c.d. tesi *privatistica* dell'arbitrato. In tal senso, prima della riforma, v. S. SATTA, *Commentario*, cit., 200 ss.; R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano 1971, 686; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano 1988, 609 ss.; C. CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino 1991, 209 ss.

⁸⁷ In sintesi, nella categoria dell'indisponibilità rientrano posizioni soggettive che vengono sottratte alla libera trasferibilità fra le parti, a protezione di interessi di carattere superindividuale, indiscindibilmente connessi con le finalità proprie dell'ordinamento giuridico. Sulla nozione di diritto disponibile, e sulle relative dispute di inquadramento teorico, v., prima della riforma, A. BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, Torino, 1999, I, 17 ss.; R. CARLEO, *Controversie non compromettibili*, in AA.VV., *Dizionario dell'arbitrato*, Torino 1997, 263 ss.; SG. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 62 ss.; N. IRTI, *Compromesso e clausola compromissoria nella nuova legge sull'arbitrato*, in *Riv. arb.* 1994, 651 ss. Per approfondimenti della tematica dopo la riforma v. G.F. RICCI, *La convenzione di arbitrato e le materie arbitrabili nella riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2007, 759 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 806 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 16 ss.; L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 806 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 1 ss.

⁸⁸ In primo luogo, spezzando il legame fra arbitrabilità e transigibilità della situazione controversa, si è ammessa implicitamente la deferibilità in arbitrato delle controversie relative alla nullità del contratto, su cui si dibatteva vivacemente sotto la previgente disciplina. Secondo l'opinione prevalente, il richiamo operato dal previgente art. 806 c.p.c. all'art. 1966 c.c. implicava che i limiti all'arbitrabilità delle liti dovessero essere ricavati dalla disciplina della transazione; e poiché l'art. 1972, comma 2, c.c. prevede la nullità della transazione su contratto illecito, si riteneva che anche l'eventuale arbitrato su tale materia fosse nullo. Sul versante opposto, si reputava che il legame fra arbitrato e transazione dovesse ritenersi limitato al richiamo all'art. 1966 c.c. contenuto nell'art. 806 c.p.c., sicché in campo arbitrale non avrebbe potuto operare l'art. 1972 c.c. e le controversie su titolo nullo dovessero ritenersi pienamente compromettibili. Per una sintesi del dibattito nel regime normativo ante-riforma v. P.L. NELA, *Sub art. 806 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme*, cit., 1597, nt. 33. In secondo luogo, l'aver stabilito che solo un'esplicita disposizione di legge possa negare la deducibilità in arbitrato di tutte le controversie su diritti disponibili, sembra sbarrare definitivamente la strada a quegli orientamenti giurisprudenziali che facevano conseguire la non compromettibilità della lite da fattori estranei alla disponibilità del diritto in contestazione, quali, ad esempio, la sussistenza di norme inderogabili o l'attribuzione della materia alla cognizione di giudici muniti di competenza funzionale, giudici speciali o sezioni specializzate: v. P.L. NELA, *Sub art. 806 c.p.c.*, cit., 1596 ss., anche per un ampio catalogo dei limiti giurisprudenziali alla compromettibilità che dovrebbero essere superati dalla nuova formulazione dell'art. 806 c.p.c.

vicinando in tal modo la legislazione italiana a quella di molte giurisdizioni europee. Esso, infatti, sulla scia della disciplina dell'arbitrato societario, supera il riferimento alla *transigibilità del diritto* operato dal previgente art. 806 c.p.c.⁸⁹ e pone come principale limite alla compromettibilità delle controversie, *di carattere generale ed inderogabile, l'indisponibilità dei diritti* oggetto della disputa o, comunque, la loro *non deferibilità*, per espressa previsione di legge, *alla giustizia arbitrale*. Ne segue che, in linea di principio, tutte le controversie sono deferibili in arbitrato, *salvo che non siano sottratte alla disponibilità delle parti*, vuoi per la loro natura⁹⁰, vuoi per espressa ed eccezionale disposizione di legge⁹¹ (insuscettibile di applicazione analogica⁹²).

Ciò che, in definitiva, emerge dall'art. 817 c.p.c., esaminato nel suo complesso, è dunque la *sanabilità di qualunque vizio del patto arbitrale* (salva la non arbitrabilità della disputa), ove sia mancato un rilievo tempestivo (secondo le tempistiche e modalità sopra viste). In quest'ottica, come opportunamente rilevato da taluno, i termini preclusivi contemplati dall'art. 817 c.p.c. non sarebbero altro che espressione di un principio generale, codificato dall'art. 829, comma 2, c.p.c., a mente del quale la parte che: "(...) non [abbia] *eccepito nella prima istanza o difesa la violazione di un regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale, non può per questo motivo impugnare il lodo*"⁹³.

⁸⁹ Il precedente art. 806 c.p.c. definiva compromettibili le liti che non potevano costituire oggetto di transazione ai sensi dell'art. 1966 c.c.; norma che – al secondo comma – sancisce la nullità della transazione relativa a diritti sottratti alla disponibilità delle parti per loro natura o per espressa disposizione di legge.

⁹⁰ Si pensi, ad esempio, alle dispute aventi ad oggetto i diritti della personalità o le questioni di stato (per quanto gran parte dei diritti patrimoniali ad essi associati risulti pacificamente compromettibile): v. A. BERLINGUER, *La compromettibilità per arbitri*, I, cit., 51 ss.

⁹¹ Divieto che può riguardare *anche* diritti disponibili. Preclusioni al ricorso alla via arbitrale, *pur in relazione a diritti disponibili*, si rinvencono, ad esempio, nei settori del diritto del lavoro (si veda già il testo dell'art. 806, comma 2, c.p.c., che vieta, in linea di principio, l'arbitrato rituale in materia giuslavoristica, salvo che lo stesso non sia previsto dalla legge o dagli accordi collettivi di lavoro); del diritto societario (su cui v. E. FAZZALARI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Riv. arb.* 2002, 444; M. BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in www.judicium.it, 2003 e in *Giust. civ.* 2003, II, 477; F. CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia di società*, in *Riv. arb.* 2003, 420; G. RUFFINI, *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 505 ss.; G. ARIETA, F. DE SANTIS, *Diritto processuale societario*, Padova 2004, 615); dei contratti pubblici. Per una critica alla preclusione, per via legislativa, alla via arbitrale su diritti disponibili v. B. CAPPONI, *Contro il divieto di arbitrato su diritti disponibili*, in www.judicium.it.

⁹² Così S. LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., 46 ss.

⁹³ C. DELLE DONNE, *Sub art. 817 c.p.c.*, cit., 526, che individua la *ratio* del combinato disposto delle disposizioni che rendono irrilevante ogni vizio della convenzione arbitrale, ove non rilevato tempestivamente, nell'intenzione del legislatore di *favorire una decisione nel merito della lite*, lasciando alle parti la più ampia autonomia nel decidere del loro interesse ad una definizione delle loro di-

Così inquadrare le diverse contestazioni alla *potestas iudicandi* arbitrale, rispetto alle quali gli arbitri hanno il potere di decidere autonomamente in ossequio al principio *Kompetenz Kompetenz*, è ora di rivolgere l'attenzione al disposto della prima parte del comma 2, che, con una disposizione non poco involuta, estende la portata di quel principio (ossia il potere degli arbitri di “decidere sulla propria competenza”) alle ipotesi in cui i *poteri degli arbitri* siano contestati *in qualsiasi sede per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento*.

Stando al dato letterale, la suddetta estensione dovrebbe aversi *unicamente* nel caso in cui *la ragione che dà origine alla contestazione della potestas iudicandi arbitrale* (sollevata in una sede *diversa* da quella del procedimento arbitrale pendente e dunque, verosimilmente, nell'ambito di un diverso contenzioso, giudiziale o arbitrale) *sopravvenga nel corso dell'arbitrato*, escludendo, invece, tutti i casi di *contemporanea pendenza di un giudizio statale*, instaurato indifferentemente *prima o dopo* quello arbitrale, nel cui ambito una parte, verosimilmente l'attore, a fronte dell'*exceptio compromissi* sollevata dal convenuto, contesti la validità del patto arbitrale in ragione di un suo vizio *originario* (nullità) o, comunque, di una ragione *preesistente* all'incardinamento del giudizio arbitrale parallelo.

Tale lettura, tuttavia, comprimerebbe non poco la tradizionale estensione del principio *Kompetenz Kompetenz*, così come contemplata dalla maggior parte degli ordinamenti che lo riconoscono (nessuno dei quali distingue tra ragioni *preesistenti* e ragioni *sopravvenute*) e finirebbe per depotenziare i poteri degli arbitri (nel senso del venir meno della loro legittimazione a conoscere e decidere delle contestazioni alla loro “competenza”) tutte le volte in cui il giudizio statale inizi *prima* di quello arbitrale e la contestazione alla *potestas iudicandi* degli arbitri – per una ragione, evidentemente, *in quel momento già sussistente* – preceda l'instaurazione di un giudizio arbitrale sulla medesima causa (ossia *proprio nei casi più critici* di conflitto positivo di competenza, in cui, per preservare l'autonomia dell'arbitrato, sarebbe invece opportuno riconoscere agli arbitri il potere di decidere autonomamente sulla propria “competenza”).

D'altra parte, tale lettura parrebbe altresì smentita dal dato testuale di cui all'art. 819 *ter*, comma 1, c.p.c., secondo cui: “*La competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice (...)*”. È bensì vero che tale norma non si riferisce espressamente alla *contestazione* della competenza arbitrale in sede giudiziale, ma unicamente alla *pendenza* del giudizio statale, in costanza della quale persisterebbe la competenza degli arbitri a decidere nel merito. Tuttavia, dal com-

spute pur in presenza di vizi del patto arbitrale. La scelta del legislatore di escludere che una *valida* convenzione arbitrale sia requisito di validità degli atti compiuti dall'arbitro (ivi compreso il lodo) avrebbe anticipato una linea di tendenza dell'ordinamento, culminante, in anni recenti, nell'attuale formulazione dell'art. 38 c.p.c., che, in virtù del regime adottato, ha eroso la tradizionale distinzione tra criteri *forti e deboli* di competenza (che rimane invece rilevante ai sensi dell'art. 45 c.p.c.).

binato disposto delle norme di cui agli artt. 817 e 819 *ter* c.p.c. emerge che il sistema adottato dal legislatore della riforma, secondo l'opinione largamente maggioritaria in dottrina e in giurisprudenza (sebbene, come vedremo, non manchino ricostruzioni divergenti, su cui ritorneremo nel prosieguo), è quello delle "vie parallele", da sempre caratterizzato non solo dal fatto che due giudizi, arbitrale e statale, sulla medesima causa possano proseguire parallelamente, *ma anche e soprattutto* dal fatto che entrambi gli organi (arbitro e giudice) godano della piena autonomia ed indipendenza nella determinazione della propria *potestas iudicandi*, senza essere influenzati, condizionati o limitati né dall'esistenza di una decisione su tale questione emessa dall'altro organo, né, prima ancora, da contestazioni alla propria competenza sollevate nell'altra sede, che di quella decisione (in ragione anche del rilievo necessariamente non officioso della carenza di *potestas iudicandi* dell'organo adito) rappresentano il *necessario antecedente procedurale*.

Per questioni di coerenza sistematica, dunque, l'involuta formulazione della prima parte del comma 2 dell'art. 817 c.p.c. andrebbe interpretata nel senso che il principio *Kompetenz Kompetenz*, e il correlato potere degli arbitri di decidere "sulla propria competenza", sussista ed operi non solo quando la validità, il contenuto e l'ampiezza del patto arbitrale, nonché la regolare costituzione degli arbitri, siano contestati *solo* in sede arbitrale, ma anche quando quei vizi, *pendente l'arbitrato*, siano contestati in sede giudiziale, e, in tale ultimo caso, non solo quando la ragione di quelle contestazioni pre-esista all'incardinamento del procedimento arbitrale, ma anche quando essa sia sopravvenuta nel corso dello stesso.

Sull'esatta portata della prima parte del comma 2 ritorneremo ancora nel terzo e nel quinto capitolo, quando ci occuperemo del sistema delle "vie parallele" nell'ambito dell'impianto normativo introdotto dalla riforma del 2006 e dell'attuale dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Ci basti, per ora, averne anticipato, in termini generali, i profili più rilevanti.

3. L'art. 819 *ter* c.p.c. e il problema del conflitto arbitro-giudice dalla prospettiva del giudice statale

Colmando una lacuna del precedente impianto normativo, l'art. 819 *ter* c.p.c., rubricato "*Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria*"⁹⁴, disciplina il problema dei

⁹⁴ Rileva F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, cit., 773 ss. che: "(...) l'espressione 'rapporti fra arbitro e giudice' è molto vasta, ed è idonea a ricomprendere una pluralità di fenomeni di diversa portata". Il riferimento è a istituti quali l'intervento del giudice nella fase di costituzione del collegio, la ricasazione e sostituzione dell'arbitro, la tutela cautelare e simili. Tuttavia, prosegue l'autore: "(...) nell'utilizzazione corrente, quando si parla di rapporti fra arbitro e giudice, si intende riferirsi essenzialmente ad un nucleo di questioni che hanno come punto di riferimento la convenzione di arbitrato

rapporti e conflitti tra arbitrato e giurisdizione statale in presenza di una convenzione di arbitrato *dalla prospettiva del giudice statale*.

L'introduzione del nuovo art. 819 *ter* c.p.c., in uno con la riformulazione e l'ampliamento dell'art. 817 c.p.c., rappresentano l'implementazione, a livello di diritto positivo, del criterio direttivo formulato dall'art. 1 del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, poi convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80, che invitava il futuro legislatore a: "(...) disciplinare in generale i rapporti tra arbitro e giudice, ivi compresa l'eccezione di patto compromissorio"⁹⁵. Si tratta di una significativa innovazione, che risolve alcuni dubbi e introduce importanti novità rispetto al regime previgente, che non prevedeva alcuna norma specifica in relazione all'*exceptio compromissi* in sede giudiziale⁹⁶. La norma, rispetto a quella (solo parzialmente) speculare di cui all'art. 817 c.p.c., ha un contenuto molto più composito e articolato.

In via preliminare va osservato che la disciplina del patto arbitrale in sede giudiziale non è limitata a questa norma, dal momento che altre disposizioni si occupano di fattispecie (bensì diverse da quella regolata dall'art. 819 *ter* c.p.c., ma) in relazione alle quali può comunque porsi la questione della esistenza, validità o efficacia del patto arbitrale, e dunque, in definitiva, della *potestas iudicandi* degli arbitri.

L'art. 810, comma 3, c.p.c., ad esempio, regola la nomina degli arbitri, disponendo che il Presidente del Tribunale del luogo in cui è stata stipulata la convenzione di arbitrato⁹⁷, allorché debba intervenire nel processo di nomina degli arbitri (in mancanza di nomina effettuata dalle parti⁹⁸) o per determinare la sede

e che consistono, molto sinteticamente, nella disciplina da applicare laddove, in sede arbitrale o giurisdizionale, sia rilevante l'esistenza, validità ed efficacia della convenzione di arbitrato".

⁹⁵ L. SALVANESCHI, *Sub art. 817*, cit., 553 ss. Tra i primi commenti della legge-delega e del decreto legislativo E.F. RICCI, *La delega sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 2005, 951 ss.; F.P. LUISO, *Rapporti tra arbitri e giudici*, in *Riv. arb.* 2005, 773, M. BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Judicium* 2007. Ai sensi dell'art. 27, comma 4, d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 la disposizione si applica ai procedimenti arbitrali nei quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente al 2 marzo 2006.

⁹⁶ Osserva S. BOCCAGNA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile*, cit., 1409 ss. che: "La mancanza di una disciplina *ad hoc* aveva (...) dato luogo, sin dall'entrata in vigore del c.p.c., a dubbi e contrasti interpretativi, che si erano puntualmente riproposti dopo l'adesione della giurisprudenza (...) alla tesi della natura privatistica dell'arbitrato (...)". V. anche P.L. NELA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme*, cit., 1810, per il quale il problema dei rapporti arbitro giudice in relazione alla stessa disputa: "(...) era in passato uno dei temi più complessi e trascurati della legge". Per i problemi di diritto transitorio conseguenti all'introduzione di tale norma v. U. COREA, *Questioni di diritto intertemporale nei rapporti tra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.* 2009, 465 ss. nt. a Cass. 20 dicembre 2007, n. 26990.

⁹⁷ Oppure, se tale luogo è all'estero, il Presidente del tribunale di Roma.

⁹⁸ Le stesse disposizioni si applicano se la nomina di uno o più arbitri è demandata dalla convenzione d'arbitrato all'autorità giudiziaria o se, essendo demandata a un terzo, questi non vi ha provveduto.

dell'arbitrato, provvede *se la convenzione d'arbitrato non è manifestamente inesistente o non prevede manifestamente un arbitrato estero*. La valutazione della sussistenza o meno della *potestas iudicandi* arbitrale, in tal caso, non è finalizzata ad una statuizione espressa sul punto, emessa a seguito di un esame a cognizione piena sul patto arbitrale, ma, più limitatamente, ad un esame solo *prima facie*, che consenta di verificare, *ictu oculi*, se non sussista un manifesto impedimento processuale allo svolgimento di una delle tipiche funzioni giudiziali di supporto all'arbitrato⁹⁹. Si pensi poi anche all'art. 818 c.p.c., che sottrae agli arbitri il potere di concedere sequestri o altri provvedimenti cautelari, per attribuirlo *in via esclusiva* (salve le eccezioni espressamente previste dalla legge¹⁰⁰) all'autorità giudiziaria ordinaria. Quest'ultima, ove adita da una parte del giudizio arbitrale (sia prima del suo inizio, sia in pendenza dello stesso), dovrà verificare se effettivamente sussista un valido patto arbitrale. Anche in tal caso, come visto per il caso della nomina degli arbitri e, in generale, per tutti i casi in cui l'autorità giudiziaria intervenga per prestare assistenza alla procedura arbitrale¹⁰¹, si tratterà di un esame sommario, limitato alla verifica dell'eventuale manifesta inesistenza o invalidità del patto, ostative ad una concessione del provvedimento richiesto, senza cognizione piena e conseguente statuizione espressa sul punto. L'eventuale rigetto della richiesta, in ragione dell'inesistenza o invalidità del patto, non avrà alcun effetto extraprocessuale nei confronti di arbitri o giudici, chiamati a confrontarsi, in un momento successivo (ad esempio, in sede di impugnazione per nullità del lodo arbitrale) con la medesima questione.

L'art. 819 *ter* c.p.c., come anche l'art. 817 c.p.c.¹⁰², nel riferirsi alla *potestas iudicandi* sia del giudice statale che dell'arbitro, utilizza di frequente l'espressione

⁹⁹ P.L. NELA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., 1810 ss.

¹⁰⁰ Un esempio di tale riserva è quella contemplata dalla seconda parte dell'art. 35, comma 5, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, ai sensi del quale agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia delle delibere assembleari, purché la clausola compromissoria consenta la devoluzione in arbitrato delle controversie aventi ad oggetto la validità delle delibere assembleari. La giurisprudenza di merito ha ritenuto che tra tali delibere rientrano anche quelle del consiglio di amministrazione e quelle delle società di persone e a responsabilità limitata, assunte senza utilizzare il metodo assembleare. Su tali profili v. L. SALVANESCHI, *Ancora su arbitrabilità delle impugnazioni di delibere assembleari e sulla 'competenza' a deciderle*, in *Riv. arb.* 2013, 914 ss.

¹⁰¹ È il ruolo svolto, in Francia, dal c.d. *juge d'appui*. In generale, ogni legislazione arbitrale nazionale prevede questa funzione giudiziale di supporto all'arbitrato, con ambito più o meno esteso. Per riferimenti al ruolo di supporto alla procedura arbitrale da parte delle corti nazionali nelle diverse giurisdizioni v. G. BORN, *International Arbitration: Cases and Materials*, 2ª ed., *Kluwer Law Int'l* 2015, 599 ss.

¹⁰² Norma con cui l'art. 819 *ter* c.p.c. deve essere letto, almeno in parte, in combinato disposto: così C. DELLE DONNE, *Sub art. 817 c.p.c.*, cit., 583.

“competenza” ed estende all'*exceptio compromissi* in sede giudiziale – e alla decisione su di essa – alcune norme sulla “competenza” applicabili ai rapporti tra giudici statali ordinari¹⁰³. Ciò peraltro, come vedremo ampiamente in seguito¹⁰⁴, non è risolutivo del problema della qualificazione e dell'inquadramento teorici del rapporto tra arbitri e giudici statali, che può essere ricondotto alla categoria della “competenza” solo con notevoli forzature e, in definitiva, solo *in senso atecnico*.

Il comma 1 della disposizione in esame statuisce che la competenza degli arbitri non è esclusa, rispettivamente, *dalla pendenza della stessa causa* davanti al giudice, o *dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente* davanti al giudice. In tal modo la norma, da un lato, per quanto attiene alla pendenza di cause identiche nelle due sedi, pare recepire l'orientamento assolutamente dominante in dottrina e in giurisprudenza prima della riforma del 2006¹⁰⁵ (il c.d. sistema delle “vie parallele”); dall'altro, per quanto riguarda l'ipotesi di connessione tra una domanda proposta in sede arbitrale e altra pendente davanti al giudice ordinario, ripropone la soluzione normativa già adottata con la riforma del 1994 all'art. 819 *bis* c.p.c.¹⁰⁶. Tale norma aveva inteso superare il principio della *vis attractiva*, ossia l'orientamento giurisprudenziale sino ad allora prevalente, secondo cui, in caso di connessione tra cause, pendenti, rispettivamente, in sede arbitrale e in sede giudiziale, quella arbitrale, indipendentemente dal fatto che fosse iniziata prima o dopo il giudizio statale, veniva “assorbita” nell'ambito di quest'ultimo, con conseguente obbligo, per l'arbitro, di spogliarsene perché sforuito, per causa sopravvenuta, della relativa *potestas iudicandi*¹⁰⁷.

¹⁰³ *In primis*, il termine preclusivo per la sua proposizione (*in limine litis*, nella comparsa di risposta) e lo strumento del regolamento di competenza come rimedio avverso le decisioni che, accogliendola o rigettandola, pronuncino su di essa.

¹⁰⁴ V., in particolare, il par. 7.2. nella sezione seconda del presente capitolo.

¹⁰⁵ In tal senso v. P.L. NELA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., 1811 ss. e S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 249 ss. Su tale profilo ritorneremo diffusamente nel secondo capitolo.

¹⁰⁶ Su cui v. E. FAZZALARI, in A. BRIGUGLIO, E. FAZZALARI, R. MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano 1994, 143 ss.; E. VULLO, *Note in tema di arbitrato, connessione e sospensione per pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.* 1996, 148 ss.; F. DANOVÌ, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova 1999, 388 ss. In giurisprudenza v. Cass. 3 settembre 2007, n. 18525, per la quale, ai fini dell'applicazione della norma, doveva ritenersi irrilevante la circostanza che, dinanzi agli arbitri, la causa fosse già stata instaurata o non fosse ancora pendente. Nello stesso senso v. Cass. 21 luglio 2004, n. 13516; Cass. 7 marzo 2001, n. 3316; Cass. 14 aprile 2000, n. 4842.

¹⁰⁷ La regola della *vis attractiva*, avallata dalla giurisprudenza prevalente, era invece strenuamente criticata dalla dottrina, che vedeva in essa una minaccia esiziale all'autonomia del fenomeno arbitrale e ad ogni tentativo di equipararne gli effetti a quelli del giudizio statale. V., in tal senso, V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3^a ed., IV, Napoli 1964, 844; S. SATTA, *Commentario*, cit., 230 ss.; E. FAZZALARI, voce *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, I, Torino 1987, 399; R. MARENGO, *Arbitrato e connessione di cause*, nt. a Cass. 23 settembre 1990, n. 8608, in *Riv. arb.* 1991, 759; G. TARZIA, *Connessione di cause e proces-*

so simultaneo, in *Riv. trim. proc. civ.* 1988, 438 ss.; E.F. RICCI, *Legge 9 febbraio 1983, n. 28. Modificazioni alla disciplina dell'arbitrato*, in *Nuove leggi civ.* 1983, 733; ID., *Un raggio di luce nel buio (una svolta in tema di competenza degli arbitri rituali per connessione di cause?)*, in *Riv. arb.* 1993, 179 ss. Tra le critiche sollevate dalla dottrina, si rilevava che, contrariamente alla disciplina del processo ordinario, quella dell'arbitrato non contenesse alcuna norma che legittimasse la caducazione della convenzione arbitrale per ragioni di connessione. L'indirizzo giurisprudenziale in favore della *vis attractiva* pare abbia avuto origine da una sentenza della Cassazione coeva all'entrata in vigore del codice di rito: Cass. 17 marzo 1943, n. 633, in *Rep. Foro it.* 1943-1945, voce *Arbitramento*, n. 6, che, con massima che verrà poi richiamata anche dalle decisioni successive, riteneva che, in caso di connessione tra cause, di cui alcune deferite ad arbitri ed altre alla cognizione del giudice statale, fosse: "(...) necessario l'assorbimento di tutta la causa nella competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria, al fine di evitare che questioni tra loro strettamente connesse venissero esaminate da due organi giurisdizionali diversi, con pericolo di eventuale contraddittorietà di pronunzie". In questo senso v. Cass. 16 settembre 1946, n. 1279, in *Mass. Foro it.* 1946, 293; Cass. 8 luglio 1948, n. 1094, in *Mass. Giur. it.* 1948, 260; Cass. 25 luglio 1952, n. 2236, *ivi*, 1952, 619. Più di recente v. Cass. 22 ottobre 1991, n. 11197, in *Giur. it.* 1992, I, 1, 701; Cass. 23 agosto 1990, n. 8608, in *Rep. Giur. it.* 1990, voce *Competenza e giurisdizione civile*, n. 242 e in *Riv. arb.* 1991, 757 ss. nt. R. MARENGO, *Arbitrato e connessione di cause*; Cass. 21 marzo 1989, n. 1411, *ivi*, 1989, n. 90; App. Genova 30 marzo 1994, in *Riv. arb.* 1994, 621 ss., nt. M. BOVE; App. Torino 29 gennaio 1993, n. 109, in *Riv. arb.* 1994, 295 ss., nt. M. LONGO. Sul tema v. anche E. VULLO, *Note in tema di arbitrato, connessione e sospensione per pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.* 1996, 137 ss.; E.T. LIEBMAN, *Gli arbitri e le cause connesse*, in *Temi* 1963, 921 ss.; ID., *Giudizio arbitrale e connessione di cause*, in *Riv. dir. proc.* 1964, 469 ss. In generale, tale regola era espressione di un'attitudine che guardava con particolare ostilità al fenomeno arbitrale, considerato quale *minus quam iurisdictio*. In base ad essa era sufficiente proporre, anche successivamente all'instaurazione di un giudizio arbitrale, una causa, anche solo debolmente connessa con quella pendente in arbitrato, per determinare l'attrazione dell'intera controversia nell'ambito della giurisdizione del giudice statale, sottraendo contestualmente agli arbitri la *potestas iudicandi* e imponendo loro la chiusura in rito del giudizio arbitrale. E ciò accadeva non solo in caso di connessione in senso proprio, per comunanza di almeno uno degli elementi oggettivi di identificazione dell'azione (*petitum* e *causa petendi*) (così Cass. 11 febbraio 1969, n. 457, in *Mass. Foro it.* 1969, 132; Cass. 14 febbraio 1967, n. 372), ma anche in caso di connessione impropria, originata, cioè, dall'opportunità di risolvere congiuntamente mere questioni di fatto o di diritto (così Cass. 7 agosto 1972, n. 2647; Cass. 27 gennaio 1967, n. 221, in *Rep. Foro it.*, 1967, voce *Arbitrato*, n. 20). Per ulteriori riferimenti v. E. VULLO, *Note in tema di arbitrato, connessione e sospensione*, cit., 137 ss. Gli abusi cui questa regola si prestava erano molteplici, venendo essa ritenuta operante a prescindere dal tipo di connessione sussistente fra le cause. Ad esempio, nel caso in cui la controversia pendente dinanzi al giudice ordinario fosse risultata solo accessoria rispetto a quella principale pendente davanti agli arbitri (Cass. 23 agosto 1990, n. 8608; Cass. 28 maggio 1979, n. 3099; Coll. arb. Roma 22 febbraio 1989); o in caso di connessione impropria di cui all'art. 103, comma 1, c.p.c. (Cass. 7 agosto 1972, n. 2647); in tutti i casi di litisconsorzio, anche facoltativo (Cass. 8 marzo 1974, n. 616, in *Giust. civ.* 1974, I, 1266). Osserva S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 61, che con tale espediente la giurisprudenza finiva per applicare, in via analogica, l'art. 40 c.p.c. ad una situazione strutturalmente diversa da quella attinente ai rapporti fra giudici ordinari, per la quale il legislatore aveva coniato una diversa, specifica, disciplina, codificata all'art. 819, totalmente negletta dall'orientamento in parola. La vigenza

La formulazione del nuovo art. 819 *ter*, comma 1, c.p.c. conferma dunque che la “competenza” degli arbitri non può essere derogata per ragioni di connessione in favore di quella del giudice togato, di tal guisa configurandosi (nonostante la sua origine convenzionale, ed anzi *proprio in ragione del rispetto dovuto alla volontà manifestata dalle parti* nel patto arbitrale) quale competenza: “(...) forte, idonea ad ostacolare la realizzazione del *simultaneus processus* tra cause connesse”¹⁰⁸.

Quanto alla pendenza parallela di due procedure sulla medesima causa, dal combinato disposto della prima parte del comma 1 dell’art. 819 *ter* c.p.c. e dei commi 2 e 3 dell’art. 817 c.p.c. discende, secondo l’opinione che prevale in dottrina e giurisprudenza (ma, come vedremo, non mancano, anche dopo la riforma del 2006, ricostruzioni parzialmente divergenti), l’operatività del meccanismo delle “vie parallele”¹⁰⁹, che esclude l’effetto biunivocamente o reciprocamente paralizzante della pendenza della medesima causa in sede arbitrale e in sede giudiziale. Tale opzione legislativa si pone in continuità con l’orientamento tradizionale assolutamente dominante (non solo in dottrina, ma anche in giurisprudenza) nel contesto normativo pre-riforma, che, da un lato, riteneva che anche all’arbitrato si applicasse il principio *Kompetenz Kompetenz* (sussistendo, dunque, anche in capo all’arbitro, il potere di decidere in autonomia della questione della propria *potestas iudicandi*, senza essere influenzato dalla contestuale pendenza di una causa identica

di tale regola consentiva ad una parte in mala fede di *porre fine in ogni momento*, con qualsivoglia scusa, *alla procedibilità dell’arbitrato*. Pur attenendo la regola della *vis attractiva* a fattispecie di connessione tra cause, essa era stata tuttavia invocata, in chiave analogica, financo in relazione a casi di vera e propria litispendenza, in virtù della qualificazione della litispendenza come un’ipotesi *particolarmente intensa di connessione* (in questo senso si erano espressi, ad esempio, Trib. Livorno 23 dicembre 1995, in *Foro pad.* 1996, I, 95 ss. e Coll. arb. 30 aprile 1985, in *Foro pad.* 1985, 433). Era, in ogni caso, l’espressione di una tendenza volta a favorire *indiscriminatamente*, pur in presenza di una convenzione arbitrale valida ed efficace, il processo statale, a scapito di quello arbitrale. Tanto che il lodo emesso in violazione di detta regola era censurabile in sede di impugnazione di nullità, per “ragioni di competenza”, ai sensi dell’art. 829, n. 4, equiparando dunque detta violazione al caso di *pronuncia in materia non arbitrabile*, svincolando la deducibilità della censura dalla condizione della previa deduzione del vizio nel corso del giudizio arbitrale.

¹⁰⁸ S. BOCCAGNA, *L’impugnazione per nullità del lodo*, Napoli 2005, 265 ss.

¹⁰⁹ In tal senso P.L. NELA, *Sub art. 817 c.p.c.*, cit., 1813, per il quale il sistema adottato – funzionale e coerente ai dettami della legge-delega –, caratterizzato dall’esclusione espressa dell’applicabilità di norme quali gli artt. 44, 45, 48 e 295 c.p.c., sarebbe chiaramente riconducibile al sistema delle “vie parallele” e avrebbe il pregio di segnare una presa di posizione netta da parte del legislatore, che dovrebbe auspicabilmente mettere la parola fine ai numerosi dubbi sorti in passato. In assenza dell’art. 819 *ter* c.p.c., quelle norme sarebbero infatti risultate applicabili in virtù del nuovo testo di cui all’art. 817 c.p.c., che qualifica esplicitamente come “questione di competenza” tutte le questioni relative alla devoluzione agli arbitri della lite. V., in tal senso, anche S. BOCCAGNA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile*, cit., 1414 ss.; F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, cit., 788 ss.; E. OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri sui presupposti dell’arbitrato*, cit., 61 ss.

in sede giudiziale) e, dall'altro, tendeva a ricondurre la fattispecie di pendenza della medesima causa nelle due diverse sedi ad un'ipotesi (*particolarmente intensa*) di connessione, cui dunque estendere il principio del divieto della *vis attractiva* (codificato, per le ipotesi di vera e propria connessione, dalla riforma del 1994¹¹⁰).

Anche se tale orientamento maggioritario era incline a ricostruire i rapporti arbitro-giudice in termini di "competenza", aveva sempre escluso la possibilità di fare applicazione sia dell'art. 39 c.p.c., sia dell'art. 44 e 50 c.p.c., essenzialmente in base al rilievo dell'assoluta eterogeneità della figura degli arbitri rispetto a quella degli organi di giustizia ordinaria, e della non appartenenza dei primi all'ordinamento cui erano riconducibili i secondi, con la conseguente non estendibilità, ai rapporti arbitro-giudice, di istituti e meccanismi valevoli solo nei rapporti tra giudici (ordinari) appartenenti al medesimo ordinamento¹¹¹.

Nella versione originaria dell'art. 819 *ter* c.p.c. introdotta dal legislatore della riforma (prima, cioè, della pronuncia della Corte costituzionale n. 223 del 19 luglio 2013 sul suo comma 2¹¹², su cui ritorneremo più volte nel corso della trattazione), il legislatore aveva inteso ribadire l'orientamento tralatizio, escludendo espressamente l'applicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, di: "(...) *regole corrispondenti agli articoli 44, 45, 48, 50 e 295*" (comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c.). La combinazione dell'opzione normativa adottata dalla prima parte del comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c. (sistema delle "vie parallele") con quella adottata dalla versione originaria del comma 2 del medesimo articolo (esclusione della *translatio iudicii* tra arbitrato e giurisdizione statale, o comunque di regole o istituti corrispondenti), aveva riproposto un quadro normativo nel cui ambito era concreto il rischio sia di *conflitti negativi di competenza* (doppia declinatoria di competenza pronunciata, in successione, dal giudice e dall'arbitro o viceversa, con l'eventualità di un diniego di giustizia), sia di *conflitti positivi di competenza* (parallelismo di procedimenti sulla medesima causa con possibile successivo conflitto di giudicati). La scelta del legislatore della riforma di allinearsi all'orientamento assolutamente prevalente in giurisprudenza pre-riforma, e così di escludere qualsivoglia trasmigrazione della causa dal giudice statale all'arbitro e viceversa, nel caso di decisione declinatoria pronunciata da uno di essi, in uno con l'assenza di qualsivo-

¹¹⁰ V., in tal senso, E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino 1997, 43. Critico (condivisibilmente) sull'equiparabilità tra l'istituto della litispendenza *ex* art. 39 c.p.c. e quello della connessione è B. CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme*, cit., 878.

¹¹¹ Nel primo caso, in ragione dell'inesistenza di un collegio arbitrale già costituito (così Cass. 27 maggio 1961, n. 1261); nel secondo, per l'impossibilità di assimilare l'attività degli arbitri a quella dei giudici statali (così Cass. 7 febbraio 1962, n. 241, in *Foro it.*, 1962, I, 1123).

¹¹² Che ha sdoganato, anche nei rapporti arbitro-giudice, l'applicazione dell'istituto della trasmigrazione della causa dalla sede giudiziale a quella arbitrale, e viceversa, con conseguente conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda, proposta originariamente all'organo poi dichiaratosi incompetente. Su tale pronuncia v. subito *infra*, nel testo.

glia vincolo di un organo alla statuizione sulla (in)esistenza, (in)validità o (in)efficacia della convenzione arbitrale pronunciata dall'altro (al contrario di quanto invece avviene, ai sensi degli artt. 44 e 45 c.p.c., nei rapporti tra giudici ordinari, per quanto attiene alle decisioni sulla competenza – con una diversa intensità a seconda che si tratti di competenza “forte” o “debole” –), era stata fortemente criticata dalla dottrina maggioritaria, che già nel contesto normativo precedente si era espressa in senso molto critico rispetto a questa esclusione¹¹³.

Le critiche della dottrina avevano in particolare evidenziato come l'inapplicabilità, nei rapporti arbitro-giudice, di un meccanismo che consentisse la conservazione degli effetti processuali e sostanziali della domanda originariamente proposta al giudice o all'arbitro poi dichiaratosi incompetente, quale quello della *translatio iudicii* disciplinato dagli artt. 44 ss. c.p.c., impediva di veder realizzato, nell'ambito di quei rapporti, il principio, considerato di rango costituzionale¹¹⁴, per il cui processo è finalizzato a concludersi con pronunce di merito. D'altra parte, l'inapplicabilità degli artt. 44 e 50 c.p.c. (*rectius*, di regole corrispondenti ad essi), rendeva problematico ipotizzare un'efficacia vincolante della pronuncia sulla (carenza della) *potestas iudicandi* resa, rispettivamente, dal giudice statale e dall'arbitro, e favoriva così i conflitti negativi di competenza¹¹⁵.

Con riferimento al problema dei *conflitti negativi di competenza*, l'intervento della Corte costituzionale, con la decisione n. 223 del 2013¹¹⁶, che pure – dichia-

¹¹³ Per riferimenti v. il secondo capitolo, in particolare i parr. 1.2. e 1.3.

¹¹⁴ *Contra* M.P. GASPERINI, *Su una proposta di applicazione analogica dell'art. 59 L. 69/2009 ai rapporti tra giudici ed arbitri*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli 2010, 379 ss., per la quale il principio di conservazione degli effetti della domanda proposta originariamente dinanzi al giudice incompetente non poteva intendersi costituzionalmente imposto anche nei rapporti arbitro-giudice.

¹¹⁵ Su tali aspetti, su cui torneremo ampiamente nel seguito della trattazione, in particolare nel capitolo secondo, v. S. BOCCAGNA, *Translatio iudicii nei rapporti tra giudice e arbitro: sollevata la questione di incostituzionalità dell'art. 819 ter c.p.c.*, nt. a Trib. Catania 21 giugno 2012, in *Riv. dir. proc.* 2013, 470; ID., *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, cit., 329. Nel senso dell'illegittimità costituzionale della norma di cui al comma 2 dell'art. 819 ter c.p.c. si erano già espressi, in precedenza, anche R. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino 2008, 335 ss.; S. ZIINO, *La translatio iudicii tra arbitri e giudici ordinari (sulla parziale illegittimità costituzionale dell'art. 819-ter, secondo comma, c.p.c.)*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, cit., 920; M. ACONE, *Arbitrato e translatio iudicii: un parere eretico?*, *ivi*, 10 ss.

¹¹⁶ Tale sentenza, su cui ci soffermeremo diffusamente *infra*, si poneva in linea di continuità ideale con i principi già enucleati nella sentenza n. 77 del 5 marzo 2007, con cui la stessa Consulta aveva aperto alla possibilità di una *translatio iudicii* tra giudici ordinari e giudici speciali. In tale sentenza la Corte aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 30, l. 6 dicembre 1971, n. 1034 (*Istituzione dei tribunali amministrativi regionali*), nella parte in cui non prevedeva che gli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione si conservassero, a seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito

rando l'incostituzionalità della norma di cui al comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c., nella parte in cui non contempla, nei rapporti arbitro-giudice, l'applicabilità di "regole corrispondenti" a quella di cui all'art. 50 c.p.c. – ha aperto le porte alla tramigrabilità *bilaterale* della causa dal giudice all'arbitro e viceversa, consentendo che una causa incardinata dinanzi ad uno dei due organi, poi dichiaratosi sfornito di *potestas iudicandi*, proseguisse dinanzi all'altro, previa riassunzione (o riproposizione), con salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda¹¹⁷, non ha assolutamente risolto il problema. Come vedremo ampiamente nel prosieguo (in particolare nei capitoli secondo e quinto), essa ha lasciato irrisolte numerose questioni, di carattere sia teorico che pratico-applicativo: dal corretto inquadramento dell'istituto della trasmigrazione, ritenuto bensì operante nei rapporti arbitro-giudice, ma individuato solo genericamente come quello cui potenzialmente applicare "regole corrispondenti" all'art. 50 c.p.c.; al termine entro cui procedere alla continuazione del giudizio nell'altro foro; dalle modalità con cui proseguire il giudizio nell'altro foro (*riassunzione*, ai sensi dell'art. 50 c.p.c.¹¹⁸, oppure *riproposizione*; necessaria indicazione o meno, nella declinatoria di competenza, dell'or-

davanti al giudice munito di giurisdizione. Per un'analisi di tale decisione v. M. A. SANDULLI, *I recenti interventi della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione sulla translatio iudicii*, in *Riv. giur. edil.* 2007, I, 487 ss.; A. MANGIA, *Il lento incedere dell'unità della giurisdizione*, in *Giur. cost.* 2, 2007, 736 ss.; A. SCOGNAMIGLIO, *Corte di cassazione e Corte costituzionale a favore di una pluralità dei giudici compatibile con effettività e certezza della tutela*, in *Dir. proc. amm.* 2007, 1103 ss.

¹¹⁷ La decisione n. 223 del 19 luglio 2013 era stata preceduta dall'ordinanza della Corte di cassazione del 6 dicembre 2012, n. 22002 (vedila in *Riv. arb.* 2013, 699, nt. M. FURNACIARI, *Ancora sulla conservazione degli effetti dell'atto introduttivo nei rapporti fra giudice e arbitro: Cassazione vs. Corte costituzionale?*; in *Riv. dir. proc.* 2013, 1150, nt. L. SALVANESCHI, *Translatio iudicii a senso unico nei rapporti tra arbitro e giudice?*), che, forzando non poco il dato testuale del comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c., aveva statuito che la non applicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, dell'art. 50 c.p.c. – o di regole ad esso corrispondenti – fosse da interpretarsi non in senso biunivoco, ma *unilaterale*, riguardando unicamente il caso in cui fosse l'arbitro a declinare la propria competenza in favore della competenza del giudice statale. Allorquando, invece, fosse il giudice togato a dichiarare la propria incompetenza in ragione della sussistenza di un valido patto arbitrale (oppure fosse la Corte di cassazione, adita con riferimento ad una pronuncia affermativa della competenza del giudice ordinario, a dichiarare la competenza degli arbitri, oppure a rigettare, per ragioni di rito o di merito, l'istanza di regolamento contro una pronuncia declinatoria), si poteva procedere con la trasmigrazione della causa ai sensi dell'art. 50 c.p.c., con conseguente salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda originariamente proposta (con la salvezza, in particolare, dell'effetto interrottivo istantaneo della prescrizione ai sensi dell'art. 2943, comma 3, c.c. e di quello permanente di cui all'art. 2945, comma 2, c.c.), a condizione che la causa fosse riassunta dinanzi all'arbitro entro il termine fissato dal giudice o, in mancanza, in quello previsto dall'art. 50 c.p.c.

¹¹⁸ Cui però parrebbe opporsi la disomogeneità strutturale tra i giudizi togati e quelli arbitrali, nonché la diversità di regole processuali applicabili ai due tipi di giudizi (a cominciare da quelle sull'introduzione della causa). V. M. BOVE, in *Riv. arb.* 2014, 88 ss.

gano ritenuto competente da quello declinante¹¹⁹); alla necessità o meno di proporre una domanda qualificata di arbitrato nel caso di prosecuzione del giudizio dinanzi agli arbitri; dalla decorrenza del termine entro cui riassumere o riproporre la causa (dalla semplice comunicazione della sentenza o del lodo declinatorio¹²⁰ o dal giorno in cui la pronuncia declinatoria sia divenuta definitiva¹²¹); al problema, assolutamente decisivo, ma di cui la Corte non si è minimamente occupata, dell'efficacia – vincolante o meno – della pronuncia declinatoria nei confronti dell'organo *ad quem*¹²² (potendo tale lacuna imputarsi al fatto che la pronuncia della Consulta ha investito unicamente l'art. 50 e non l'art. 44 c.p.c., che continua a rimanere inapplicabile nei rapporti arbitro-giudice¹²³); al problema, infine, della non chiarita efficacia, nei confronti degli arbitri, delle sentenze della Cassazione sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale¹²⁴.

Con riferimento, invece, ai *conflitti positivi di competenza*, la norma di cui all'art. 819 *ter* c.p.c. che, come detto, ribadisce il sistema delle “vie parallele” ripropone sostanzialmente immutati i problemi di coordinamento tra le due procedure già sorti prima della riforma. In via meramente introduttiva, ci limitiamo ad osservare, in questa sede, che, secondo l'opinione che prevale in dottrina e giurisprudenza, tali conflitti possono comporsi solo *a valle*, allorquando una pronuncia definitiva di merito, ottenuta in una delle due sedi, venga spesa nell'altra, al fine di precluderne la continuazione, in virtù dell'efficacia preclusiva del giudicato. Può tuttavia accadere che il giudicato formatosi per primo, o la sua spendita nell'altro processo, non siano in grado di paralizzarne la continuazione (ad esem-

¹¹⁹ Nel senso della necessità dell'indicazione, nella pronuncia di incompetenza, del giudice o, rispettivamente, dell'arbitro ritenuti competenti, davanti cui dovrà essere riassunta (o riproposta) la causa, v. S. BOCCAGNA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile*, cit., 1413; *contra* L. SALVANESCHI, *Il rapporto tra arbitro e giudice dopo la decisione della Consulta*, in *Riv. dir. proc.* 2014, 390.

¹²⁰ In tal senso v. B. SASSANI, in *Riv. arb.* 2014, 112 ss.

¹²¹ In tal senso v. A. BRIGUGLIO, in *Riv. arb.* 2014, 96 ss.; S. MENCHINI, *ivi*, 107 ss., per il quale tale conclusione si imporrebbe per analogia a quanto disposto dagli artt. 59, comma 2, l. n. 69/2009 e 11 c.p.a.

¹²² Non sembra avere dubbi sull'efficacia vincolante sulla fissazione della “competenza” conseguente ad una pronuncia declinatoria del giudice o, rispettivamente, dell'arbitro, S. BOCCAGNA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., 1413, per il quale: “(...) a seguito della riassunzione, la pronuncia con la quale il giudice o gli arbitri abbiano declinato la propria competenza esplicherà efficacia vincolante nei confronti degli arbitri o, rispettivamente, del giudice indicati come competenti”.

¹²³ Così P.L. NELA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., 1818; M. BOVE, in *Guida dir.* 2006, 8, 108, per il quale: “(...) i rapporti tra arbitro e giudice statale non sono inquadrabili come i rapporti di competenza intercorrenti tra i giudici statali”.

¹²⁴ Si tratta, evidentemente, di profili di assoluta rilevanza nell'ambito di un tentativo ricostruttivo della disciplina dei rapporti e dei conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitri e giudici statali, su cui ci soffermeremo ampiamente nel secondo e nel quinto capitolo.

pio, se il giudicato non venga dedotto dalla parte o rilevato dall'altro organo, oppure perché l'eccezione di giudicato venga rigettata). In tal caso il sistema delle "vie parallele" può contare, oggi come già dopo la riforma del 1994, su una norma di chiusura (l'art. 829, comma 1, n. 8, c.p.c.), che – *dalla prospettiva del giudizio arbitrale* – consente di censurare la contrarietà del lodo ciononostante emesso alla sentenza precedentemente passata in giudicato (oltre che ad un lodo precedente sulla medesima causa divenuto inoppugnabile), specularmente a quanto, in sede giudiziale, avverrebbe in sede di appello (censurando, cioè, una sentenza di primo grado per contrarietà ad un precedente lodo non più impugnabile) o censurando una sentenza resa in grado di appello per contrarietà ad un precedente lodo non più impugnabile ai sensi, alternativamente, dell'art. 360, n. 3 o 4, c.p.c. (se la decisione impugnata abbia pronunciato sulla relativa eccezione) o (sulla base di una asserita piena equiparazione tra lodo e sentenza – ma il punto, è, come vedremo, controverso) dell'art. 395, comma 1, n. 5, c.p.c. (purché la sentenza impugnata non abbia appunto pronunciato sulla relativa eccezione).

Tuttavia, in mancanza di impugnazione (o in caso di rigetto della stessa), non è da escludere che ci si trovi di fronte a due decisioni ugualmente definitive e non ulteriormente impugnabili¹²⁵. Anche su tutti questi aspetti ritorneremo diffusamente più avanti.

Il comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c. prosegue statuendo che la sentenza, con cui il giudice statale affermi o neghi la propria competenza in relazione ad una convenzione d'arbitrato, è impugnabile a norma degli artt. 42 e 43, ossia con il regolamento (*facoltativo* o *necessario*) di competenza¹²⁶. Si tratta, anche in tal caso, della riesumazione di un orientamento a lungo dominante, soprattutto in giurisprudenza, nel contesto del codice del 1940 c.p.c. (e successive riforme)¹²⁷, provvisoriamente accantonato dalla pronuncia delle Sezioni Unite del 2000, n. 527.

¹²⁵ P.L. NELA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., 1814.

¹²⁶ Per P.L. NELA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., 1815, l'espressa previsione dell'impugnabilità della decisione del giudice statale sull'*exceptio compromissi* sarebbe la conseguenza del mutato quadro normativo che, avallando esplicitamente la possibilità di un parallelismo tra procedure, ha avvertito la necessità, oggi più che in passato, di far prevalere celermente una delle due opzioni, attraverso una decisione del Supremo Collegio che fissi una volta per tutte la questione della rispettiva *potestas iudicandi*. Sul dibattito giurisprudenziale in tema di limiti temporali di applicabilità della nuova disciplina del regolamento di competenza avverso la decisione del giudice statale v. S. BOCCAGNA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile*, cit., 1411.

¹²⁷ V., tra le sentenze più recenti, prima della riforma, nel senso dell'esperibilità del regolamento di competenza avverso la decisione del giudice statale sull'*exceptio compromissi*, Cass. 15 maggio 2001, n. 6710, in *Giur. it.* 2002, 939; Cass. 11 ottobre 1999, n. 11383, in *Mass. Foro it.* 1999. Ma v., in senso contrario a detta esperibilità, Cass. 1° giugno 1990, n. 5144, in *Foro it.* 1990, I, 2842; Cass. 13 luglio 1988, n. 4587, in *Mass. Foro it.* 1988.

L'impostazione "negozialistica" adottata da queste ultime, infatti, con l'inquadramento del lodo come atto puramente negoziale e l'eccezione di patto arbitrale come *eccezione di merito*, anziché di rito, precludeva il ricorso allo strumento del regolamento di competenza e assoggettava la decisione dell'autorità giudiziaria su detta eccezione alle impugnazioni ordinarie (appello e ricorso per cassazione¹²⁸).

L'esperibilità del regolamento di competenza, rimedio caratteristico per censurare le decisioni (del giudice statale) sulla competenza, non è in sé dirimente nel determinare la natura della questione oggetto della decisione (come dimostra il suo utilizzo avverso provvedimenti che nulla hanno a che vedere con la competenza, quale, ad esempio, quello che dispone la sospensione del giudizio ai sensi dell'art. 295 c.p.c.). Tuttavia, essa appare indicativa di un deciso superamento dell'inquadramento meramente "negozialistico" e, dunque, "di merito" della questione, in favore di una sua riconduzione nell'alveo delle questioni di *natura processuale, di rito*. Non attingendo essa in alcun modo alla pretesa sostanziale azionata, ma solo alla sua *decidibilità* (nella misura in cui l'esistenza di un valido patto compromissorio osta ad una decisione, *nel merito*, della lite), essa presenta caratteri affini alle questioni pregiudiziali di rito e, nello specifico, alla categoria dei presupposti processuali (in tal caso, *negativi*).

Tale conclusione (che avremo modo di argomentare esaurientemente nel prosieguo della trattazione) non risulta inficiata dal fatto che il giudice statale, per stabilire la sussistenza o meno della propria "competenza" in presenza di un patto arbitrale, debba in ogni caso conoscere di profili attinenti alla esistenza, validità ed efficacia di quel patto (ossia di profili che attengono alla sua disciplina sostanziale e dunque, *lato sensu, di merito*), dal momento che non costituisce punto un'anomalia nel nostro ordinamento il fatto che il giudice statale, per decidere della sussistenza o meno dei presupposti processuali, debba conoscere di profili meritali o sostanziali delle fattispecie sottese¹²⁹. D'altra parte, la qualificazione che il giudice statale attri-

¹²⁸ Nel solco della svolta "negozialista" della Cassazione, incompatibile con l'ammissibilità del regolamento di competenza avverso la decisione del giudice statale sull'*exceptio compromissi*, si collocano Cass. 19 settembre 2003, n. 13893, in *Giust. civ.* 2004, I, 2299, nt. E. GRASSO, *La clausola compromissoria in caso di cessione del credito*; in *Riv. arb.* 2004, 467, nt. C. PETRILLO, *Circolazione della clausola compromissoria in ipotesi di cessione del credito*; Cass. 25 giugno 2002 (ord.), n. 9289, in *Giust. civ.* 2003, I, 717, nt. C. PUNZI, *Natura dell'arbitrato e regolamento di competenza*; in *Giust. civ.* 2003, I, 1601, ss., nt. G. TOTA, *Ancora sulla natura dell'eccezione di compromesso (e sull'ammissibilità del regolamento di competenza avverso la sentenza del giudice ordinario che pronunci su di essa)*; in *Foro it.* 2002, I, 2299, nt. C.M. BARONE; Cass. 4 giugno 2001, n. 7533, in *Foro it.* 2001, I 2383; in *Corr. giur.* 2001, 1448 ss., nt. C. CONSOLO, R. MURONI, *L'eccezione di arbitrato rituale come eccezione di "merito" e la supposta inammissibilità del regolamento di competenza*; Cass. 1° febbraio 2001, n. 1403, in *Foro it.* 2001, I, 838, nt. C.M. BARONE; in *Giur. it.* 2001, 2035 ss., nt. P.L. NELA, *Arbitrato rituale e regolamento necessario di competenza*.

¹²⁹ È quanto, ad esempio, accade, in materia di giurisdizione, in ipotesi di deroga convenzionale

buisca alla decisione sulla propria *potestas iudicandi* in presenza di una convenzione arbitrale (rigetto in rito per “improponibilità” della domanda, anziché per “incompetenza”¹³⁰) non è dirimente per il corretto inquadramento della decisione ai fini della sua impugnabilità con il regolamento di competenza, dal momento che, come emerge dalla posizione dell’orientamento interpretativo che prevale, ciò che rileva è la *sostanza della decisione* (ossia il suo oggetto), non la sua qualificazione. Riservandoci di tornare più avanti in dettaglio su questi profili, ci limitiamo in questa sede ad anticipare che l’accoglimento dell’impugnazione proposta mediante regolamento di competenza, in ragione del fatto che il giudice avrebbe erroneamente negato la propria *potestas iudicandi* in presenza di una convenzione di arbitrato, implicherà, in linea di principio, un rinvio restitutorio (mentre, in caso contrario – di accoglimento dell’impugnazione perché il giudice avrebbe erroneamente rigettato l’eccezione di patto arbitrale, affermando la sussistenza della propria *potestas iudicandi* –, si avrà la cassazione senza rinvio della decisione). Il comma 2 dell’art. 819 *ter* c.p.c. sancisce espressamente la non applicabilità, ai rapporti arbitro-giudice statale, dell’art. 48 c.p.c. (la norma che contempla la sospensione automatica dei processi per i quali è richiesto il regolamento di competenza¹³¹). In base alla prevalente interpretazione circa la portata di quella norma, l’accoglimento dell’istanza di regolamento proposto avverso una sentenza non definitiva, di rigetto dell’eccezione di compromesso, cui abbia fatto seguito la continuazione del giudizio (non sospeso) per la decisione di merito, dovrebbe travolgere tutta l’attività *medio tempore* compiuta¹³². Infine, ove il giudice statale dovesse rigettare l’*exceptio compromissi*, pronunciando contestualmente una decisione di merito sulla lite, la decisione sarà impugnabile con il regolamento *facoltativo* di competenza¹³³.

ex art. 4, comma 2, l. n. 218 del 1995 o in materia di legittimazione straordinaria ex art. 2909 c.c., che impone la delimitazione della titolarità del diritto di credito dell’attore surrogante. V., in proposito, C. CONSOLO, Soprassalti delle S.U. intorno all’eccezione di arbitrato estero e alla Convenzione di New York quanto all’ordine delle questioni di rito e di doppio “merito” e riflessioni sull’art. 41 n. 218/1995, in Corr. giur. 2004, 928.

¹³⁰ V., in tal senso, Cass. 30 ottobre 2012, n. 18671; Cass. 4 agosto 2011, n. 17019, in *Foro it.* I, 1143. Invece sicuramente esclusa l’impugnabilità di una decisione del giudice ordinario che abbia statuito sull’(in)esistenza o (in)validità di una convenzione *per arbitrato irrituale*: così Cass. 13 maggio 2014, n. 10300; Cass. 17 gennaio 2013, n. 1158; Cass. 5 dicembre 2012, n. 21869. *Contra*, valorizzando il comune fondamento negoziale delle due specie di arbitrato; PUNZI, *Luci ed ombre nella riforma dell’arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2007, 395; G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova 2007, 412.

¹³¹ Sebbene, come vedremo più avanti, la questione sia controversa.

¹³² B. CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI, *Commentario alle riforme*, cit., 881.

¹³³ In tal caso dovrebbe invece scattare la sospensione automatica del procedimento, in ragione

L'ultima parte del comma 1 individua nella comparsa di risposta il termine perentorio per la proposizione dell'eccezione di "incompetenza" del giudice in ragione della convenzione di arbitrato, collegando alla sua omessa o intempestiva proposizione una conseguenza non del tutto chiara nella sua effettiva portata, consistente, cioè, nell'*esclusione della competenza arbitrale limitatamente alla controversa decisa in quel giudizio*. Tale conseguenza non è prevista dalla disposizione (parzialmente speculare) di cui al comma 2 dell'art. 817 c.p.c. (mancata o intempestiva proposizione, in sede arbitrale, dell'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* dell'arbitro), che, come visto, si limita a disporre l'impossibilità di impugnazione del lodo per un motivo attinente alla contestazione cui si riferisce l'eccezione. Quest'altra norma, in altri termini, non contempla conseguenze *ulteriori* rispetto all'effetto *endoprocessuale* della preclusione all'impugnabilità del lodo, come potrebbero essere l'inammissibilità della domanda in sede ordinaria o il venire meno della *potestas iudicandi* del giudice statale¹³⁴.

Sebbene, in linea di principio, si tenda ad escludere che la mancata proposizione dell'*exceptio compromissi* in sede giudiziale implichi una rinuncia *tout court* al patto arbitrale¹³⁵, la particolare formulazione della disposizione dell'ultima parte del comma 1 ha indotto alcuni autori a ravvisarvi un *meccanismo di coordinamento indiretto* tra le due procedure, nella misura in cui la sopravvenuta *inefficacia* del patto arbitrale, conseguente alla mancata proposizione dell'*exceptio compromissi* in sede giudiziale, priverebbe l'arbitro della *potestas iudicandi*, costringendolo a chiudere in rito il giudizio¹³⁶. Il punto, come vedremo più approfonditamente in seguito, è in verità non poco controverso, anche in ragione di una formulazione indubbiamente contorta della norma (che limita la sopravvenuta inefficacia alla controversia non meramente *dedotta*, ma *decisa* in quel giudizio), con la dottrina divisa tra chi ricollega, comunque, alla condotta un'efficacia meramente *endoprocessuale* (consistente, *ad instar* di quanto avviene in sede arbitrale in conseguenza dell'omessa proposizione dell'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* dell'arbi-

del fatto che l'art. 43 c.p.c., che tale sospensione contempla, non solo è espressamente richiamato dal comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c., ma non rientra tra le norme (menzionate dal comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c.), la cui applicazione ai rapporti arbitro-giudice è espressamente esclusa. Così anche C. DELLE DONNE, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., 595.

¹³⁴ V. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, 8ª ed., Milano 2015, 786.

¹³⁵ Così F.P. LUISO, *op. ult. cit.*, 787. Nello stesso senso, prima della riforma, v. S. IZZO, *Apunti sull'eccezione di compromesso e sulla sentenza che la decide*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, cit., 454; C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario*, cit., 669 ss.; M. BOVE, *L'estinzione del patto compromissorio*, cit., 685. *Contra*, sempre prima della riforma, v. G. TOMBARI, *Natura e regime giuridico dell'eccezione di compromesso*, in *Riv. trim. dir. proc.* 1075 ss.; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2000, I, 453 ss. Su tali profili ritorneremo diffusamente nel quarto capitolo.

¹³⁶ Così F.P. LUISO, *op. ult. cit.*, 786.

tro, nell'impossibilità di impugnare successivamente la decisione); e chi, invece, vi ravvisa un'efficacia *esterna* (impattante, cioè, sul parallelo giudizio arbitrale) e, all'interno dei due diversi orientamenti, tra chi ricollega l'effetto individuato *immediatamente* a far data dall'inutile decorso del termine entro cui l'eccezione avrebbe dovuto essere sollevata e chi, invece, richiede comunque che alla mancata proposizione dell'eccezione faccia seguito una pronuncia di merito da parte del giudice statale, in mancanza della quale la *potestas iudicandi* arbitrale o non verrebbe mai meno¹³⁷ oppure, pur se venuta meno in precedenza, in conseguenza della mancata proposizione dell'eccezione, risorgerebbe a seguito dell'eventuale estinzione del giudizio statale o della sua chiusura con una pronuncia di mero rito¹³⁸. Si tratta di profili complessi e controversi, su cui ci torneremo ampiamente in seguito, in particolare nel quinto capitolo.

Per finire, una delle novità più rilevanti della riforma del 2006 – se non sotto il profilo pratico-applicativo del coordinamento preventivo tra le due procedure (considerata la macchinosità dell'istituto e la prevedibili lungaggini per pervenire ad una decisione definitiva che faccia definitivamente stato sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale), quantomeno sotto il profilo della rilevanza teorica e delle ricadute sistematiche ai fini della qualificazione della “questione” della (in)validità ed (in)efficacia del patto arbitrale – è rappresentata dall'ultimo comma dell'art. 819 *ter* c.p.c., che ammette la proponibilità di una domanda giudiziale (come si desume, *a contrario*, dalla formulazione, *in negativo*, della norma, che la esclude (solo) in pendenza di un giudizio arbitrale¹³⁹), avente come unico

¹³⁷ G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale*, cit., 412; B. CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI, *Commentario alle riforme*, cit., 884; L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 817 c.p.c.*, cit., 596 e *sub 819 ter c.p.c.*, cit., 678; M. BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, cit., 369 ss.; ID., *Aspetti problematici nella nuova disciplina della convenzione d'arbitrato rituale*, in *Giust. proc. civ.* 2006, 73 ss. Questi autori richiedono appunto, per il prodursi dell'effetto estintivo della convenzione arbitrale, non solo l'omessa proposizione dell'eccezione, ma altresì la decisione nel merito da parte del giudice statale, sicché, sino a quel momento, la convenzione rimarrebbe efficace.

¹³⁸ Così F.P. LUISO, *op. ult. cit.*, 787; S. BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, cit., 321; S. IZZO, *Appunti sull'eccezione di compromesso*, cit., 455; ID., *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 219 ss.; E. OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri sui presupposti dell'arbitrato*, cit., 95.

¹³⁹ In tal senso è la prevalente dottrina. Così F.P. LUISO, *op. ult. cit.*, 359; ID., *Rapporti fra arbitro e giudice*, cit., 776, per il quale, mediante l'introduzione di una tale disposizione, il legislatore postulerebbe l'ammissibilità di tale azione, *seppur in modo implicito*; G.P. CALIFANO, *Sul provvedimento dell'arbitro che afferma la propria competenza*, in *Riv. arb.* 2017, 3, 491 ss., che, per sostenere la tesi dell'ammissibilità di tale domanda, si appella appunto al canone ermeneutico dell'argomentazione *a contrario*. Nello stesso senso M. BOVE, *Ricadute sulla disciplina dell'arbitrato della legge n. 69/2009*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, cit., 82; ID., *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, cit., 361, che, per la proponibilità di una simile domanda, ritiene debba

oggetto l'invalidità o l'inefficacia della convenzione di arbitrato¹⁴⁰.

L'istituto configura una vera e propria domanda di accertamento *negativo* autonoma¹⁴¹, che consente a un soggetto di sottrarsi all'arbitrato¹⁴², ottenendo una statuizione definitiva sull'invalidità o inefficacia della convenzione arbitrale, nel caso in cui un procedimento arbitrale non sia stato ancora introdotto¹⁴³ e non

dimostrarsi, in concreto, la sussistenza di un interesse ad agire; S. IZZO, *Appunti sull'eccezione di compromesso e sulla sentenza che la decide*, cit., 463. In tal senso v. anche Cass. 4 agosto 2011, n. 17019, in *Foro it.* 2012, I, 1143 per cui, dal testo dell'art. 819 *ter*, comma 3, c.p.c., si ricaverebbe: "(...) per converso ed anzi in forza di un *argumentum a contrario*, che una domanda intesa ad ottenere la declaratoria dell'invalidità o dell'inefficacia della convenzione possa invece essere introdotta davanti all'autorità giudiziaria" e che "(...) tale domanda bene può essere proposta o di per sé sola, cioè come domanda di accertamento, certamente assistita dal requisito dell'interesse ad agire (per evitare che eventuali controversie possano essere introdotte davanti agli arbitri), o unitamente alla domanda relativa al rapporto cui la clausola compromissoria potenzialmente troverebbe applicazione". Ma v., in senso contrario, P.L. NELA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., 1821, per il quale la disposizione dovrebbe essere oggetto di interpretazione tale da escluderne qualsivoglia lettura *a contrario*. Secondo tale impostazione, il richiamo alla "competenza" renderebbe la domanda di accertamento sempre inammissibile: dopo l'instaurazione del giudizio arbitrale, perché così espressamente dispone la norma; prima di tale momento, perché, risolvendosi la cognizione del giudice in un'indagine sulla competenza, essa risulterebbe comunque sfornita del necessario interesse ad agire. Per P.L. NELA, la *ratio* della disposizione dovrebbe essere ricercata nell'intento di scongiurare azioni volte a sabotare il giudizio arbitrale: *ratio* che emergerebbe anche dalla relazione di accompagnamento al decreto legislativo, ove la disposizione di cui all'art. 819 *ter*, comma 3, c.p.c. è stata giustificata proprio al fine di "impedire azioni pretestuose". Tale conclusione troverebbe altresì conferma nell'art. 817, comma 2, ove si statuisce che gli arbitri decidono sulla propria competenza *anche se i loro poteri sono contestati in qualsiasi sede per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento*. Per P.L. NELA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., 1821, nt. 21: "Al riguardo onestà vuole si esprima la sensazione che nella intenzione del legislatore l'art. 817, 2° co. avrebbe dovuto essere formulato con la parola 'anche', per cui dovrebbe suonare '(...) per qualsiasi ragione anche sopravvenuta nel corso del procedimento'; ma, dato che si tratta per l'appunto di una sensazione, non è dato farla assurgere alla dignità di argomento esegetico".

¹⁴⁰ Non stupisce, invece, che il legislatore non abbia concepito una norma simmetrica, *ma di segno opposto*, ossia la possibilità che, in pendenza di un giudizio statale, non possono essere proposte *agli arbitri* domande aventi ad oggetto la validità o l'efficacia di una di convenzione arbitrale, che sarebbe stata inutile e fuorviante. Così P.L. NELA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., 1820, per il quale una domanda di accertamento della sussistenza dei poteri degli arbitri, non accompagnata da una domanda di merito, sarebbe viziata per difetto di interesse ad agire. E ciò perché, a differenza di quanto accade quando analoga domanda venga sollevata in sede giudiziaria, si darebbe per scontato che una supremazia degli arbitri verso i giudici statali non esista.

¹⁴¹ Così S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela della convenzione arbitrale*, in *Riv. arb.* 2013, 368 ss.; F. PERILLO, *Il processo arbitrale*, in G. IUDICA (a cura di), *Appunti di diritto dell'arbitrato*, Torino 2012, 183.

¹⁴² S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, 4^a ed., Milano 2011, 172 ss.

¹⁴³ Ma v. P.L. NELA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., 1821, per il quale, proprio guardando al testo letterale del citato comma terzo della disposizione in esame, *anche* in pendenza di un procedimento

esista alcun giudizio civile in cui potrebbe essere sollevata la *exceptio compromissi* (oppure tale procedimento sia stato bensì instaurato, ma nel suo ambito non sia stata ancora pronunciata una decisione del giudice statale sulla questione).

Alla luce dei principi generali, tale azione di accertamento negativo avalla altresì la proposizione del suo opposto, ovvero un'azione di accertamento *positivo* volta all'accertamento della validità ed efficacia della convenzione arbitrale¹⁴⁴, mentre più dubbia appare l'ammissibilità di una domanda avente ad oggetto il *modo di essere* dell'accordo compromissorio (ad esempio, se esso sia per arbitrato rituale o irrituale)¹⁴⁵. Non pare esservi dubbio, in dottrina, sul fatto che una decisione resa al termine di un giudizio instaurato *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c. e divenuta definitiva, abbia tutti i crismi della *cosa giudicata*¹⁴⁶.

La norma, oltre a porre il problema dell'individuazione della sua esatta portata precettiva, pone tutta una serie di problemi di coordinamento sistematico. Si pensi, ad esempio, al problema del coordinamento tra il giudizio introdotto *ex art. 819 ter*, comma 3 c.p.c. e un giudizio arbitrale di merito instaurato in un secondo momento sulla base del medesimo patto arbitrale, nonché al problema degli effetti, su quel giudizio, della decisione sulla domanda *ex art. 819 ter* comma 3 c.p.c., divenuta o meno definitiva. Oppure al problema del coordinamento tra il giudizio introdotto *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c. e un giudizio statale previa-

arbitrale sarebbe possibile adire il giudice ordinario per sollevare doglianze avverso la clausola arbitrale, ma al solo limitato fine di dedurne l'inesistenza, siccome vizio non compreso nel divieto portato dalla predetta disposizione.

¹⁴⁴ Così S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela della convenzione arbitrale*, cit., 368 ss.

¹⁴⁵ L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 817 c.p.c.*, cit., 574 ss.; Cass. 4 agosto 2011, n. 17019. *Contra* G.F. RICCI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 514 ss.; P.L. NELLA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., 1820 ss.; B. CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme*, cit., 885 ss.

¹⁴⁶ D. AMADEI, *Giudicato implicito anche per la questione relativa alla convenzione d'arbitrato: una discutibile pronuncia della Corte di Cassazione*, nt. a Cass. ord. 25 ottobre 2017, n. 25254, in *Riv. arb.* 2018, 692, per il quale: "(...) non avrebbe alcun senso consentire queste domande, che hanno un particolare ambito oggettivo, trattandosi di una mera questione e non, come i principi impongono, di una intera situazione giuridica sostanziale da tutelare, se non conducessero ad un provvedimento che fissa una volta per tutte la presenza o meno del patto compromissorio"; nello stesso senso G. CASCELLA *Competenza del giudice ordinario e tardività dell'eccezione di arbitrato. Osservazioni a margine di Trib. Firenze, sez. spec. impresa, 16.3.18, n. 814*, in <https://www.sipotra.it/old/wp-content/uploads/2018/11/Competenza-del-giudice-ordinario-e-tardivit%C3%A0-dell%E2%80%99eccezione-di-arbitrato.pdf>, che individua la *ratio* della norma nella necessità e opportunità che la questione relativa alla invalidità e/o inefficacia della convenzione arbitrale venga sempre decisa con *efficacia di giudicato*. In tal senso v. anche Cass. 12 novembre 2015, n. 23176, in *Rep. Foro it.* 2015, voce *Competenza civile*, n. 108, per cui: "(...) qualora non venga impugnata nelle forme stabilite dal codice di rito la pronuncia d'incompetenza, si forma un giudicato che stabilisce, irreversibilmente, la competenza degli arbitri".

mente o successivamente instaurato sul merito di una controversia cui si riferisca il patto oggetto dell'azione *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c., nonché al problema degli effetti, su quel giudizio, della decisione sulla domanda *ex art. 819 ter* comma 3, c.p.c., divenuta o meno definitiva. Si pensi, altresì, al tema degli effetti di un lodo arbitrale o di una decisione del giudice statale che abbiano pronunciato *solo sulla (affermando o negando la) potestas iudicandi arbitrale*, divenuti o meno definitivi, sul giudizio in cui sia stata dedotta una domanda *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c.; o, ancora, al problema degli effetti della decisione resa in un giudizio *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c., divenuta o meno definitiva, sull'eventuale giudizio di impugnazione per nullità del lodo arbitrale o sull'eventuale giudizio di impugnazione proposto avverso la decisione resa nel giudizio sul merito di una disputa rientrante nell'ambito di applicazione del patto arbitrale. Su questi e altri profili ritorneremo nel quinto capitolo, nell'ambito della nostra proposta ricostruttiva.

4. *L'art. 829 c.p.c. e il conflitto arbitro-giudice in sede di impugnazione*

La comprensione dell'effettiva portata delle disposizioni in tema di rapporti e conflitti tra arbitrato e giurisdizione statale non può prescindere da un'analisi delle novità apportate dal legislatore della riforma al rimedio dell'impugnazione per nullità del lodo arbitrale.

Invero, l'art. 1 della legge-delega del 14 maggio 2005, n. 80 aveva assegnato al futuro legislatore il compito di procedere ad una: "(...) *razionalizzazione delle ipotesi attualmente esistenti di impugnazione per nullità*", enucleando alcuni principi guida, tra cui: "(...) *subordinare la controllabilità del lodo ai sensi del 2° comma dell'art. 829 del codice di procedura civile alla esplicita previsione delle parti, salvo diversa previsione di legge e salvo il contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico; 2) disciplinare il procedimento, prevedendo le ipotesi di pronuncia rescissoria da parte del giudice dell'impugnazione per nullità*".

In linea con le prescrizioni della legge-delega, il legislatore è intervenuto in maniera corposa sul precedente testo degli artt. 829 ss. c.p.c., apportando modifiche che andiamo qui di seguito brevemente ad illustrare, rilevanti anche per la tematica oggetto della presente trattazione¹⁴⁷.

Sono state invece quasi integralmente disattese le indicazioni formulate da una parte della dottrina, secondo cui l'equiparazione del lodo alla sentenza pronuncia-

¹⁴⁷ La nuova formulazione della norma ribadisce l'irrinunciabilità dell'impugnazione per i vizi in parola, precisando che inammissibile è però solo la rinuncia *preventiva*. Tale precisazione, invero, non ha portata innovativa, dato che alla medesima conclusione si perveniva anche nel vigore della normativa abrogata: così S. MENCHINI, *Impugnazione del lodo "rituale"*, cit., 848.

ta dall'autorità giudiziaria (oggi espressamente codificata, almeno *quoad effectum*, dall'art. 824 *bis* c.p.c.) avrebbe dovuto implicare la necessità di assoggettare anche il primo ad un controllo di legittimità analogo a quello previsto per la seconda, ai sensi dell'art. 111, comma 7, Cost., pena, in caso contrario, una sostanziale violazione di tale disposizione¹⁴⁸. È bensì vero che l'eliminazione, dal n. 7 del comma 1 dell'art. 829 c.p.c., dell'inciso: "(...) *forme prescritte per i giudizi (...)*", sostituito dal nuovo: "(...) *forme prescritte dalle parti (...)*", amplia, in parte, le possibilità di impugnare il lodo per vizi del procedimento. Tuttavia, non si è proceduto ad equiparare il controllo sulla motivazione in fatto del *dictum* arbitrale a quello contemplato, in relazione alla motivazione della sentenza, dall'art. 360, comma 5¹⁴⁹. In ragione di un granitico ed inscalfibile orientamento giurisprudenziale formato sul vizio di motivazione del lodo, allo stato lo scrutinio su un lodo arbitrale ad opera della Corte d'appello adita in sede di impugnazione di nullità *risulta notevolmente più angusto* rispetto a quello applicabile in sede di impugnazione di una sentenza pronunciata da un giudice statale¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Su questo profilo v., in particolare, C. CONSOLO, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 1390 ss., che propugna una: "(...) rivisitazione (...) dell'art. 829 per saggiarlo (...) sul modello dell'art. 360 e specie nei suoi nn. 3-4-5". Secondo C. CONSOLO: "(...) proprio perché il lodo rituale è (...) 'sentenza' di merito, le garanzie vanno accresciute e la Corte d'appello non è da intendersi tanto, in sede di impugnativa di nullità, come sindacatore dei precipui abusi dei giudici-arbitri, quanto come (primo e, se possibile, ultimo) giudice di legittimità nell'ottica di una largizione decentrata della garanzia del giudizio di cassazione"; ID., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova 2008, 384 ss., che evidenzia, pur dopo l'emanazione della riforma dell'arbitrato del 2006, e la tendenziale espunzione degli errori di diritto dall'ambito dei motivi di impugnazione del lodo, la funzione di: "(...) sostanziale anticipazione decentrata (...) del giudizio di legittimità che l'art. 111 Cost. garantisce contro ogni sentenza in senso sostanziale, ivi compreso, dunque, anche il lodo giurisdizionale degli arbitri rituali". In tal senso v. anche M. TARUFFO, *Sui vizi di motivazione del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.* 1991, 507; E. FAZZALARI, *Impugnazione del giudizio di fatto dell'arbitro*, ivi, 1999, 1 ss.

¹⁴⁹ In relazione al quale, nel consentire il ricorso per cassazione avverso una decisione giudiziale invocando: "(...) [*l'*]omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti", il margine di scrutinio in sede di legittimità era già stato notevolmente ridimensionato dall'intervento riformatore del d.l. 22 giugno 2012, n. 83 – poi convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 134 – rispetto a quanto consentito in precedenza (i.e. decisione giudiziale censurabile: "(...) *per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio*").

¹⁵⁰ Da un lato, infatti, il motivo di cui all'art. 829, comma 1, n. 11 c.p.c. ("(...) *se il lodo contiene disposizioni contraddittorie*") è stato sempre interpretato come riferentesi ai casi (estremamente rari) di contraddittorietà di enunciati *all'interno del solo dispositivo*; dall'altro, il vero e proprio vizio di motivazione (censurabile ai sensi del combinato disposto di cui all'art. 829, comma 1, n. 5, c.p.c. – "(...) *se il lodo non ha i requisiti indicati nei numeri 5), 6) 7) dell'articolo 823*" – e all'art. 823, comma 2, n. 5, c.p.c. – "(...) *Il lodo deve contenere: (...) l'esposizione sommaria dei motivi*" –, corrispondente al n. 3 del testo ante-riforma), è stato sempre limitato ai casi in cui la motivazione

Tale disparità di trattamento tra scrutinio del lodo e scrutinio della sentenza, *sub specie* del vizio di motivazione, appare di difficile comprensione, alla luce non solo dell'equiparazione degli effetti tra i due provvedimenti sancita dall'art. 824 *bis* c.p.c. e del medesimo trattamento riservato al contrasto tra un lodo e, una sentenza o un lodo divenuti incontrovertibili, ma anche in ragione del fatto che ora il nuovo comma 4 dell'art. 360 c.p.c. (introdotto dalla stessa legge di riforma dell'arbitrato) estende *espressamente* l'applicabilità dell'intero comma 1 dell'art. 360 c.p.c. (oltre che il suo comma 3) – e dunque anche il n. 5 – alle sentenze *ed ai provvedimenti diversi dalla sentenza contro i quali è ammesso il ricorso per cassazione per violazione di legge*¹⁵¹.

Ad ogni modo, la *ratio* che sottende la serie di novità in materia di impugnazione del lodo è quella di *accrescerne la stabilità*, limitandone il controllo da parte del giudice dello Stato, in linea con l'approccio adottato dal legislatore in relazione alla generalità delle disposizioni introdotte *ex novo* dalla riforma, finalizzato a puntellare il più possibile l'autonomia del giudizio arbitrale rispetto a interferenze, incursioni, revisioni o controlli dell'autorità giudiziaria statale¹⁵².

Per quanto riguarda, poi, i singoli motivi di annullamento¹⁵³, proprio quelli

manchi del tutto, o sia a tal punto carente da non consentire di comprendere l'*iter* argomentativo e di individuare la *ratio* della decisione. Si tratta di casi talmente rari da sostanzialmente azzerare la possibilità di attaccare il lodo per quel motivo. Per riferimenti v. S. BOCCAGNA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 459.

¹⁵¹ S. BOCCAGNA, *ult. loc. cit.* Il controllo sulla motivazione diviene dunque parte integrante della garanzia di cui all'art. 111 Cost., rispetto al quale la summenzionata interpretazione restrittiva del vizio di motivazione del lodo adottata sin qui dalla giurisprudenza si pone in evidente contrasto.

¹⁵² Tale *ratio* emerge, da un lato, dal comma 3 dell'art. 829 c.p.c., per il quale: “[l]’impugnazione per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia è ammessa se espressamente disposta dalle parti o dalla legge”, che (invertendo la regola precedente, per cui il consenso era richiesto per *escludere* l’impugnabilità del lodo), ha l’effetto di rendere il lodo *meno aggredibile* financo rispetto ad una sentenza pronunciata dall’autorità giudiziaria. Dall’altro, dal comma 2 dell’art. 829 c.p.c., che contempla una clausola generale di sanatoria dei vizi processuali del lodo, in base alla quale l’impugnazione non è ammessa per la parte che: “(...) non ha eccepito nella prima istanza o difesa successiva la violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale” (la prima parte della norma ricollega gli stessi effetti a “La parte che ha dato causa a un motivo di nullità, o vi ha rinunciato (...)”). Per le complesse e controverse questioni di diritto intertemporale, disciplinate dall’art. 27, comma 4, d.lgs. n. 40 del 2006, per cui le disposizioni di cui all’art. 24: “si applicano ai procedimenti arbitrali, nei quali la domanda è stata proposta successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto”, nonché dall’art. 20 dello stesso decreto, secondo cui, invece, alle convenzioni di arbitrato stipulate anteriormente al 2 marzo 2006 continua ad applicarsi la disciplina previgente contenuta nel Titolo VIII, Capo I del codice di rito in relazione alla convenzione stessa, v. L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 829*, cit., 876 ss.

¹⁵³ Passati dai precedenti nove agli attuali dodici, senza peraltro che si sia avuta alcuna significativa modifica di carattere *sostanziale* (né l’introduzione di nuove ipotesi di nullità del lodo), bensì

relativi alla *potestas iudicandi* degli arbitri sono stati interessati da alcune novità.

Per cominciare, la nuova formulazione del motivo di cui al n. 1, comma 1, art. 829 c.p.c., che contempla l'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale: "(...) *se la convenzione d'arbitrato è invalida, ferma la disposizione dell'articolo 817, terzo comma*", è in realtà solo apparentemente più ampia di quella precedente, che faceva riferimento alla sola: "(...) *nullità del compromesso*"¹⁵⁴. Come, prima della riforma, la giurisprudenza era dell'opinione che (la precedente formulazione del)-l'art. 829 c.p.c. non ostasse a far valere praticamente *tutte le ipotesi* di inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione arbitrale, investendo essa ogni fattispecie in cui fosse messa in discussione, *per qualsiasi motivo*, l'esistenza della *potestas iudicandi* degli arbitri¹⁵⁵, così, in relazione all'attuale formulazione della norma, la giurisprudenza non dubita della sua idoneità a ricomprendere non solo l'invalidità in senso stretto, ma anche l'inesistenza, l'inefficacia e, più in generale: "(...) *ogni fattispecie in cui sia messa in discussione, per qualsiasi motivo, la mancanza di potestas iudicandi degli arbitri*"¹⁵⁶.

Come già evidenziato a margine dell'analisi dell'art. 817 c.p.c., ciò che in definitiva emerge dal combinato disposto delle disposizioni in tema di rapporti arbitro-giudice (sia dalla prospettiva dell'uno che dell'altro) e di impugnazione per nullità del lodo è la tendenziale *sanabilità di qualunque vizio del patto arbitrale* (salva la non arbitrabilità della disputa), ove sia mancato un rilievo tempestivo

solo una razionalizzazione e una più analitica articolazione, in fattispecie autonome e distinte, dei motivi precedentemente accorpati in singole norme. V. S. MENCHINI, *Impugnazione del lodo "rituale"*, cit., 848, che osserva come tale incremento numerico sia dovuto principalmente allo smembramento del precedente n. 4, da cui sono state stralciate alcune fattispecie che oggi trovano autonoma collocazione.

¹⁵⁴ S. BOCCAGNA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 643.

¹⁵⁵ V., *ex multis*, Cass. 29 aprile 2004, n. 8206, in *Foro amm. cds* 2004, 1305; Cass. 27 gennaio 2001, n. 1191, in *Riv. arb.* 2002, 303, nt. D. AMADEI; Cass. 21 maggio 1998, n. 5059; Cass. 25 gennaio 1997, n. 781, in *Riv. arb.* 1997, 529, nt. M. BOVE.

¹⁵⁶ V., in proposito, quanto già illustrato in precedenza. Tale conclusione si giustifica anche in virtù del richiamo al comma (3, ma da intendersi, per via dell'errore tipografico di cui si è detto, come riferentesi al comma) 2 dell'art. 817 c.p.c., che si riferisce appunto alle contestazioni della competenza arbitrale in ragione dell'asserita inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione arbitrale. In tal senso v., in giurisprudenza, Cass. 7 luglio 2017, n. 20899; Cass. 8 ottobre 2014, n. 21215; Cass. 29 aprile 2004, n. 8206; Cass. 27 gennaio 2001, n. 1191, in *Riv. arb.* 2002, 303, nt. D. AMADEI, *Note in tema di inesistenza di accordo compromissorio per arbitrato rituale e impugnazione per nullità del lodo*. In tal senso, in dottrina, v. S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, 4^a ed., Milano 2011, rist. con aggiornamenti, 156; E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo dopo la riforma*, cit., 76 ss. Per una rassegna di vizi del patto arbitrale idonei a dare luogo all'invalidità del titolo di investitura degli arbitri v. E. BENIGNI, *Sub art. 829 c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile*, cit., 1495 ss.

(secondo le tempistiche e modalità a suo tempo esaminate), sicché, come da taluno sottolineato, i termini preclusivi contemplati dall'art. 817 sarebbero in definitiva espressione di un principio generale, codificato dall'art. 829, comma 2, c.p.c., a mente del quale la parte che: “(...) *non [abbia] eccepito nella prima istanza o difesa la violazione di un regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale, non può per questo motivo impugnare il lodo*”¹⁵⁷. In altri termini, specularmente a quanto disposto dal legislatore in riferimento alla nullità degli atti del processo dinanzi al giudice statale (artt. 156 ss. c.p.c.), le irregolarità, invalidità ed illegittimità procedurali (nullità sia formali che extraformali) in tanto rilevano quali potenziali motivi di impugnazione del lodo, in quanto non si sia realizzata la fattispecie “sanante” di cui al comma 2 dell'art. 829 c.p.c.¹⁵⁸.

Se i nn. 2 e 3 del comma 1 non fanno altro che riprodurre il testo precedente delle norme corrispondenti, il n. 4 è invece la risultante dello smembramento (in quattro distinte disposizioni, rispettivamente gli attuali nn. 4, 10, 11 e 12) della precedente versione del n. 4, che si riferiva ad un lodo che avesse: “(...) *pronunciato fuori dei limiti del compromesso o non [avesse] pronunciato su alcuno degli oggetti del compromesso (...)*”. Nello specifico, i vizi contemplati dal nuovo n. 4 sono ascrivibili a due tipologie distinte: da un lato, una pronuncia *fuori dei limiti della convenzione di arbitrato* (ferma la disposizione dell'art. 817, comma 4¹⁵⁹); dall'altro, una pronuncia sul merito di una controversia, *in ogni altro caso in cui il merito non poteva essere deciso*. Nell'ambito della prima tipologia rientrano una nutrita serie di fattispecie, anche piuttosto variegata e diverse fra loro: non solo

¹⁵⁷ C. DELLE DONNE, *Sub art. 817 c.p.c.*, cit., 526, che individua la *ratio* del combinato disposto delle disposizioni che rendono irrilevante ogni vizio della convenzione arbitrale, ove non rilevato tempestivamente, nell'intenzione del legislatore di *favorire una decisione nel merito della lite*, lasciando alle parti la più ampia autonomia nel decidere del loro interesse ad una definizione delle loro dispute pur in presenza di vizi del patto arbitrale. La scelta del legislatore di escludere che una *valida* convenzione arbitrale sia requisito di validità degli atti compiuti dall'arbitro (ivi compreso il lodo) avrebbe anticipato una linea di tendenza dell'ordinamento, culminante, in anni recenti, nell'attuale formulazione dell'art. 38 c.p.c., che, in virtù del regime adottato, ha eroso la tradizionale distinzione tra criteri *forti e deboli* di competenza (che rimane invece rilevante ai sensi dell'art. 45 c.p.c.).

¹⁵⁸ Così S. MENCHINI, *Impugnazioni del lodo 'rituale'*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato* (l. n. 80/2005 e d.lgs. n. 40/2006), *Quaderni dell'associazione italiana per l'arbitrato*, Milano 2006, 190, che evidenzia opportunamente come la sanatoria di cui al comma 2 dell'art. 829 c.p.c. non possa ovviamente operare rispetto ai motivi di nullità che colpiscono *direttamente ed esclusivamente* (non, dunque, in via derivata, discendenti cioè dall'invalidità di atti del procedimento) il lodo, sia sotto il profilo della forma, che sotto quello del contenuto (coperti dai nn. 3, 4, 11 e 12 della medesima disposizione).

¹⁵⁹ La salvezza cui si riferisce la disposizione va collegata – come più volte affermato – al comma 3 (e non 4, come si legge nel testo dell'articolo in commento) dell'art. 817, per cui l'impugnazione non è più proponibile ove la parte non abbia eccepito l'esorbitanza delle conclusioni *nel corso dell'arbitrato*.

pronunce arbitrali su materie esorbitanti dall'oggetto della convenzione arbitrale¹⁶⁰, o comunque estranee al *thema decidendum*¹⁶¹ specificato nei quesiti posti agli arbitri dalle parti¹⁶², ma anche decisioni arbitrali su una domanda nuova o tardiva, decisioni sul merito nonostante la pretermissione di un litisconsorte necessario non paciscente¹⁶³, nonché decisioni con un lodo qualificato rituale e reso esecutivo *ex art.* 825 c.p.c., nonostante l'espressa opzione delle parti per una composizione negoziale della controversia¹⁶⁴. Nell'ambito della seconda tipologia di vizi (lodo che abbia deciso il merito di una controversia: "(...) *in ogni altro caso in cui il merito non poteva essere deciso*"), rientrano tutti i casi in cui l'arbitro abbia deciso la controversia *nonostante impedimenti di carattere (generalmente) processuale*, e non considerati in modo esplicito da alcuno degli altri motivi di annullamento di cui all'art. 829 c.p.c.¹⁶⁵.

Notevole importanza sistematica riveste, poi, il motivo di cui al n. 8, che si occupa del contrasto del lodo con una precedente decisione (arbitrale o giudiziale) divenuta incontrovertibile¹⁶⁶. La novità più rilevante apportata dalla riforma consiste in ciò, che la norma subordina l'annullabilità del lodo per questo motivo al fatto che il lodo o la sentenza contrastanti siano *stati prodotti nel procedimento*. In questa modifica rispetto al testo precedente (che richiedeva, invece, che *la rela-*

¹⁶⁰ Cass. 23 febbraio 2016, n. 3481; Cass. 7 agosto 1993, n. 7563.

¹⁶¹ Cass. 22 marzo 2013, n. 7282 ha chiarito che il *thema decidendum* sarà quello specificato nei quesiti posti agli arbitri, non già quello (solitamente estremamente generico) indicato nella clausola compromissoria, fermo restando che la cognizione degli arbitri si estende (salvo limiti fissati dalla legge) a qualsiasi aspetto della disputa che appaia rilevante per stabilire se, ed in quale misura, la pretesa fatta valere da una parte sia fondata.

¹⁶² App. Milano 8 agosto 2016, in *Riv. arb.* 2017, 1, 115 ss., nt. S. BOCCAGNA, *Spunti in tema di violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato nel giudizio arbitrale*, esclude la sussistenza del vizio in esame nelle ipotesi in cui il lodo abbia pronunciato entro i limiti della convenzione arbitrale, ancorché al di fuori dei limiti delle domande delle parti; in proposito v. anche M.L. SERRA, *L'impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, Napoli 2016, 300.

¹⁶³ App. Milano 1° luglio 2014, in *Giur. it.* 2015, 172, nt. E. MARINUCCI.

¹⁶⁴ V. in tal senso Cass. 24 marzo 2011, n. 6842, in *Riv. dir. proc.* 2012, nt. G. CANALE. Per ulteriori ipotesi v. E. BENIGNI, *Sub art. 829 c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile*, cit., 1500 ss.

¹⁶⁵ App. Milano 1° luglio 2014, in *Riv. arb.* 2015, 83 ss., nt. M. DE SANTIS, *Prove di elasticità del motivo di impugnazione di cui all'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c.: l'impugnabilità di un lodo ultra vires*. Si pensi ai casi di carenza di legittimazione o di interesse ad agire di una delle parti, o di mancata partecipazione al giudizio di litisconsorti necessari o, ancora, di mancata sospensione del procedimento nei casi contemplati da art. 819 *bis* c.p.c. Per maggiori riferimenti v. S. MENCHINI, *Impugnazione del lodo 'rituale'*, cit., 850 ss.; ID. (a cura di), *La riforma della disciplina arbitrale*, cit., 181.

¹⁶⁶ Su cui v. S. LA CHINA, *L'arbitrato, Il sistema e l'esperienza*, 4^a ed., cit., 163 ss.; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2^a ed., cit., 554 ss.

tiva eccezione – di esistenza di una decisione, arbitrale o giudiziale, definitiva – *fosse stata dedotta nel giudizio arbitrale*), parte della dottrina ha ravvisato un elemento decisivo per sostenere la tesi della rilevabilità, *anche d'ufficio*, del precedente giudicato (arbitrale o giudiziale), assimilando, sotto questo aspetto, il regime dell'eccezione di giudicato in sede arbitrale a quello della medesima eccezione nell'ambito di un giudizio ordinario¹⁶⁷.

Nel regime pre-riforma, infatti, e nell'ambito dell'annoso dibattito sulla natura giuridica dell'arbitrato e sugli effetti del lodo, l'assoggettamento del lodo alla censura di nullità per contrasto con un precedente giudicato in dipendenza del fatto che l'eccezione fosse stata sollevata nel corso del giudizio arbitrale aveva fornito una sorta di appiglio normativo a quegli autori che, escludendo che il lodo potesse essere equiparato, anche solo *quoad effectum*, alla sentenza, confinavano l'arbitrato nei limiti di una *minus quam jurisdictio*. Sul punto ritorneremo nel corso della trattazione. Ci basti qui osservare che la tesi della rilevabilità d'ufficio della precedente *res iudicata* da parte dell'arbitro consentirebbe di impedire la situazione paradossale per cui, in assenza di eccezione, l'arbitro, pur consapevole dell'esistenza del precedente giudicato, sia comunque costretto a rendere una pronuncia nel merito che, in virtù del contrasto con quello, sa essere invalida e destinata a più che probabile successivo annullamento. Pur dopo la riforma, tuttavia, non mancano autori che continuano a ritenere necessario il rilievo del precedente giudicato ad istanza di parte¹⁶⁸, nonché pronunce che, in considerazione della natura pubblicistica della sentenza e del carattere pubblicistico dell'interesse al suo rispetto (asseritamente assente in relazione ad un lodo, pur se divenuto definitivo), distinguono tra rilievo del precedente lodo non più impugnabile (necessariamente *ad istanza di parte*) e rilievo della precedente sentenza passata in giudicato (*anche d'ufficio*)¹⁶⁹. In base al dettato testuale del motivo di cui al nuovo n. 8, risulta in ogni caso pacifica la non deducibilità, in sede di impugnazione del lodo, di taluni "contrastati" sussumibili invece nella disposizione precedente¹⁷⁰.

¹⁶⁷ In tal senso v. S. BOCCAGNA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 467; S. MENCHINI, *Impugnazione del lodo "rituale"*, cit., 852; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino 2006, 159; E. MARINUCCI, *Note sul contrasto fra lodo non definitivo e lodo definitivo nel giudizio di impugnazione per nullità*, nt. a App. Roma 11 aprile 2013, in *Riv. arb.* 2013, 1176 ss.

¹⁶⁸ In tal senso, ad esempio, F. TOMMASEO, *Le impugnazioni del lodo arbitrale nella riforma dell'arbitrato (d.lgs. 2 febbraio 2006 n. 40)*, in *Riv. arb.* 2007, 214.

¹⁶⁹ In tal senso v. Cass. 19 ottobre 2012, n. 18041.

¹⁷⁰ Si tratta, in particolare, del contrasto del lodo con un precedente lodo non definitivo in quanto ancora impugnabile, reso nel medesimo giudizio arbitrale (che potrà essere fatto valere invocando il motivo di cui al n. 4 del comma 1 dell'art. 829 c.p.c.); del contrasto con una precedente sentenza, bensì passata in giudicato, *ma non prodotta nel giudizio arbitrale*; del contrasto con un precedente lo-

Tra i motivi che rilevano per la tematica che ci occupa va, infine, menzionato il n. 10 del comma 1 dell'art. 829 c.p.c., ai sensi del quale un lodo può essere annullato se esso: "(...) *conclude il procedimento senza decidere il merito della controversia e il merito della controversia doveva essere deciso dagli arbitri*". Si tratta dell'ipotesi speculare e inversa a quella contemplata dal n. 4, seconda parte, che investe tutti i casi in cui l'arbitro abbia ravvisato l'esistenza di un impedimento processuale *in realtà non sussistente*, rigettando, per questo motivo, in rito, la domanda¹⁷¹. Tale motivo è di particolare rilevanza perché, secondo una parte della dottrina, sarebbe proprio quello invocabile per censurare pronunce declinatorie in rito pronunciate dall'arbitro in ragione della ritenuta inesistenza, invalidità o inefficacia del patto arbitrale¹⁷². Tale conclusione viene invece contestata da chi ritiene che, anche dopo la riforma e l'introduzione delle nuove disposizioni (in particolare, gli artt. 817, 827 e 829 c.p.c.), il lodo che abbia pronunciato *solo sulla competenza* debba essere impugnato mediante lo strumento del regolamento di competenza (che assumerebbe, in tal caso, carattere necessario)¹⁷³.

do reso in un altro giudizio, e bensì non più impugnabile, *ma non prodotto nel giudizio arbitrale*; del contrasto con una sentenza che sia passata in giudicato successivamente alla chiusura della discussione dinanzi agli arbitri (v. Cass. 30 novembre 2017, n. 28827); del contrasto con un lodo reso in un altro giudizio e divenuto definitivo (ossia non più impugnabile) solo successivamente alla chiusura della discussione dinanzi agli arbitri. Con riguardo alle ultime quattro ipotesi menzionate, si discute se possa ammettersi anche avverso il lodo il rimedio della revocazione *ex art. 395, n. 5, c.p.c.*, nonostante il mancato richiamo di tale ultima disposizione tra i motivi di revocazione del lodo.

¹⁷¹ Nel precedente contesto normativo tale ipotesi, sebbene non espressamente prevista, era generalmente equiparata a quella di *omessa pronuncia*, e così ricondotta nell'ambito di applicazione del (previgente) n. 4. V., in tal senso, Cass. 24 settembre 1996, n. 8407; Cass. 23 dicembre 1983, n. 7507. Per maggiori riferimenti v. E. BENIGNI, *Sub art. 829 c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile*, cit., 1506 ss.; G. RUFFINI, *La divisibilità del lodo arbitrale*, Padova 1993, n. 147 ss.

¹⁷² In tal senso v. S. MENCHINI, *Impugnazione del lodo "rituale"*, cit., 851; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 764; P.L. NELA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme*, cit., 1873 ss.

¹⁷³ In tal senso, dopo la riforma, v. S. BOCCAGNA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale*, cit., 1409 ss.; ID., *Sub art. 829 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 449 ss. La maggior parte della dottrina, tuttavia, e la quasi totalità della giurisprudenza ritengono che l'unico rimedio per contestare le decisioni dell'arbitro sulla propria *potestas iudicandi* sia quello dell'impugnazione per nullità del lodo. In tal senso v. F. TOMMASEO, *Le impugnazioni del lodo arbitrale nella riforma*, cit., 212; Cass. 7 novembre 2012, n. 19268. Per concludere la rassegna sui nuovi motivi di impugnazione, va rilevato che il n. 12 contempla l'ipotesi in cui gli arbitri abbiano omesso di pronunciare su alcune delle domande o delle eccezioni proposte dalle parti, in conformità alla convenzione di arbitrato. Tale nuova disposizione differisce dall'abrogato n. 4 essenzialmente in due punti. Da un lato, il termine di riferimento per valutare l'eventuale omissione di pronuncia è rappresentato non più dalla convenzione di arbitrato, ma (più correttamente) dalle domande proposte in conformità alla convenzione di arbitrato. Dall'altro, l'at-

Tra le novità della riforma in tema di impugnazione, va infine segnalato il significativo ripensamento, in linea con le indicazioni di cui alla legge-delega¹⁷⁴, dell'impianto previgente in tema di distinzione tra decisioni, rese sull'impugnazione, *meramente rescindenti* o *rescissorie*. Il nuovo art. 830 c.p.c. supera l'impostazione precedente, che contemplava sempre e comunque la decisione rescissoria ad opera della Corte d'appello (salva volontà contraria di tutte le parti), per adottare un approccio che contempla, invece, in una serie tipizzata di ipotesi, il *carattere meramente rescindente del giudizio di nullità*¹⁷⁵, a fronte della tendenziale persistente efficacia dell'originaria convenzione arbitrale¹⁷⁶.

La distinzione tra le ipotesi in cui il giudizio rescissorio è affidato dalla legge alla Corte d'appello, rispetto a quelle in cui il potere di *ridecidere* il merito della disputa ritorna, invece, agli arbitri, va tendenzialmente ravvisata nella diversa intensità dell'incidenza del vizio censurato sull'*effettivo* svolgimento del giudizio arbitrale. Ove, cioè, questo si sia *effettivamente svolto* (secondo, dunque, l'originaria intenzione delle parti), ma presenti irregolarità *suscettibili di correzione*, il giudizio nel merito viene affidato alla Corte d'appello. Nel caso in cui, invece, il vizio sia tale da rendere il giudizio arbitrale *tamquam non esset*, una nuova decisione sul merito della disputa, dopo l'intervento meramente rescindente del giudice statale, viene affidata agli arbitri¹⁷⁷. Se i vizi che hanno condotto all'annullamento del lodo attengono alla (esistenza, portata e limiti della) *potestas iudicandi* degli arbitri (e dunque nei casi di cui ai nn. 1, 2, 3, 4 e 10 del comma 1 dell'art. 829 c.p.c.), *si avrà sempre una pronuncia meramente rescindente*¹⁷⁸.

tuale disposizione introduce, accanto all'ipotesi di omessa pronuncia su domanda, anche quella di omesso esame delle eccezioni (che in precedenza era controverso se potesse essere ricondotta nell'ambito di applicazione del precedente n. 4: in senso affermativo v. Cass. 6 luglio 1967, n. 1626; Cass. 24 febbraio 1964, n. 396; in senso negativo v. App. Milano 20 aprile 1956, in *Temi* 1956, 588, nt. PERINI; S. SATTÀ, *Commentario*, cit., 334; C. CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino 1991, 221).

¹⁷⁴ Che infatti invitava il legislatore a disciplinare il procedimento, prevedendo le ipotesi di pronuncia rescissoria da parte del giudice dell'impugnazione per nullità.

¹⁷⁵ Si discute se, anche in tali casi, in mancanza di una norma di legge espressa che lo preveda, le parti possano comunque derogare al dettato legislativo, prevedendo cioè la decisione *rescissoria* in luogo di quella meramente *rescindente*. In senso contrario v. L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, sub. art. 830 c.p.c., in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile*, cit., 929 ss.

¹⁷⁶ Salvo che la nullità del lodo non sia stata pronunciata proprio per l'accertata invalidità o inefficacia del patto arbitrale o per non compromettibilità della disputa.

¹⁷⁷ L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, sub. art. 830 c.p.c., cit., 929. Per i casi in cui, prima della riforma, era stata esclusa la possibilità di dar luogo al rescissorio a seguito dell'annullamento del lodo, v. E. BENIGNI, *Sub art. 829 c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile*, cit., 1581 ss.

¹⁷⁸ Con riferimento al caso di annullamento del lodo ai sensi del comma 1, n. 4, peraltro, van distinti i casi in cui il lodo sia stato annullato perché pronunciato fuori dei limiti del patto o su materia bensì compresa nella convenzione di arbitrato, ma oltrepasando i limiti della domanda, *che non consentono lo svolgimento di alcun giudizio rescissorio* (anche se, nel caso da ultimo menzio-

Nell'ambito di una sistematizzazione dei rapporti tra giudizio arbitrale e giudizio statale sulla medesima causa, l'art. 830 c.p.c. riveste importanza sistematica anche in relazione ad un ulteriore profilo, quello della possibilità di ottenere un annullamento parziale del lodo ove il vizio incida solo su una sua parte, *scindibile dalle altre*. L'inquadramento della corretta portata della disposizione passa necessariamente per l'individuazione dell'*unità minima* del lodo, idonea a scindersi dalle altre (che divengono incontrovertibili, se non impugnate, oppure se confermate in sede di impugnazione a seguito del rigetto della stessa, proposta nei loro confronti) e a consentire, appunto, un annullamento solo parziale della pronuncia arbitrale. Il profilo rileva in particolare per quanto attiene al tema controverso dell'impugnabilità del lodo che pronunci (anche o solo) sulla *potestas iudicandi* arbitrale, in relazione al quale sarà necessario procedere ad inquadrare e definire la nozione di *capo* o *parte* del lodo, optando tra l'alternativa, ben nota anche con riferimento alla sentenza pronunciata dal giudice statale, di ritenere che il termine *parte*, utilizzato dalla norma, corrisponda alla nozione di *capo di domanda*¹⁷⁹, oppure ad *ogni questione pregiudiziale o preliminare dibattuta e risolta (oppure assorbita)* dagli arbitri, in seguito all'accoglimento di altra questione¹⁸⁰. La soluzione in un senso o nell'altro, di tale profilo, si impone altresì al fine di individuare gli oneri di impugnazione delle parti, che non intendano subire preclusioni da *giudicato interno* nel corso ulteriore del giudizio¹⁸¹.

nato, potrà talora ammettersi l'instaurazione di un nuovo giudizio arbitrale ove a ciò non osti il giudicato già formatosi: in tal senso v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 805; E. BENIGNI, *Sub art. 829 c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile*, cit., 1521 ss.), da quelli in cui il lodo abbia deciso il merito della causa mentre, per l'esistenza di un impedimento processuale, il merito non poteva essere deciso, rispetto ai quali si potrà avere un giudizio rescissorio in sede arbitrale ove l'impedimento abbia dato luogo ad un vizio *sanabile* (ad esempio, nel caso di mancata partecipazione al giudizio di un litisconsorte necessario che abbia stipulato la convenzione arbitrale), mentre sarà precluso in presenza di vizi *insanabili* (carenza di legittimazione o di interesse ad agire). Per riferimenti v. E. BENIGNI, *Sub art. 829 c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile*, cit., 1521 ss.

¹⁷⁹ Così E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 830 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 780 ss.

¹⁸⁰ Così G. RUFFINI, *Sulla nullità parziale del lodo arbitrale*, in *Giust. civ.* 2005, 1334; ID., *La divisibilità del giudizio arbitrale*, in *Riv. arb.* 1999, 431 ss.; ID., *Efficacia di sentenza' del lodo arbitrale e impugnazione incidentale per nullità*, nt. a Cass. 16 maggio 2000, n. 6291, in *Riv. arb.* 2000, 463 ss.; ID., *Motivi di impugnazione per nullità del lodo arbitrale e poteri della Corte d'appello*, nt. a Cass. 2 marzo 2000, n. 2307, in *Riv. arb.* 2001, 223 ss.; R. POLI, *Sull'oggetto del giudizio di impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, cit., 629 ss.

¹⁸¹ Ma v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 830 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 790 ss., per la quale entrambe le tesi condurrebbero, in punto di oneri di impugnazione, alla medesima conclusione, in quanto la soluzione negativa di una questione pregiudiziale o preliminare deve formare oggetto di impugnazione.

5. *Altre disposizioni rilevanti per la tematica del rapporto tra arbitrato e giudizio statale*

A completare il quadro delle norme rilevanti in relazione al tema dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione ordinaria, introdotte (o modificate) dalla riforma del 2006, vi sono, infine, quelle cui si è già fatto riferimento in apertura del presente capitolo: rispettivamente, gli artt. 819 c.p.c. (e, per una particolare applicazione di tale norma, l'art. 817 *bis* c.p.c.) e 819 *bis* c.p.c.

La prima norma disciplina il potere di cognizione e decisione dell'arbitro sulle questioni pregiudiziali di merito insorte durante un procedimento arbitrale. La seconda detta il regime della sospensione del giudizio arbitrale.

Entrambe le fattispecie (insorgenza, nel corso del giudizio arbitrale, di questioni pregiudiziali di merito e sospensione del giudizio arbitrale), sebbene non investano, direttamente, il tema dell'allocazione e conflitto di *potestas iudicandi* tra arbitro e giudice statale in relazione alla medesima causa, rilevano, da un lato, perché condividono anch'esse la medesima *ratio* che sottende gran parte delle norme introdotte dalla riforma e, dall'altro, perché pongono delicate questioni di coordinamento tra le due procedure, rispettivamente, arbitrale e giudiziale (e, dunque, tra l'esercizio dei rispettivi poteri cognitori e decisorii del giudice e dell'arbitro).

Sotto il primo profilo, tali norme concorrono, infatti, a conferire al giudizio arbitrale *pari dignità rispetto al giudizio statale*, nella misura in cui, attribuendo all'arbitro poteri di cognizione equiparati a (o comunque non dissimili da) quelli attribuiti dalla legge al giudice statale (e riducendo le possibili interferenze dell'autorità giudiziaria ordinaria sul procedimento arbitrale), ne rafforzano l'autonomia e l'indipendenza.

Sotto il secondo profilo, non è da escludere che possano verificarsi episodi di interferenza o sovrapposizione tra le fattispecie governate dalle due norme, con conseguenti problemi di coordinamento variabili in dipendenza, da un lato, del perimetro oggettivo del patto arbitrale; dall'altro, della natura (compromettibile o meno) di una determinata disputa; infine, della necessità di decidere o meno, con cognizione piena (e dunque con efficacia di giudicato), una determinata domanda e/o questione.

5.1. *La nuova formulazione dell'art. 819 c.p.c. e la generalizzazione del potere di cognizione incidentale degli arbitri*

Come ricordato in apertura della presente Sezione, la nuova norma di cui all'art. 819 c.p.c. (rubricata "*Questioni pregiudiziali di merito*") stravolge il sistema previgente in tema di cognizione arbitrale delle questioni pregiudiziali di merito, equiparando di fatto, in relazione alla loro conoscibilità, i poteri degli arbitri a

quelli dei giudici statali¹⁸². Autorevole dottrina ha financo individuato nella norma in esame: “(...) *uno degli elementi portanti della chiave di lettura delle norme*” introdotte dalla riforma, nel senso della *piena equiparazione* della giurisdizione privata a quella statale¹⁸³.

Il precedente sistema si fondava, infatti, su un evidente sbilanciamento dei poteri, rispettivamente, del giudice statale e dell'arbitro¹⁸⁴. Al primo era riconosciuto il potere di estendere la propria cognizione a *tutte le questioni pregiudiziali* che costituissero passaggio logico necessario per pervenire alla decisione della causa nel merito, mentre al secondo era consentito conoscere, in via incidentale, *unicamente* delle questioni pregiudiziali aventi ad oggetto rapporti *astrattamente* compromettibili (anche se, di fatto, *non compromessi*¹⁸⁵); imponendogli, invece, la sospensione del giudizio ogniqualvolta sorgesse, nel corso del giudizio arbitrale, una questione incidentale relativa bensì a materia *non compromettibile*, ma rilevante per la decisione della causa nel merito, che si riteneva l'arbitro non potesse non solo *decidere con cognizione piena* (e, dunque, con efficacia di giudicato), *ma nemmeno conoscere incidentalmente*¹⁸⁶.

Secondo l'opinione prevalente nel vigore del precedente sistema normativo, infatti, entrambe le regole poste dall'art. 819 c.p.c. (nella versione introdotta dalla l. n. 25 del 1994), ovvero *sia* quella di cui al comma 1 (non conoscibilità e decidibilità in arbitrato delle questioni su materia non compromettibile), *sia* quella di cui al comma 2 (decidibilità, da parte degli arbitri, di tutte le questioni insorte nel

¹⁸² Secondo G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5ª ed. [Appendice di V. VERDE], Torino 2015, 129, la nuova disciplina esalterebbe l'autosufficienza e l'impermeabilità del singolo arbitro.

¹⁸³ Così L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 819 c.p.c.*, cit., 641.

¹⁸⁴ Per la situazione pre-riforma v. F. DANOVÌ, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, cit., 32 ss.; P.L. NELA, *Questioni pregiudiziali nel giudizio arbitrale (il nuovo art. 819 c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.* 1995, 171 ss.; L. MONTESANO, *Questioni incidentali nel giudizio arbitrale e sospensione dei processi*, in *Riv. dir. proc.* 2000, 1 ss.

¹⁸⁵ La limitazione dell'estensione oggettiva del lodo alla materia fissata nel patto arbitrale valeva infatti unicamente per le statuizioni autoritative degli arbitri (idonee al giudicato), non, invece, per la mera cognizione delle semplici questioni incidentali. D'altra parte, da un lato, il previgente art. 817 c.p.c. limitava l'eccezione di indebita estensione del giudizio arbitrale alle sole *conclusioni* proposte dalle parti (facendo dunque salve le mere *questioni* esorbitanti); dall'altro, l'art. 819, comma 2, c.p.c. nella versione ante-riforma consentiva agli arbitri, fuori dei casi previsti dal comma 1, di decidere tutte le questioni insorte nel giudizio arbitrale, purché astrattamente arbitrabili. Per ulteriori riferimenti v. F. DANOVÌ, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, cit., 117 ss.; E. VULLO, *Note in tema di arbitrato, connessione e sospensione per pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.* 1997, 167 ss.

¹⁸⁶ Per riferimenti v. F. DANOVÌ, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, cit., 125 ss.; E. FAZZALARI, *Sub art. 819 c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, E. FAZZALARI, R. MARENGO (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 140; G. TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrari e conflitti tra lodi e sentenze*, in *Riv. dir. proc.* 1994, 631 ss.

giudizio arbitrale, *all'infuori dei casi disciplinati dal comma 1*) si riferivano esclusivamente alla risoluzione *in via incidentale* di dette questioni da parte degli arbitri. Si riteneva, in particolare, da un lato, che la regola di cui al comma 1 fosse l'effetto di una ben precisa opzione di politica legislativa, volta a sottrarre al giudice privato ogni tipo di intervento, *anche meramente logico-ricognitivo*, relativamente a questioni caratterizzate dalla indisponibilità o comunque dalla presenza più o meno accentuata di interessi di tipo pubblicistico¹⁸⁷; dall'altro, che la regola di cui al comma 2 si limitasse a consentire agli arbitri la cognizione *incidenter tantum* delle questioni insorte su materia compromettibile¹⁸⁸, escludendone il potere di deciderle con efficacia di giudicato¹⁸⁹.

Al fine, tuttavia, di evitare le conseguenze eccessivamente gravose, per il giudizio arbitrale, del meccanismo della sospensione¹⁹⁰, anche alla luce del fatto che la *ratio* del diverso regime applicabile in questa materia all'arbitrato rispetto

¹⁸⁷ Così, in particolare, E. FAZZALARI, *Sub art. 819 c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, E. FAZZALARI, R. MARENGO (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 139 ss.; ID., *L'arbitrato*, cit., 75 ss.; ID., *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Riv. arb.* 2002, 443 ss., per il quale l'incompromettibilità doveva essere garantita con un divieto assoluto per gli arbitri anche solo di avvicinarsi in senso logico a ciò che non è arbitrabile. Nello stesso senso v. F. DANOVÌ, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, cit., 125 ss.; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 604 ss.; C. CECHELLA, *Questioni pregiudiziali e processo arbitrale*, in *Riv. arb.* 1995, 799. Altra parte della dottrina, tuttavia (L. MONTESANO, *Questioni incidentali nel giudizio arbitrale*, cit., 3 ss.; G. RUFFINI, *In tema di sospensione del processo arbitrale per pregiudizialità*, in *Riv. arb.* 2003, 537 ss.), esentava da tale regime (e dunque dall'assoggettamento alla sospensione) le questioni attinenti alla *qualificazione giuridica* delle fattispecie sostanziali sottoposte al giudizio arbitrale di merito, aventi ad oggetto materie sottratte all'autonomia privata e rimesse a normative pubblicistiche e a giudizi di pubblici magistrati (quali la nullità di un brevetto), che, in quanto indisponibili dall'autonomia privata, non avrebbero potuto trovare ingresso nel giudizio arbitrale.

¹⁸⁸ P. BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, Bari 1998, 80; F. DANOVÌ, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, cit., 117 ss.; E. VULLO, *Note in tema di arbitrato, connessione e sospensione*, cit., 163 ss.

¹⁸⁹ Per P.L. NELA, *Questioni pregiudiziali nel giudizio arbitrale*, cit., 174 ss., il significato della norma sarebbe stato quello di consentire, in deroga al disposto dell'art. 817 c.p.c., la proposizione di domande di accertamento incidentale anche su questioni (compromettibili) estranee all'accordo compromissorio. Per D. VOLPINO, *Osservazioni in tema di pregiudizialità arbitrale*, in *Riv. arb.* 2005, 500 ss., la disposizione era da intendere nel senso di attribuire agli arbitri il potere di decidere, con efficacia di giudicato, tutte le questioni pregiudiziali (compromettibili) oggetto di trattazione in contraddittorio, indipendentemente dalla proposizione di un'apposita domanda di accertamento incidentale.

¹⁹⁰ Che costringeva le parti ad attendere una decisione definitiva, da parte del giudice statale, sulla questione pregiudiziale. In senso critico rispetto al regime previgente v. E.F. RICCI, W. RUOSI, *Sub art. 819 c.p.c.*, in G. TARZIA, R. LUZZATTO, E.F. RICCI, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25. Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale*, Padova 1995, 512, che avrebbero auspicato un'abolizione della norma da parte della riforma del 1994.

a quello applicabile alla giurisdizione statale non si fondava sul possibile contrasto di giudicati (non essendo idonea al giudicato la *cognizione meramente incidentale di questioni*), erano state avanzate interpretazioni *restrittive* della norma, volte a limitare la necessità della sospensione alle sole ipotesi in cui la questione pregiudiziale *non compromettibile* dovesse essere *decisa, per legge, con autorità di giudicato*¹⁹¹, o solo nei casi di contemporanea pendenza, in sede ordinaria, di controversia riguardante la questione non arbitrabile¹⁹².

La riforma del 2006, in attuazione delle indicazioni contenute nella legge-delega, consente ora anche agli arbitri (analogamente a quanto già disposto dagli artt. 35 e 36 d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 per l'arbitrato societario nascente da clausola statutaria¹⁹³) di conoscere, *in via incidentale*, di tutte le questioni pregiu-

¹⁹¹ M. BOVE, *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.* 1999, 427 ss.; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino 2004, 89 ss.; F. AULETTA, *Lo stato presente delle 'questioni incidentali' nell'arbitrato: ipotesi ricostruttive*, in *Riv. arb.* 2005, 573 ss.

¹⁹² F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, 3^a ed., Milano 2000, 342 ss.; S. VINCRE, *Note sulla sospensione dell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.* 1999, 459 ss.; in tal senso, nella giurisprudenza arbitrale, v. Coll. arb. Milano 15 gennaio 1999, in *Riv. arb.* 1999, 533, nt. S. TINAGLI; Coll. arb. Salerno 25 giugno 2001, in *Riv. arb.* 2003, 525, nt. G. RUFFINI.

¹⁹³ La disciplina previgente in relazione all'arbitrato societario risultava particolarmente inefficiente, perché l'insorgenza di questioni pregiudiziali in materia non disponibile e dunque non arbitrabile (ogniquale fosse coinvolto interessi di carattere generale e non individuali dei soci) era piuttosto frequente e il confine tra l'area della *disponibilità* e quella della *indisponibilità* dei diritti dedotti in lite non era sempre agevole. V. la Relazione al progetto di legge 7123/XIII legislatura, il cui art. 11, comma 3 è diretto precursore dell'art. 12, comma 3 della legge-delega 3 ottobre 2001, n. 366, su cui v. A. TEDOLDI, *Le questioni pregiudiziali di nullità nell'arbitrato rituale: dall'art. 819 cod. proc. civ. all'arbitrato societario (art. 35, 3° comma d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5)*, in www.judicium.it, in particolare al par. 11. La riforma introdotta con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 è intervenuta a sanare la situazione, disponendo, all'art. 25, comma 3, che, nel procedimento arbitrale societario, non si applica l'art. 819, comma 1, c.p.c. e, all'art. 36, comma 1, che gli arbitri devono sempre decidere secondo diritto e con lodo impugnabile anche a norma dell'art. 829, comma 2, c.p.c., quando abbiano conosciuto di questioni non compromettibili. In ragione della difficoltà di distinguere tra questioni disponibili e questioni indisponibili nella materia societaria, l'obiettivo della riforma era di estendere il potere degli arbitri di conoscere incidentalmente qualunque questione incidentale fosse sorta nel corso del giudizio, indipendentemente dal suo carattere compromettibile o meno. Tuttavia, il fatto che l'art. 35 escludesse l'applicabilità dell'art. 819, comma 1, c.p.c. ha posto un problema di coordinamento a seguito della modifica di questo articolo ad opera della riforma del 2006, perché un'interpretazione letterale avrebbe condotto al paradosso di precludere all'arbitro societario di conoscere incidentalmente qualunque questione pregiudiziale di merito (anche su materia non compromettibile) insorta nel corso del giudizio, consentendogli invece (in virtù dell'esclusione altresì dell'inciso contenuto nell'ultima parte del comma 1 del nuovo art. 819 c.p.c.), di risolvere in via incidentale le sole questioni su materia non compromettibile che devono essere decise, per legge, con efficacia di giudicato. Sul contrasto interpretativo e sui diversi tentativi ricostruttivi v. L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 819 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 648 ss.

diziali di merito rilevanti per la decisione della controversia¹⁹⁴, *anche di quelle vertenti su materie non compromettibili*, con l'unico limite rappresentato dalla necessità che queste ultime debbano essere decise, per legge, *con efficacia di giudicato*¹⁹⁵.

In quest'ultimo caso, è il successivo art. 819 *bis*, comma 1, n. 2, c.p.c. a prevedere espressamente che gli arbitri debbano sospendere il procedimento, indipendentemente dal fatto che la controversia relativa al rapporto pregiudiziale non compromettibile *penda o meno in sede giudiziale*. Nessun limite ai poteri cognitori dell'arbitro, in particolare, né alcun obbligo di sospensione sussistono nel caso in cui siano le parti a richiedere, *con apposita domanda proposta al giudice statale*, un accertamento con efficacia di giudicato della questione pregiudiziale. Con tale richiesta, infatti, si determina semplicemente la nascita di un separato "processo pregiudiziale", radicato di fronte al giudice statale (civile, penale o amministrativo), dandosi così origine ad un autonomo giudizio, pendente parallelamente a quello arbitrale, avente ad oggetto la questione pregiudiziale¹⁹⁶.

¹⁹⁴ La rubrica della norma – rispetto alla rubrica della disposizione abrogata, che si riferiva alle *questioni incidentali* – si riferisce specificamente alle *questioni pregiudiziali di merito*, ma le due disposizioni disciplinano il medesimo istituto: così S. MENCHINI, *Sub art. 819 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato. Commentario*, cit., 317 ss. Ciò vale anche per la discrasia tra la rubrica della nuova disposizione e il testo della stessa, che non menziona le questioni pregiudiziali di merito, ma "tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia". Si ritiene, infatti, che tali questioni rilevanti siano proprio le questioni pregiudiziali di merito, che concernono non meri fatti-storici, ma fatti costitutivi, modificativi ed impeditivi del diritto controverso contestati tra le parti, che necessitano di essere pregiudizialmente risolti dall'arbitro per pronunciare, nel merito, sulla domanda proposta: questioni che, secondo lo schema della pregiudizialità *tecnica* (su cui v. S. MENCHINI, *Accertamenti incidentali*, in *Enc. giur.*, I, Roma 1995, specie 1-2), concernono situazioni soggettive autonome, idonee ad essere autonomamente dedotte in un separato processo. Così L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 819 c.p.c.*, cit., 651; F. DANОВI, *La pregiudizialità nel giudizio arbitrale*, in M. RUBINO SAMMARTANO (a cura di), *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna 2009, 672.

¹⁹⁵ La *ratio* della norma è da ravvisare in ciò, che spetta alle parti delimitare i limiti oggettivi di ciò che dovrà essere coperto da giudicato, pena, in caso contrario, la violazione del principio della domanda e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. V., in proposito, G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5ª ed. [Appendice di V. VERDE], Torino 2015, 128 ss. Per un'analisi della nuova disposizione v. M. BOVE, *Appunti sui lavori in corso in materia di arbitrato*, in www.judicium.it, par. 4; P.L. NELA, *Sub art. 819 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme*, cit., 1785 ss.; G. RUFFINI, S. BOCCAGNA, *Sub art. 819 c.p.c.*, in C. CONSOLO, F.P. LUISO (a cura di), *Codice di procedura civile*, 3ª ed., Milano 2007, 4942 ss. Critico sulla conoscibilità da parte degli arbitri di questioni pregiudiziali non compromettibili è D. VOLPINO, *Osservazioni in tema di pregiudizialità*, cit., 475 ss. Sul fatto che l'art. 819 c.p.c. consenta all'arbitro di conoscere di tutte le questioni pregiudiziali con una "decisione" finalizzata unicamente alla pronuncia sul merito, ma inidonea ad essere fatta valere in un altro processo, v. Cass. 9 gennaio 2008, n. 178.

¹⁹⁶ S. MENCHINI, *Sub art. 819 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 325 ss. In caso di sospensione, come si vedrà analizzando l'art. 819 *bis* c.p.c., il giudizio

Quanto alle questioni pregiudiziali *compromettibili* (di cui la legge non imponga la decisione con efficacia di giudicato), la loro individuazione va fatta in base all'art. 806 c.p.c., che a sua volta rimanda alle *controversie relative a diritti disponibili*¹⁹⁷. In base alla nuova disciplina, di regola gli arbitri conoscono incidentalmente questioni pregiudiziali relativamente a controversie su diritti disponibili *senza autorità di giudicato*. Non vi è alcuna differenza di disciplina, sotto questo profilo, tra questioni che *rientrano* e questioni che *non rientrano* nell'ambito del patto arbitrale, perché, non imponendosi una decisione con efficacia di giudicato, ma solo una cognizione *incidenter tantum*, risultano entrambe soggette alla medesima disciplina dettata dall'art. 819 c.p.c.

Le questioni pregiudiziali *compromettibili* possono peraltro trasformarsi in *cause pregiudiziali* (da decidere, quindi, con efficacia di giudicato) su domanda *anche di una sola parte, purché rientrino nella convenzione arbitrale*¹⁹⁸. In caso

arbitrale dovrà essere riassunto mediante apposita istanza di prosecuzione entro il termine fissato dagli arbitri o, in mancanza, entro un anno *dalla cessazione della causa di sospensione* (art. 819 *bis*, comma 3). Ove, tuttavia, il procedimento pregiudiziale in sede giudiziale non sia ancora stato avviato, ai sensi del comma 3 dell'art. 819 *bis* c.p.c., il processo arbitrale deve essere sospeso e si estingue se entro 90 giorni dall'ordinanza di sospensione nessuna parte deposita presso gli arbitri copia autentica dell'atto con cui la controversia sulla questione pregiudiziale sia stata proposta davanti all'autorità giudiziaria. Norma che non pare applicabile nel caso in cui la questione pregiudiziale rientri nell'ambito della giurisdizione penale, dal momento che l'azione penale non è nella disponibilità delle parti, ma spetta ad un soggetto terzo (il PM). L'eventuale inerzia rispetto ad un'iniziativa in sede penale non potrebbe dunque essere imputata alle parti.

¹⁹⁷ Sulla portata dell'art. 806 e sulla nozione di diritti disponibili, v. *supra* il par. 2. Dal momento che il giudizio arbitrale può riguardare sia controversie di per sé spettanti alla giurisdizione ordinaria, sia cause appartenenti alla giurisdizione amministrativa (v. l'art. 6, comma 2, l. n. 205 del 2000), agli arbitri possono presentarsi, in questo ambito, sia questioni pregiudiziali civili, sia questioni pregiudiziali amministrative, ossia riguardanti situazioni soggettive deferite alla giurisdizione (esclusiva o di legittimità) del giudice amministrativo, cui si applicheranno, in entrambi i casi, le nuove disposizioni sui poteri cognitori dell'arbitro contenute nell'art. 819 c.p.c. Sull'arbitrato relativo a controversie sottoposte alla giurisdizione amministrativa v. M. ANTONIOLI, *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*, Milano 2004, 78 ss.; G. VERDE, *Le azioni risarcitorie dopo la decisione 204/2004 della Corte costituzionale e l'arbitrato*, in *Corr. giur.* 2004, 1671 ss.; ID., *Nuove riflessioni su arbitrato e pubblica amministrazione*, in *Riv. arb.* 2007, 1 ss.

¹⁹⁸ Quanto alla forma con cui può essere proposta una domanda di accertamento incidentale su questione compromettibile, rientrante nel patto arbitrale, sarà sufficiente un'istanza contenente specifica indicazione del *petitum* e della *causa petendi*, dal momento che gli altri elementi che concorrono a definire la c.d. domanda qualificata di arbitrato (nomina degli arbitri e manifestazione dell'intenzione di deferire la disputa in arbitrato, che non sono derogati in materia di domanda di accertamento incidentale: v. L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 819 c.p.c.*, cit., 652) già emergono dalla proposizione della domanda stessa dinanzi al collegio costituito. Per quanto riguarda i limiti temporali della sua proposizione, in ragione dell'inapplicabilità, all'arbitrato, delle preclusioni tipiche del giudizio ordinario, in linea di principio non sussistono preclusioni diverse da quelle insite nell'esigenza di rispettare il principio del contraddittorio, salvo che l'arbitrato sia retto da una spe-

contrario, la decisione con efficacia di giudicato è subordinata alla *richiesta di tutte le parti* (integrando, tale ipotesi, un ampliamento dell'ambito originario del patto arbitrale).

In ragione del necessario coordinamento dell'art. 819 c.p.c. con il comma 3 dell'art. 817 c.p.c. (che impone alla parte, che intenda eccepire che le conclusioni delle altre parti esorbitano dai limiti della convenzione arbitrale, l'onere di farlo *nel corso dell'arbitrato*, pena l'impossibilità di impugnare successivamente, *per questo motivo*, il lodo arbitrale), ove una parte proponga domanda di accertamento incidentale su questione bensì compromettibile, ma *estranea* all'accordo compromissorio e l'altra parte *non eccepisca* l'esorbitanza di questa dai limiti della convenzione arbitrale, l'arbitro potrà decidere della questione compromettibile, ma esorbitante, *con efficacia di giudicato*¹⁹⁹.

Il requisito previsto dal comma 2 dell'art. 819 c.p.c. (necessità della "richiesta di tutte le parti") risulterebbe in tal caso integrato dalla *mancata eccezione della controparte*, che assurgerebbe a consenso implicito a non contrastare l'ampliamento oggettivo della sfera decisoria del giudizio²⁰⁰. In mancanza di domanda di accertamento nei termini suindicati (e quindi anche ove la controparte non abbia prestato il suo consenso, eventualmente eccependo tempestivamente l'esorbitanza della domanda su questione bensì compromettibile, ma *estranea* all'accordo compromissorio), gli arbitri dovranno limitarsi ad una cognizione in via meramente incidentale della questione²⁰¹. La domanda di accertamento incidentale non varrà invece mai a trasformare la questione *in causa pregiudiziale*, ove si tratti, da un la-

ciale disciplina del procedimento ai sensi dell'art. 816 c.p.c. Su tali profili v. L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 819 c.p.c.*, cit., 652 ss.; F. DANOVI, *La pregiudizialità nel giudizio arbitrale*, in M. RUBINO SAMMARTANO (a cura di), *Arbitrato*, cit., 679.

¹⁹⁹ In questo senso, già prima della riforma, v. F. DANOVI, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, cit., 305 ss.; *contra* L. MONTESANO, *Domanda e questioni nei giudizi arbitrali*, in *Riv. dir. proc.* 2000, 630 ss.

²⁰⁰ In tal senso v. L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 819 c.p.c.*, cit., 654; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2^a ed., cit., 194, testo e nota 556; F. DANOVI, *La pregiudizialità nel giudizio arbitrale*, in M. RUBINO SAMMARTANO (a cura di), *Arbitrato*, cit., 683. Per una differenziazione tra le due fattispecie v. invece M. A. ZUMPANO, *Sub art. 819*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI, *Commentario alle riforme*, cit., 861 ss.; S. MENCHINI, *Sub art. 819 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 322, nt. 16.

²⁰¹ V. C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2000, I, 542; E. VULLO, *Note in tema di arbitrato, connessione e sospensione*, cit., 168. Non è invece mai richiesto il consenso degli arbitri, pur essendo essi messi di fronte ad un allargamento dell'oggetto del processo, con conseguente ampliamento della loro prestazione contrattuale. V. M. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in M. BOVE, C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, cit., 82. L'arbitro, che non ritenga di aderire alla richiesta di una o di entrambe le parti, potrà sempre rinunciare al proprio mandato, allegando che il patto originario, sulla base del quale egli aveva prestato il proprio consenso alla nomina, non contemplava la decisione su quella ulteriore domanda.

to, di *questione non compromettibile* e, dall'altro, di questione non originariamente compromessa, ma solo successivamente dedotta, di cui l'altra parte abbia tempestivamente eccepito l'estraneità all'accordo.

Fatta dunque eccezione per i casi di *questioni non compromettibili, che debbano essere decise, per legge, con efficacia di giudicato*²⁰² – che rappresenta un'ipotesi molto poco frequente –, l'arbitrato può oggi svolgersi senza la “minaccia” di arresti o sospensioni conseguenti all'insorgenza (spontanea o artatamente provocata da una parte animata da intenti dilatori), di questioni che, senza gli espedienti normativi congegnati dal legislatore, finirebbero verosimilmente per essere attratte nell'alveo della competenza del giudice statale. La sostanziale equiparazione così raggiunta tra i poteri di cognizione dell'arbitro e del giudice è ulteriormente puntellata dal fatto che, alla luce della *tendenziale indifferenza del giudizio arbitrale alla pendenza di un giudizio statale sulla medesima causa o su causa connessa* (oggi sancita dal combinato disposto degli artt. 817 e 819 *ter* c.p.c.), nel caso in cui la questione pregiudiziale compromettibile (rientrante o meno nel patto arbitrale) o non compromettibile (purché non debba essere decisa *ex lege* con efficacia di giudicato), oltre che insorta in sede arbitrale, sorga contestualmente dinanzi ad un giudice ordinario, o venga ivi proposta come domanda autonoma, si avranno due procedimenti distinti e reciprocamente indipendenti, non operando né la litispendenza, né la continenza, né la sospensione *ex art. 819 bis* c.p.c. (dato che si sta parlando di dispute compromettibili), né, infine, l'istituto della sospensione per pregiudizialità *ex art. 295* c.p.c., la cui applicabilità ai rapporti arbitro-giudice è espressamente esclusa dall'*art. 819 ter*, comma 2, c.p.c.²⁰³.

²⁰² Le differenze che residuano tra giudizio arbitrale e giudizio statale in tema di questioni pregiudiziali risiedono dunque nel fatto che, da un lato, al contrario dell'arbitro, il giudice statale può conoscere direttamente anche delle questioni pregiudiziali che devono essere decise con efficacia di giudicato; dall'altro, che, quando la decisione di quelle questioni con efficacia piena travalichi la sua competenza, la questione potrà comunque essere decisa dall'autorità giudiziaria ma, in virtù del meccanismo di attrazione della causa di cui all'*art. 34* c.p.c., non dal giudice adito, bensì dal giudice superiore.

²⁰³ Infatti il potere di cognizione incidentale dell'arbitro sussiste non solo se la materia non compromettibile sia sorta unicamente nell'ambito del giudizio arbitrale, ma anche qualora essa sia già interessata dalla pendenza di un separato giudizio statale (civile, penale, amministrativo). Invero, ai sensi del combinato disposto degli artt. 819 comma 1 e 819 *bis* c.p.c., il potere di risoluzione incidentale è attribuito agli arbitri senza alcuna distinzione riguardo alla natura (disponibile – e dunque *arbitrabile* – o meno) delle questioni interessate dalla *cognitio incidenter tantum*, mentre, tra le ipotesi di sospensione necessaria del giudizio arbitrale, è considerato solo il caso in cui la questione pregiudiziale non compromettibile debba essere decisa con autorità di giudicato per volontà di legge, risultando in ogni caso inapplicabile l'*art. 295* c.p.c. per espressa disposizione dell'*art. 819 ter*, comma 2, c.p.c. V. S. MENCHINI, *Sub art. 819 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 324. Ma v. D. VOLPINO, *Osservazioni in tema di pregiudizialità*, cit., 513, che ritiene in tal caso operante la sospensione necessaria per pregiudizialità a norma dell'*art. 295* c.p.c.

In tal caso, nel giudizio arbitrale, la questione pregiudiziale (che sia tale anche nel giudizio statale, o che si configuri ivi come questione dipendente o come domanda autonoma) potrà essere delibata incidentalmente, di nuovo *senza alcuna interruzione del giudizio arbitrale*. Il cerchio, in tema di questioni pregiudiziali, è infine chiuso dalla previsione di cui all'art. 829, comma 4, n. 2, c.p.c., secondo cui il lodo è sempre impugnabile per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia, *quando tale violazione sia relativa alla soluzione di una questione pregiudiziale su materia che non può essere oggetto di compromesso*²⁰⁴.

L'impianto normativo risulta peraltro lacunoso (seppur senza apprezzabili conseguenze, trattandosi di casi molto poco frequenti), là dove non considera l'ipotesi di questione pregiudiziale *compromettibile*, ma, *di fatto, non compromessa*²⁰⁵, *che debba essere decisa per legge con efficacia di giudicato*. Stando al tenore letterale delle disposizioni vigenti, sembrerebbe non esservi rimedio alla situazione di stallo che verrebbe a crearsi, non essendo gli arbitri nella condizione di definire la controversia sul diritto dipendente. Gli arbitri non potrebbero infatti decidere la questione *con efficacia di giudicato* (stante l'estraneità originaria della questione alla convenzione arbitrale e la sua mancata deduzione nel corso del giudizio ad iniziativa delle parti), né potrebbero limitarsi a risolverla *in via incidentale* (trattandosi di questione che costituisce oggetto di accertamento incidentale *ex lege*).

In una situazione analoga, la sospensione del giudizio in attesa della definizione della causa pregiudiziale (cui procederebbe senz'altro il giudice statale) appare preclusa all'arbitro, perché, da un lato, non si rientra in alcuna delle tassative ipotesi di sospensione previste dall'art. 819 *bis* c.p.c.²⁰⁶ e, dall'altro, il comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c. esclude espressamente l'applicabilità, nei rapporti tra arbitro e processo statale, dell'art. 295 c.p.c.²⁰⁷.

²⁰⁴ La *ratio* della norma risiede nell'intento di bilanciare il conferimento, all'arbitro, di poteri di cognizione sostanzialmente equiparati a quelli del giudice statale, con l'esigenza di garantire, tramite un sempre possibile scrutinio giudiziale successivo, che l'esercizio *extra moenia* del potere degli arbitri, bensì svolto in via meramente incidentale, *ma pur sempre su materie che astrattamente non rientrerebbero nell'ambito della loro potestas iudicandi*, sia avvenuto correttamente, considerato anche che nelle materie non compromettibili vengono spesso in rilievo norme inderogabili e/o imperative a tutela di interessi di carattere pubblicistico. Così S. MENCHINI, *Sub art. 819 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 324; ID., *Impugnazione del lodo "rituale"*, cit., 843 ss.

²⁰⁵ Neppure successivamente alla stipulazione dell'accordo originario, per espressa richiesta delle parti o, implicitamente, in virtù della mancata eccezione della parte, *nel corso dell'arbitrato*, circa l'esorbitanza della questione, a fronte dell'istanza unilaterale presentata dalla controparte.

²⁰⁶ Che contempla, appunto, solo le questioni che debbono bensì essere decise con efficacia di giudicato, ma limitatamente ai casi in cui esse vertano *su materia non compromettibile*.

²⁰⁷ Osserva infatti S. MENCHINI, *Sub art. 819 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 320, che: "(...) se vi è disaccordo, in quanto anche solo una parte non accetta di deferire al giudice privato la controversia pregiudiziale, questo, non avendo il potere di

Onde aggirare tale *impasse* procedurale, e altresì al fine di evitare l'incoerenza di disciplina rispetto a fattispecie sostanzialmente simili²⁰⁸, taluni autori ritengono doversi fare qui applicazione, in via analogica, della norma di cui all'art. 819 *bis*, comma 1, n. 2, c.p.c., integrandola *come se prevedesse*, oltre all'ipotesi ivi espressamente codificata, *anche* quella qui prospettata. Ciò anche in considerazione del fatto che la sottrazione, agli arbitri, del potere di cognizione incidentale discenderebbe, nel caso in esame, *non dalla natura compromettibile o meno del diritto* oggetto della questione pregiudiziale, ma *dalla necessità, per legge, del suo accertamento con efficacia piena*²⁰⁹.

Tuttavia, la norma di cui all'art. 819 *bis* c.p.c. è *inequivoca* nel limitare l'ipotesi della sospensione ai casi da essa *espressamente* contemplati, ostando, in ragione del carattere tassativo di quelli, ad una sua estensione analogica. Va poi considerato che il rimedio della sospensione è sempre strumento gravoso, perché costringe le parti ad attendere non solo la decisione (giudiziale) sulla questione pregiudiziale, ma financo il suo passaggio in giudicato, vanificando di tal fatta i benefici che di solito discendono dalla scelta delle parti per la via arbitrale. Per tale motivo è ragionevole ritenere che l'assenza di accordo tra le parti imponga una pronuncia di chiusura in rito del giudizio per improcedibilità della domanda, essendo gli arbitri stati privati, *per volontà delle parti* (pur se espressa in negativo e *per facta concludentia*), del potere di decidere della questione. Tale conclusione ci pare del resto maggiormente in linea con l'intenzione delle parti, sia con quella *originaria* (manifestata mediante la stipula della convenzione arbitrale e mirante a devolvere alla giustizia privata la risoluzione delle dispute delle parti *nella loro interezza*, escludendo qualsivoglia competenza o cognizione dell'autorità giudiziaria), sia con quella *successiva*, manifestata attraverso una condotta omissiva e non cooperativa, mirante a precludere, almeno allo stato, una qualsivoglia decisione degli arbitri sul merito.

5.2. L'art. 817 bis c.p.c. e il caso peculiare dell'eccezione di compensazione che deduce un controcredito non compreso nel patto arbitrale

L'ipotesi forse più rilevante riconducibile alla categoria di questioni da ultimo illustrata nel precedente paragrafo (i.e. questione pregiudiziale astrattamente compromettibile, *ma in concreto non compromessa*, che debba essere decisa con effica-

decidere *principaliter* il diritto pregiudiziale, né di conoscerlo *incidenter tantum*, non è in condizione di pronunciare sulla domanda proposta”.

²⁰⁸ S. MENCHINI, A. MOTTO, *Sub art. 819 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 338.

²⁰⁹ S. MENCHINI, A. MOTTO, *Sub art. 819 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 322; L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 819 c.p.c.*, cit., 603 ss.

cia di giudicato) è stata espressamente disciplinata dal legislatore della riforma all'art. 817 *bis* c.p.c. La norma prevede infatti che, nel caso di un controcredito eccepito in compensazione, ma estraneo all'accordo compromissorio, gli arbitri abbiano il potere di *conoscere* della relativa eccezione (sebbene: "(...) *nei limiti del valore della domanda*"). Tale disposizione, secondo autorevole dottrina, si collocherebbe: "(...) *all'interno di quel sistema c.d. a doppio binario, che si è visto regolare il possibile concorso, anche in via sincronica, tra un giudizio ordinario e un giudizio arbitrale sullo stesso oggetto e che è reso in particolare possibile dalla disposizione del successivo art. 819-ter cod. proc. civ.*"²¹⁰.

La sua rilevanza in relazione al tema dei conflitti tra arbitrato e giurisdizione ordinaria risiede soprattutto in ciò, che potrebbe verificarsi la situazione in cui il medesimo credito (coperto o meno da un patto arbitrale) sia contemporaneamente dedotto *in sede arbitrale* – quale controcredito opposto in compensazione rispetto ad un credito principale coperto dal patto arbitrale –, e *in sede giudiziale* – quale credito principale (coperto o meno da un patto arbitrale) cui venga opposto in compensazione un altro credito (anche questo alternativamente coperto o meno dal patto arbitrale), o quale controcredito (coperto o meno da un patto arbitrale) opposto in compensazione rispetto ad un altro credito proposto in via principale –.

L'inoperatività del rimedio della litispendenza nei rapporti arbitro-giudice, e l'allocatione della *potestas iudicandi* su credito e/o controcredito a due organi diversi, sulla base di un'attribuzione pattizia tendenzialmente esclusiva, rende i summenzionati scenari più complessi di quanto avverrebbe nell'ambito dei rapporti tra giudizi statali, ove la necessità di un accertamento incidentale *ex lege* precluderebbe, proprio in virtù dell'operare dell'istituto della litispendenza, l'incardimento successivo (quando ancora penda il primo giudizio), di un altro giudizio statale sul medesimo credito (azionato in via principale o eccepito quale controcredito opposto in compensazione).

La norma di cui all'art. 817 *bis* c.p.c. scioglie alcuni dubbi pratico-applicativi ma, innestandosi su un istituto di particolare complessità qual è quello della compensazione, in particolare allorquando questo sia calato nell'ambito di un processo²¹¹, pone complesse problematiche interpretative, amplificate dal fatto che la norma in parola deve coordinarsi, da un lato, con la disciplina delle questioni incidentali – o pregiudiziali di merito – in arbitrato, cui sono dedicati gli artt. 819 e 819 *bis* c.p.c. e, dall'altro, con quella delle eccezioni che, ai sensi degli artt. 817 e 819 *ter* c.p.c., le parti possono svolgere nell'ambito dei due giudizi (ma che po-

²¹⁰ L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 819 c.p.c.*, cit., 641 ss.

²¹¹ Su cui v. E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, Milano 1991, *passim*; ID., *Compensazione e processo*, II, Milano 1992, *passim*.

trebbero anche decidere *di non formulare*), la cui proposizione od omissione possono incidere sulla legittimazione degli arbitri a decidere della questione (ammisibilità e fondatezza del credito e/o del controcredito), con o senza efficacia di giudicato.

In questa sede, il cui obiettivo è limitato a fornire un quadro sintetico delle novità normative apportate dalla riforma del 2006, potenzialmente idonee ad incidere (in maniera più o meno intensa) sul tema dei rapporti (e conflitti) di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione ordinaria, non intendiamo soffermarci su tutti i profili teorici e pratico-applicativi rilevanti. Ci limiteremo ad una sintetica illustrazione dei punti maggiormente critici.

La questione più spinosa riguarda l'estensione dei poteri decisori degli arbitri in relazione ad un controcredito opposto in compensazione, *che non sia però assistito dal patto arbitrato* (patto in cui rientri, invece, il credito principale azionato dall'attore). Non è chiaro, in particolare, se tale potere sia o meno confinato entro i limiti di una *cognizione incidentale* dell'eccezione di compensazione, quale fatto estintivo che, dedotto sotto forma di eccezione, releghi il potere degli arbitri nell'ambito del perimetro delineato dalla domanda formulata dall'attore (al limitato fine, appunto, di decidere se accogliere o respingere la domanda proposta dall'attore), senza che sul controcredito si formi mai il giudicato²¹².

La risposta a tale quesito – che concerne esclusivamente il profilo della sussistenza (o della relativa contestazione) della *potestas iudicandi* dell'arbitro – non

²¹² In questo senso v. P.L. NELA, *Sub art. 817 bis c.p.c.*, cit., 1780 ss., per il quale: “Gli arbitri, dunque, ‘conoscono’, *id est* valutano in via incidentale, la sussistenza e l’ammontare di un credito fatto valere in compensazione. La loro cognizione mira unicamente a decidere sulla spettanza del credito azionato in via principale, nel senso di negare il credito principale allorché sussista un controcredito; ed è per questo motivo che essa opera ‘nei limiti della domanda’. Essi inoltre valutano ogni questione, senza dover attendere la pronunzia del giudice statale al riguardo”; F. GHIRGA, *Sub art. 817 bis c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell’arbitrato*, cit., 302 ss., per la quale: “Sembra dunque che la soluzione legislativa adottata si ponga in continuità con le opzioni interpretative formulate dalla dottrina. Ed infatti nessun meccanismo simile all’art. 35 cod. proc. civ. è stato introdotto per estendere l’oggetto del giudicato al contro-credito contestato, il quale sarà di regola solo oggetto di cognizione da parte degli arbitri, a meno che, rientrando nella competenza degli arbitri, vi sia domanda di parte, o di entrambe nell’ipotesi di sua estraneità”; F. TIZI, *L’eccezione di compensazione nel processo arbitrato*, in *Riv. arb.* 2007, 471 ss., in particolare 282 ss.; M. BOVE, *La giustizia privata*, 3^a ed., Padova 2015, 148 ss.; M.C. GIORGETTI, *Sub art. 817 bis c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme*, cit., 828 ss. ove l’autrice avanza l’idea che le tesi sorte in relazione all’art. 35 c.p.c., che conferiscono all’eccezione di compensazione nel processo la capacità di determinare un accertamento incidentale *ex lege* dell’eccezione di compensazione, dovrebbero essere abbandonate sulla scorta del modello puramente cognitorio offerto dalla norma in esame. Per L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 817 bis c.p.c.*, cit., 607, nt. 4, la norma in esame sarebbe volta a regolare una situazione del tutto peculiare, apparendo come tale inidonea ad illuminare circa la disciplina dell’istituto della compensazione nel processo.

può peraltro non risentire dell'inquadramento teorico dell'istituto della contestazione del controcredito sotto un profilo contenutistico-sostanziale, inteso quale modalità peculiare di estinzione delle obbligazioni.

Le diverse declinazioni che l'istituto della compensazione (e delle sue eventuali contestazioni) può assumere nell'ambito di un giudizio (così giudiziale come arbitrale), infatti, tendono fatalmente ad intrecciarsi con il profilo della competenza dell'organo adito, sebbene non necessariamente la parte che contesti la *potestas iudicandi* di quest'ultimo (sia esso il giudice statale o l'arbitro) intenda altresì contestare la sussistenza del controcredito.

Il combinato disposto degli artt. 817 *bis* c.p.c. e 817 c.p.c. (in particolare il suo comma 3) si limita a disciplinare il profilo relativo alla sussistenza o meno del potere decisorio degli arbitri, in presenza o meno di contestazione concernente l'esorbitanza del controcredito eccepito dai limiti del patto arbitrale, ma gli "incastri" che possono verificarsi nella realtà sono molteplici. L'attore in arbitrato, a fronte del controcredito eccepito in contestazione non rientrante nell'ambito del patto arbitrale, potrebbe contestare *solo la spettanza* della sua cognizione all'arbitro, *oppure anche la sua fondatezza*; oppure potrebbe contestarne solo la fondatezza, *ma non la spettanza alla cognizione arbitrale*. Parimenti, l'attore nel giudizio statale, a fronte del controcredito eccepito in contestazione e rientrante nell'ambito di un patto arbitrale, potrebbe limitarsi ad eccepire l'incompetenza del giudice statale adito, oppure potrebbe rinunciare alla proposizione dell'*exceptio compromissi*, limitandosi a contestare l'esistenza del controcredito.

Nell'ambito del giudizio statale, l'istituto è disciplinato espressamente, ma solo sotto il profilo della competenza e delle sue modificazioni per ragioni di connessione, dall'art. 35 c.p.c., e viene comunemente ricondotto ad un'ipotesi di accertamento incidentale *ex lege*, che troverebbe la sua ragion d'essere nella necessità di evitare che l'accoglimento dell'eccezione di compensazione, con conseguente rigetto della domanda dell'attore, possa lasciare aperta la via a una nuova domanda del convenuto basata sul controcredito già opposto con successo in compensazione²¹³.

²¹³ L'eccezione in questione, infatti, è riconducibile al genere delle eccezioni in senso stretto *ex art. 1242 c.c.* e rispetto ad essa si ritiene non si applichi il principio della *c.d. ragione più liquida*. L'eccezione di compensazione non si risolve, infatti, in un mero fatto estintivo del diritto dedotto in giudizio in via principale dall'attore, ma è *fenomeno necessariamente bilaterale*, perché, da un lato, presuppone che la relazione credito-debito nasca da due rapporti distinti e, dall'altro, ha effetto contestualmente estintivo, *ex tunc*, sia del credito che del controcredito (L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, *sub art. 817 bis c.p.c.*, cit., 607, nt. 4, 609). Tra i due crediti, in altri termini, esiste una relazione di *doppia connessione incrociata* (così F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, 6^a ed., cit., 274), perché il titolare del controcredito, quando se ne avvale per estinguere il credito principale, *spende al contempo il proprio diritto*. Poiché il convenuto, con la compensazione, estingue il suo debito, sacrificando al contempo il credito che vanta nei confronti dell'attore, la relativa eccezione va esaminata

Limitandoci in questa sede a delineare la portata e i limiti di operatività della norma in commento, e dunque a definire i poteri degli arbitri a fronte dei diversi scenari che possono configurarsi allorché nell'ambito di un giudizio arbitrale sia opposto in compensazione un controcredito, va osservato che l'orientamento interpretativo prevalente prima della riforma del 2006 era nel senso che la cognizione del controcredito, non rientrante nell'ambito della convenzione arbitrale, *potesse essere solo incidentale*²¹⁴ (anche se, in relazione all'ipotesi opposta – ossia di credito azionato in sede giudiziale e di controcredito exceptio in contestazione coperto da un patto arbitrale –, le ricostruzioni divergevano²¹⁵).

per ultima, dopo che sia stata accertata l'attuale esistenza del credito dell'attore e previo rigetto delle altre eventuali difese ed eccezioni. L'accoglimento, da parte del giudice, di una di queste difese od eccezioni implica l'assorbimento dell'eccezione di compensazione, sicché il controcredito oggetto della quale rimane impregiudicato in un eventuale altro processo (così F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, 6^a ed., cit., 276; F. TIZI, *L'eccezione di compensazione*, cit., 471, spec. 475). Una decisione sull'eccezione di compensazione apre invece il problema delle conseguenze dell'efficacia di tale decisione. Sebbene l'esigenza di evitare che il convenuto, successivamente all'accoglimento dell'eccezione di compensazione da lui proposta, proponga una nuova domanda basata sul controcredito già opposto con successo, sia generalmente condivisa dalla dottrina, diversi profili relativi alla via da seguire per pervenire a tale risultato e, in generale, alla concreta operatività dell'istituto nell'ambito di un giudizio, rimangono tutt'ora controversi (per riferimenti v. E. MERLIN, *Compensazione e processo*, vol. I, cit., *passim*; L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 817 bis c.p.c.*, cit., 610 ss.).

²¹⁴ Prima della riforma del 2006, infatti, si riteneva che, non essendo possibile l'accertamento con efficacia di giudicato del controcredito assegnato al potere decisorio del giudice ordinario, la "decisione" arbitrale dovesse necessariamente ridursi ad un accertamento effettuato *incidenter tantum*, ai limitati fini dell'accoglimento o del rigetto della domanda principale. V. E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, cit., 257 ss., sulla base della regola già prevista dall'art. 819 allora in vigore, della decidibilità in via incidentale di tutte le questioni insorte nel giudizio. Taluno riteneva che la soluzione della cognizione meramente incidentale fosse preferibile alla soluzione alternativa di ritenere inammissibile e/o non proponibile, in sede arbitrale, l'eccezione di compensazione in virtù di un controcredito non coperto dal patto arbitrale, che avrebbe implicato una lesione del diritto di difesa del convenuto e una sua eventuale condanna al pagamento di un credito (quello principale) già estintosi sul piano sostanziale, nonché una serie di rischi per lo stesso convenuto, tra i quali non poter più dedurre l'eccezione nemmeno in sede di opposizione all'esecuzione, grazie al giudicato formatosi sul lodo capace di coprire il dedotto e il deducibile; dover pagare, sulla base del lodo, senza poter poi ricevere il pagamento del proprio controcredito, nel caso di successivo fallimento del debitore; veder maturare interessi non dovuti, data l'estinzione dei due crediti *ex tunc* al momento della loro coesistenza. Su tali profili v. F. DANOVI, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, cit., 331 ss.

²¹⁵ Prima della riforma del 1994, vigendo la regola, di origine giurisprudenziale della *vis attractiva* (che attraeva nell'alveo della competenza del giudice ordinario ogni controversia, pur se compromessa in arbitri, che fosse pendente in arbitrato e connessa con quella pendente davanti al giudice togato, con caducazione del patto arbitrale, in virtù di una supposta superiorità del giudizio statale), la questione di compensazione di competenza arbitrale sollevata nell'ambito di un giudizio arbitrale veniva attratta e decisa *in ogni caso* in sede giudiziale. La dottrina aveva criticato questa soluzione (di lì a poco

Una parte della dottrina, valorizzando l'espressione: "(...) *conoscere* (...)” utilizzata dal nuovo art. 817 *bis* c.p.c.²¹⁶ ritiene che, a seguito della riforma del 2006, la regola della cognizione meramente incidentale sia tutt'ora la soluzione da adottare.

Si è tuttavia correttamente osservato, da un lato, che la medesima norma contiene una delimitazione della cognizione degli arbitri (“(...) *nei limiti del valore della domanda*”), che sarebbe inutile se davvero la cognizione arbitrale fosse sempre meramente incidentale²¹⁷; dall'altro, che la norma, proprio per il fatto di estendere la cognizione degli arbitri a controcrediti *non compresi nell'ambito della convenzione di arbitrato*, non potrebbe che sottintendere che gli arbitri siano *sempre competenti* a conoscerne *qualora essi siano compresi nel patto*, attribuendo essa in tal caso agli arbitri – in contrasto con l'opinione formatasi prima della riforma – il potere di pervenire ad una *cognizione piena* dell'eccezione di compensazione, con conseguente formazione del giudicato *anche sul controcredito*; infine, che primarie esigenze di garanzia ostano a che l'attore, vistasi rigettata la domanda in ragione dell'accoglimento dell'eccezione di compensazione, rimanga esposto al rischio che il convenuto lo possa convenire in un diverso giudizio, proponendo una nuova domanda avente ad oggetto il medesimo controcredito già speso nel precedente giudizio²¹⁸).

travolta dallo stesso legislatore del 1994, mediante l'introduzione del precedente art. 819 *bis* c.p.c., per il quale: “La competenza degli arbitri non è esclusa dalla connessione tra la controversia ad essi deferita e una causa pendente dinanzi al giudice”), prospettando, tra le varie soluzioni alternative, da un lato, la possibilità che al giudice ordinario fosse demandata la cognizione del controcredito *solo in via incidentale*, come unica alternativa all'inammissibilità-improcedibilità dell'eccezione di compensazione (conseguente alla scelta delle parti di affidare a due organi diversi la cognizione delle diverse questioni: così D. BORGHESI, *Compensazione nel diritto processuale civile*, in *Dig. civ.* IV, Torino 1988, 92); dall'altro, la possibilità che il giudice statale decidesse del credito principale, sotto condizione dell'eccezione di compensazione e dell'accertamento incidentale da parte degli arbitri, tramite una sorta di condanna con riserva dell'eccezione di compensazione, non assistita tuttavia dalla *translatio* e dalla obbligatorietà di riassunzione della causa davanti agli arbitri con riferimento al credito opposto in compensazione (E. MERLIN, *Compensazione e processo*, II, cit., 257, spec. nt. 57 e 282).

²¹⁶ L'art. 817 *bis* c.p.c. recita appunto: “Gli arbitri sono competenti a *conoscere* dell'eccezione di compensazione (...)”.

²¹⁷ Così S. BOCCAGNA, *Sub art. 817 bis c.p.c.*, in M. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. RADICATI (a cura di), *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, 2^a ed., Padova 2017, 317. *Contra* v. F. TIZI, *L'eccezione di compensazione*, cit., 471 ss., che legge, in questa parte della disposizione in commento, la conferma del potere meramente cognitorio (ma non decisorio) degli arbitri. Per L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 817 bis c.p.c.*, cit., 607, nt. 5, questo inciso deporrebbe piuttosto nel senso di una decisione con efficacia di giudicato della pronuncia. Infatti, l'indicazione di un limite di valore ha maggior senso nella prospettiva della idoneità della decisione degli arbitri al giudicato, che in quella contraria.

²¹⁸ A tale conclusione giunge G. VERDE, *Lineamenti del diritto dell'arbitrato*, cit., 116, per il quale l'art. 817 *bis* c.p.c. introdurrebbe un'ipotesi di accertamento incidentale *ex lege* della com-

Tuttavia, la soluzione ai problemi suesposti (possibile accertamento con efficacia di giudicato) si scontra con un ostacolo che appare difficilmente aggirabile: *il consenso delle parti come fondamento della giustizia arbitrale*. Un giudizio arbitrale in cui fosse possibile una pronuncia con efficacia di giudicato su una domanda o eccezione *non coperta dal patto arbitrale* (che dunque le parti non hanno inteso deferire al giudizio degli arbitri) rappresenterebbe una palese violazione del principio di consensualità dell'arbitrato, finendo per assumere i connotati di un arbitrato obbligatorio, come noto costituzionalmente illegittimo nel nostro ordinamento²¹⁹. Il tema, come si vede, è estremamente complesso²²⁰. Ci basti, in questa sede, averne dato una sintetica illustrazione.

5.3. *L'art. 819 bis c.p.c. e la sospensione del procedimento arbitrale*

Per finire la sintetica illustrazione della novità normative apportate dalla riforma del 2006, rilevanti per la tematica che ci occupa, è opportuno menzionare la norma di cui all'art. 819 *bis* c.p.c. che, come detto, include per la prima volta una disciplina organica dell'istituto della sospensione del procedimento arbitrale.

Prima della riforma, l'istituto trovava una scarna e lacunosa disciplina nell'ambito della norma dedicata alle questioni incidentali (l'art. 819 c.p.c. prev.). Il nuovo art. 819 *bis* c.p.c., invece, determina, in maniera analitica, le ipotesi (tendenzialmente *tassative*²²¹) in cui la sospensione può essere disposta (fatte salve previsioni di legge dettate per casi specifici²²²), nonché la forma del provvedimento e le modalità per l'eventuale prosecuzione del giudizio.

L'importanza sistematica della norma, in relazione al tema della presente ricerca, emerge *sia ove la si consideri nella sua interezza* (in ragione del fatto che, disciplinando, per la prima volta, in maniera organica e tassativa, l'istituto della so-

penrazione dinanzi agli arbitri, con la conseguenza che gli arbitri decidono: "(...) sul credito opposto in compensazione con efficacia di giudicato e non in via meramente incidentale", con esclusione, tuttavia, dell'eventuale credito in esubero.

²¹⁹ L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 817 bis c.p.c.*, cit., 618.

²²⁰ Per riferimenti v. E. MERLIN, *Compensazione e processo*, I, cit., *passim* e ID., *Compensazione e processo*, II, cit., *passim*.

²²¹ Secondo G. TRISORIO LIUZZI, *Questioni pregiudiziali e sospensione del giudizio arbitrale*, cit., 835 ss., spec. 843, si tratterebbe di: "(...) ipotesi tassative e dunque non suscettibili di interpretazione analogica".

²²² Il riferimento è, da un lato, all'art. 816 *sexies*, c.p.c., che prevede, per le ipotesi di successione universale in pendenza del giudizio arbitrale, il potere discrezionale degli arbitri di assumere le misure idonee a garantire il rispetto del principio del contraddittorio, tra cui, specificamente, la possibilità di sospendere il giudizio. Dall'altro, all'art. 815, comma 5, c.p.c. che, in tema di ricusazione degli arbitri, lascia loro la determinazione circa la decisione se sospendere o meno il giudizio pendente nel momento in cui insorga e debba decidersi sulla questione.

sospensione del procedimento arbitrale, introduce elementi di certezza e prevedibilità in relazione alle vicende e alle possibili evoluzioni di quest'ultimo, rafforzandone l'autonomia, indipendenza e *impermeabilità* rispetto a interferenze e/o accadimenti esterni, segnatamente allorquando un giudizio statale sia contemporaneamente pendente); *sia con particolare riferimento al motivo di sospensione di cui al comma 1, n. 3*, che riconosce agli arbitri il potere di rimettere alla Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 23, l. 11 marzo 1953, n. 87.

Il motivo da ultimo menzionato recepisce il *dictum* della sentenza della Corte costituzionale 28 novembre 2001, n. 376²²³ – su cui ritorneremo più diffusamente nel par. 6.1.3. – ove il Giudice delle Leggi, in motivazione, ha ricondotto la figura degli arbitri nel novero di quelle *autorità giurisdizionali* (sebbene *non giudiziarie*)²²⁴ cui la Corte attribuisce la legittimazione ad operare come filtro rispetto al rischio dell'applicazione di norme incostituzionali. Ciò sulla base di una nozione di giurisdizione *sganciata dal profilo soggettivo dell'organo che la esercita* e connotata, sul piano oggettivo, dal tipo di attività svolta che, nel caso degli arbitri, è stata riconosciuta come pienamente *fungibile e sostitutiva* rispetto a quella svolta dall'autorità giudiziaria statale. La Corte, in particolare, ha statuito che: "(...) *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 di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria. Sotto l'aspetto considerato, il giudizio arbitrale non si differenzia da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione, anche per quanto riguarda la ricerca e l'interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie*"²²⁵.

Come vedremo, si tratta di un *endorsement* non indifferente per l'istituto arbitrale, di cui viene sancita *l'equivalenza funzionale* rispetto al giudizio statale, solo pochi mesi dopo che le Sezioni Unite, con la celebre svolta "negozialista" e l'attribuzione al lodo arbitrale di meri effetti negoziali, ne avevano invece sancito l'ontologica differenza strutturale e la radicale *alterità* funzionale rispetto alla giurisdizione statale.

Le ipotesi di sospensione espressamente codificate dal comma 1 dell'art. 819 *bis* c.p.c., oltre a quella (*impropria, ma necessaria*) per pregiudizialità costituzionale²²⁶, riguardano altresì la sospensione: 1) (*propria e necessaria*) per pregiudizialità

²²³ In *Foro it.* 2002, I, 1649 ss. Su tale decisione ritorneremo ampiamente nel prosieguo della trattazione.

²²⁴ Su tale distinzione, non solo di carattere terminologico, v. C. PUNZI, *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione*, cit., 3 ss., *passim*.

²²⁵ V. par. 2, al. 2 della decisione della Corte cost. 28 novembre 2001, n. 376.

²²⁶ V. S. MENCHINI, A. MOTTO, *Sub art. 819 bis c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 329.

penale, nei limiti di cui all'art. 75, comma 3, c.p.p.; 2) (*propria e necessaria*) per pregiudizialità (civile), relativa a materia che non può essere oggetto di convenzione di arbitrato e la questione debba essere decisa per legge con efficacia di giudicato. Alle ipotesi contemplate dal comma 1, va aggiunta l'ipotesi di sospensione (*propria e discrezionale*) contemplata dal comma 2, che richiama l'art. 337, comma 2, c.p.c., per il caso in cui, nel corso del giudizio, venga invocata l'autorità di una sentenza oggetto di impugnazione.

Il combinato disposto dell'art. 819 *bis* c.p.c. e, rispettivamente, dell'art. 819 c.p.c. – che pone, come regola generale, quella secondo cui gli arbitri risolvono, *senza autorità di giudicato*, tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia, anche se riguardanti materie non compromettibili²²⁷ – e dell'art. 819 *ter* c.p.c. – che, ponendo fine ai dubbi sorti al riguardo nel vigore della precedente disciplina²²⁸, dispone espressamente che, nei rapporti tra arbitrato e processo, *non*

²²⁷ Salvo, appunto, come previsto dal comma 1, lett. b) dell'art. 819 *bis* c.p.c., che si tratti di questione su materie non compromettibili, che per legge deve essere decisa con autorità di giudicato.

²²⁸ Nel regime ante-riforma, si erano espressi in senso dell'inapplicabilità dell'art. 295 c.p.c. ai rapporti tra giudizio arbitrale e giudizio statale F. CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato riformato*, in *Riv. arb.* 1994, 672; C. CECHELLA, *Disciplina del processo nell'arbitrato riformato*, in *Riv. arb.* 1995, 234; ID., *Questioni pregiudiziali e processo arbitrale*, in *Riv. arb.* 1995, 798 ss.; E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., 77; P. BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, Bari 1998, 80; A. BRIGUGLIO, in R. VACCARELLA, G. VERDE, *Codice di procedura civile commentato*, IV, Torino 1997, 870; F. AULETTA, *Le questioni incidentali*, in G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, 3^a ed., Torino 2005, 326 ss.; C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione*, cit., 662; M. BOVE, *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, cit., 426 ss. In tal senso, nella giurisprudenza arbitrale v. Coll. arb. Pesaro 7 aprile 1999, in *Riv. arb.* 2003, 23, nt. E. PICOZZA; Coll. arb. Milano 15 gennaio 1999, in *Riv. arb.* 1999, 533, nt. S. TINAGLI. In senso favorevole all'applicabilità della norma nei rapporti arbitro-giudice si erano invece espressi G. TARZIA, *Conflitti fra lodi arbitrali*, cit., 634; E.F. RICCI, W. RUOSI, in G. TARZIA, LUZZATTO, E.F. RICCI, *Legge 5 gennaio 1994*, cit., 104; E. VULLO, *Note in tema di arbitrato, connessione*, cit., 137 ss., 172 ss.; F. AULETTA, *Lo stato presente delle questioni incidentali nell'arbitrato: ipotesi ricostruttive*, in *Riv. arb.* 2005, 269 ss., per il quale, peraltro, la sospensione prevista dall'art. 295 c.p.c. avrebbe assunto, nell'arbitrato, carattere facoltativo, anziché necessario; A. LEVONI, *La pregiudizialità nel processo arbitrale*, Torino 1975, 98 ss.; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 485; R. MARENGO, *Arbitrato e connessione di cause*, in *Riv. arb.* 1991, 760 ss. In tal senso, in giurisprudenza, v. Cass. 4 maggio 1981, n. 2702, in *Arch. giur. op. pubb.* 1981, II, 116; Cass. 25 settembre 1984, n. 4820, in *Foro it.* 1985, I, 816; Coll. arb. Venezia 30 settembre 1992, in *Riv. arb.* 1995, 533; Coll. arb. Brescia 11 febbraio 1993, in *Riv. arb.* 1995, 795, nt. C. CECHELLA. In argomento v. anche la decisione della Corte cost. 6 luglio 2004, n. 607, in *Riv. arb.* 2004, 457, nt. M.A. ZUMPARO, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale del (previgente) art. 819 c.p.c., nella parte in cui non avrebbe consentito agli arbitri di disporre la sospensione *ex art.* 295 c.p.c. (questione, tuttavia, sollevata sull'erroneo presupposto che, nel processo davanti al giudice togato, tale ultima disposizione consentisse al giudice di disporre la sospensione *anche al di fuori* delle ipotesi di connessione per pregiudizialità-dipendenza, e dunque per ragioni di mera opportunità).

è applicabile l'art. 295 c.p.c. –, rafforzano la conclusione secondo cui quelle espressamente disciplinate dalla norma in commento rappresentino le *sole ipotesi di sospensione del giudizio arbitrale ammesse dalla legge* (con le limitate eccezioni menzionate in precedenza²²⁹).

Va pertanto escluso che la *semplice pendenza* (dinanzi al giudice ordinario o ad altri arbitri) di una controversia avente carattere pregiudiziale rispetto a quella oggetto del giudizio arbitrale, *non solo obblighi*, ma financo *consenta* agli arbitri di sospendere il procedimento²³⁰. In particolare, l'inapplicabilità *ex lege* dell'art. 295 c.p.c. nei rapporti tra arbitrato e processo dovrebbe comportare l'inammissibilità della sospensione anche nell'ipotesi inversa rispetto a quella contemplata dall'art. 819 *bis* c.p.c., vale a dire ogniqualvolta agli arbitri sia devoluta *non la controversia dipendente, ma quella pregiudiziale*, in relazione alla quale, tuttavia, la sospensione del processo ordinario su causa dipendente sarebbe apparsa coerente con la riconosciuta equiparazione (*quoad effectum*, ad opera dell'art. 824 *bis* c.p.c.) del lodo arbitrale alla sentenza dell'autorità giudiziaria.

Evitando di soffermarci sulle ipotesi di pregiudizialità penale²³¹ e altresì su quelle, non espressamente contemplate dalla norma, di “pregiudizialità amministrativa”²³², che non interessano l'oggetto della presente ricerca (se non, in relazione alle seconde, per alcuni sporadici riferimenti che faremo nel corso della trattazione al rapporto tra arbitrato e giurisdizioni speciali, tra cui, *in primis*, quella amministrativa), le ipotesi di pregiudizialità civile, contemplate dal n. 2 del comma 1 dell'art. 819 *bis* c.p.c., sono già state inquadrare trattando dell'art. 819 c.p.c. e della nuova disciplina delle questioni pregiudiziali di merito in generale, cui integralmente si rimanda. Val forse la pena sottolineare come l'ambito di applicazione di questa disposizione sia confinato alle ipotesi di insorgenza, nel corso del giudizio arbitrale, di questioni pregiudiziali di merito riguardanti non meri fatti storici, ma fatti-diritti (idonei, cioè, a costituire oggetto di autonomo processo), relativi a materie non deferibili in arbitrato e da decidere, per volontà di legge, con efficacia di giudicato²³³.

²²⁹ L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 819 bis c.p.c.*, cit., 659.

²³⁰ Così S. BOCCAGNA, *Sub art. 819 bis c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile*, cit., 1402 ss.

²³¹ Su cui rinviamo, per riferimenti, a F. DANOVÌ, *La pregiudizialità nel giudizio arbitrale*, in M. RUBINO SAMMARTANO (a cura di), *Arbitrato*, cit., 671 ss.; G. TRISORIO LIUZZI, *Questioni pregiudiziali e sospensione del giudizio arbitrale*, cit., 841; S. MENCHINI, A. MOTTO, *Sub art. 819 bis c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 334; S. BOCCAGNA, *Sub art. 819 bis c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile*, cit., 1404 ss.

²³² V., per riferimenti, gli autori citati alla norma precedente.

²³³ Benché il dato letterale della disposizione, nel menzionare genericamente una: “(...) *questione pregiudiziale su materia che non può essere oggetto di convenzione d'arbitrato* (...)”, potrebbe

Come detto, alle ipotesi contemplate dal comma 1, va aggiunta l'ipotesi di sospensione (*propria e discrezionale*) contemplata dal comma 2, che richiama l'art. 337, comma 2, c.p.c., per il caso in cui, nel corso del giudizio, venga invocata *l'autorità di una sentenza oggetto di impugnazione*. Tale forma di sospensione, che si configura come *facoltativa o discrezionale*, trova il suo fondamento nel nesso di diritto sostanziale che intercorre tra la situazione soggettiva accertata con la sentenza impugnata e quella oggetto del processo in cui la pronuncia stessa è invocata, nel senso che quest'ultima deve essere dipendente, in senso sia logico che giuridico, dalla prima²³⁴, richiedendosi, peraltro, l'identità sotto il profilo soggettivo (ossia delle parti coinvolte in entrambe i giudizi)²³⁵.

In relazione all'esatta portata applicativa della norma (sulla cui applicabilità all'arbitrato, nel contesto normativo pre-riforma, vi era disaccordo in dottrina²³⁶),

astrattamente riferirsi ad una questione avente ad oggetto vuoi un diritto sostanziale, vuoi una situazione soggettiva devoluta alla giurisdizione (esclusiva o di legittimità) del giudice amministrativo, vuoi un effetto-reato di competenza del giudice penale, è tuttavia evidente che il riferimento sia alle questioni pregiudiziali di natura civile. Così S. MENCHINI, A. MOTTO, *Sub art 819 bis c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 335 ss. L'ipotesi forse più rilevante è rappresentata dall'art. 124 c.c.

²³⁴ La dottrina prevalente collega infatti la sospensione *ex art. 337, comma 2, c.p.c.* ai fenomeni di pregiudizialità-dipendenza tra effetti giuridici distinti e i relativi processi. V., in tal senso, E.T. LIEBMAN, *Sulla sospensione propria ed «impropria» del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, I, 153 ss.; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, 4^a ed., Napoli 1960, 420 ss.; N. GIALLONGO, *Note in tema di sospensione, pregiudizialità e connessione nel processo di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1985, 616 ss.; G. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari 1987, 279 ss.; A. ATTARDI, *Ancora sulla portata dell'art. 337 c.p.c.*, in *Giur. it.* 1986, I, 1, 1237 ss.; F. CIPRIANI, *Sospensione*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma 1993, 9 ss.

²³⁵ Tale nesso di dipendenza sussiste, ad esempio, tra un giudizio che abbia ad oggetto il *quantum* di una prestazione, rispetto ad una decisione sull'*an*, resa in un altro processo ed oggetto di impugnazione, mentre ancora pende il giudizio sul *quantum* (così S. MENCHINI, A. MOTTO, *Sub art. 819 bis c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 353, per i quali tra i due giudizi deve sussistere altresì un'identità soggettiva), per quanto, in tal caso, si dovrebbe più propriamente parlare di *frazionamento processuale di una situazione sostanziale unitaria*. In tal senso v. anche Cass. 15 settembre 2006, n. 19922 (ord.); Cass. S.U. 26 luglio 2004, n. 14060 (ord.). In senso parzialmente contrario v. L. MONTESANO, *La sospensione per dipendenza di cause civile e l'efficacia dell'accertamento contenuto nella sentenza*, in *Riv. dir. proc.* 1983, 3825 ss. specie 408; ID., *Questioni e cause pregiudiziali nella cognizione ordinaria del codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.* 1988, 299 ss. (specie 326), il quale fonda la sospensione *ex art. 337, comma 2, c.p.c.* su esigenze essenzialmente di economia processuale, ritenendo che tale istituto operi quante volte sia invocata, in un processo connesso per identità di titolo o di questione, l'autorità logica della sentenza, che esplicherebbe una mera autorità *di fatto* (non, quindi, di accertamento), inidonea a vincolare il giudice statale alla soluzione delle questioni in comune già affrontate dalla sentenza invocata.

²³⁶ In senso contrario alla sua applicabilità si erano espressi S. VINCRE, *Note sulla sospensione dell'arbitrato rituale*, cit., 448 ss., spec. 454; F. AULETTA, *Le questioni incidentali*, in G. VERDE (a cura

sono destinati a riproporsi i dubbi emersi in relazione alla sua applicazione nei rapporti tra i giudici ordinari, circa, in particolare, il significato da attribuire al termine “*autorità*”: se cioè esso si riferisca a tutte le sentenze, anche a quelle non ancora incontrovertibili perché impugnate con un *mezzo di impugnazione ordinario* (fornendo così un appiglio testuale alle posizioni di coloro che distinguono tra efficacia dichiarativa “naturale” della sentenza, idonea appunto a fondare una sospensione *anche prima del passaggio in giudicato e forza di giudicato* riferibile all’*immodificabilità di tutti gli effetti della sentenza*²³⁷), o solo alle sentenze formalmente già passate in giudicato, avverso le quali sia stata proposta un’*impugnazione straordinaria* (dovendosi altrimenti fare applicazione delle norme di cui agli artt. 295 e 297 c.p.c.)²³⁸, oppure ad entrambe le ipotesi²³⁹. In ogni caso, il comma 2 dell’art. 819 *bis* c.p.c., nel richiamare l’art. 337, comma 2, c.p.c., non investe le ipotesi in cui la questione pregiudiziale decisa con la sentenza impugnata *non sia compromettibile* e debba essere decisa con efficacia di giudicato, trattandosi di ipo-

di), *Diritto dell’arbitrato*, 3^a ed., Torino 2005, 326. Nell’ottica della prevenzione di un conflitto tra giudicati, giungeva a conclusioni opposte G. DELLA PIETRA, *Il procedimento*, in G. VERDE (a cura di), *Diritto dell’arbitrato*, cit., 253 ss., che riprendeva e sviluppava considerazioni già esposte da G. TARZIA, *Conflitto tra lodi arbitrali*, cit., 631 ss.

²³⁷ In tal senso, in *primis*, E.T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano 1935, rist. 1962, *passim*; ID., *Sulla sospensione propria e «impropria» del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1958, 153 ss.; ID., *Sentenza e cosa giudicata: recenti polemiche*, in *Riv. dir. proc.* 1980, 1 ss.; ma v. anche V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3^a ed. (rist.), II, Napoli 1960, 419; C. VOCINO, *Considerazioni sul giudicato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1962, 1527; G. FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell’intervento adesivo*, Milano 1963, 89; A. PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli 1965, 62; A. GIUSSANI, *Sospensione del processo*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.* XVIII, Torino 1998, 613. In questo senso pare orientata anche la giurisprudenza più recente: v. Cass. S.U. 9 giugno 2012, n. 10027, in *Riv. dir. proc.* 2013, spec. 683 ss., nt. critica di S. MENCHINI, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra gli articoli 295, 297 e 337 comma 2 c.p.c.: una decisione che non convince*; in *Giur. it.* 2012, 2601, nt. E. D’ALESSANDRO, *Le Sezioni Unite e la tesi di Liebman sui rapporti tra art. 295 e 337 c.p.c.: Much Ado About Nothing?*; in *Corr. giur.* 2012, 1322, nt. B. ZUFFI. Ma v. anche Cass. ord. 2 marzo 2021, n. 3338; Cass. ord. 16 dicembre 2009, n. 26435; Cass. S.U. 26 luglio 2004, n. 14060.

²³⁸ In tal senso v., in particolare, M. VELLANI, *Appunti sulla natura della cosa giudicata*, Milano 1958, 53; A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili*, Padova 1973, 71 ss. e nt. 57; A. ATTARDI, *Ancora sulla portata dell’art. 337 cpv c.p.c.*, in *Giur. it.* 1986, 1237; F. CIPRIANI, *Le sospensioni del processo civile per pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1984, 262 ss.; S. MENCHINI, voce *Sospensione (nel processo civile di cognizione)*, in *Enc. dir.*, Milano 1990, XLIII, 24 ss.; N. GIALONGO, *Note in tema di sospensione, pregiudizialità e connessione nel processo di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1985, 616 ss.; C. CONSOLO, *La revocazione delle decisioni della Cassazione e la formazione del giudicato*, Padova 1989, 272 e nt. 21. In giurisprudenza, in questo senso, v. Cass. ord. 29 agosto 2008, n. 21924.

²³⁹ Per una panoramica delle diverse posizioni ante-riforma del 2006, v. S. BOCCAGNA, *L’impugnazione per nullità del lodo*, I, Napoli 2005, 350 ss.; per una panoramica post-riforma del 2006 v. E. MARINUCCI, *L’impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, Milano 2009, 198 ss.

tesi espressamente regolate dal n. 2 del comma 1, che, come visto, dispone, in tal caso la *sospensione necessaria* del giudizio arbitrale. Invero, come accade per i rapporti tra giudizi statali, *l'ambito di operatività della sospensione discrezionale* di cui all'art. 337, comma 2, c.p.c., richiamato dall'art. 819 c.p.c., *si estende fin dove non opera la sospensione necessaria* che, ove applicabile (in base al combinato disposto degli artt. 819 *bis*, comma 1, n. 2 e 819 c.p.c.), preclude quella discrezionale.

Un profilo di particolare rilevanza riguarda la possibile estensione della norma in esame al caso in cui l'“*autorità*” invocata in un giudizio arbitrale non sia quella di una *sentenza* impugnata, bensì di un *lodo*, avverso il quale sia stata proposta impugnazione (a cominciare da quella per nullità del lodo, ma, evidentemente, a seconda delle ricostruzioni cui si aderisca in relazione all'art. 337, comma 2, c.p.c., anche una di quelle straordinarie, quali la revocazione o l'opposizione di terzo), che non potrebbe in ogni caso rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 295 c.p.c. (non solo perché qui si parla di sospensione *facoltativa e non necessaria*, ma soprattutto perché tale ultima norma, come più volte ricordato, non è applicabile ai rapporti arbitro-giudice, giusta il disposto dell'art. 819 *ter*, comma 2, c.p.c.). L'opinione che prevale in dottrina è favorevole a riferire l'“*autorità*” invocata, oltre che ad una sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, anche ad un lodo arbitrale, non solo in ragione dell'equiparazione *quoad effectum* operata dall'art. 824 *bis* c.p.c. tra la prima e il secondo²⁴⁰, ma altresì alla luce del fatto che l'art. 829, comma 1, n. 8, c.p.c. disciplina *in modo identico* il contrasto tra “giudicati” (statale e arbitrale).

La questione, come vedremo nel prosieguo della trattazione, riveste una particolare importanza sotto il profilo sistematico, in quanto strumentale all'individuazione, nell'ambito dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale, di meccanismi di coordinamento (*preventivi* rispetto alla necessità di attendere il passaggio in giudicato di una decisione, pronunciata in un foro, da spendere nell'altro foro) tra due procedure pendenti sulla medesima causa in sede, rispettivamente, arbi-

²⁴⁰ In tal senso F.P. LUISO, in F.P. LUISO, B. SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano 2006, 305 ss.; M.A. ZUMPARO, *Sub art. 819 bis c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI, *Commentario alle riforme*, cit., 867, nt. 9; S. MENCHINI, A. MOTTO, *Sub art. 819 bis c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 353. Per S. BOCCAGNA, *Sub art. 819 bis c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile*, cit., 1406 ss., stante la disposizione dell'art. 824 *bis* c.p.c., non dovrebbero sussistere più dubbi sulla possibilità di estendere l'art. 337, comma 2, c.p.c. anche ai casi in cui dinanzi agli arbitri venga invocata l'efficacia di un precedente lodo (e non solo di una precedente sentenza) reso tra le parti e relativo ad una situazione giuridica pregiudiziale (in senso conforme v. Coll. arb. Roma 5 novembre 2010, in *Arch. giur. op. pubb.* 2011, 101), ferma restando la necessità di stabilire se l'“*autorità*” invocabile nel procedimento arbitrale dipendente sia solo quella del lodo non più impugnabile per nullità, avverso il quale sia stata esperita un'impugnazione straordinaria, ovvero anche quella del lodo non ancora divenuto immutabile e impugnato per nullità (in tal senso si era espresso S. BOCCAGNA prima della riforma, in *L'impugnazione per nullità del lodo*, cit., 364 ss.).

trale e giudiziale, in particolare sotto il profilo del coordinamento reciproco delle decisioni vertenti sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale.

Dal punto di vista procedurale, la sospensione del giudizio arbitrale ai sensi della norma in commento deve essere disposta dagli arbitri con ordinanza collegiale²⁴¹, motivata e revocabile²⁴², ma non soggetta ad alcuna impugnazione con mezzi specifici²⁴³, né a deposito, secondo quanto oggi previsto, in via generale, dall'art. 816 *bis*, u.c., c.p.c.

Per concludere l'esame dell'art. 819 *bis* c.p.c., va osservato che esso non contempla l'ipotesi di sospensione per *pregiudizialità comunitaria*, dal momento che, per costante (quanto criticabile²⁴⁴) giurisprudenza della Corte di Giustizia, a partire dalla decisione nel caso *Vaassen-Gobbels*²⁴⁵, poi confermata in *Nordsee*²⁴⁶ e

²⁴¹ Salva la facoltà di attribuire al presidente del collegio poteri di disposizione circa lo svolgimento del procedimento. Così L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 819 bis c.p.c.*, cit., 670.

²⁴² In ragione dell'abrogazione della precedente specificazione dell'esclusione di tale ordinanza dal regime di quelle revocabili (contenuta nel precedente combinato disposto degli artt. 816, ultimo comma e 819 c.p.c.). In favore della reclamabilità di tale ordinanza v. G.F. RICCI, *Sub art. 819 bis c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 499; M.A. ZUMPANO, *Sub art. 819 bis c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI, *Commentario alle riforme*, cit., 869.

²⁴³ Avverso tale ordinanza non è infatti esperibile il regolamento di competenza, non avendo il legislatore esteso al provvedimento in questione la norma propria del procedimento ordinario, che prevede il controllo della pronuncia sulla sospensione a mezzo di quel rimedio. Per S. MENCHINI, A. MOTTO, *Sub art. 819 bis c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 357, si tratta di una lacuna nel sistema, potenzialmente lesiva degli interessi delle parti, nella misura in cui si affida esclusivamente al ripensamento degli arbitri (tramite la revoca) la revisione del provvedimento, rimandando tutte le eventuali contestazioni alla successiva fase di impugnazione del lodo.

²⁴⁴ In senso critico rispetto a questo orientamento della Corte di Giustizia v. L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 819 bis c.p.c.*, cit., 668. Per approfondimenti sulla questione v. P. BIAVATI, *Pregiudiziale comunitaria e arbitrato*, in *Riv. arb.* 1995, 421 ss.; E. D'ALESSANDRO, *Pregiudiziale comunitaria e arbitrato interno*, in *Riv. arb.* 1997, 445 ss.; C. RASIA, *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, Bologna 2010; A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova 1996, *passim*.

²⁴⁵ Decisione della Corte di Giustizia del 30 giugno 1966, nel caso C-61/65, *Vaassen-Göbbels v. Management of the Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf*. Per un commento v. W.P. GORMLEY, *The future role of arbitration within the EEC: the right of an arbitration to request a preliminary ruling pursuant to article 177*, in *Saint Louis Univ. J.* 1968, 4, 550 ss.; M. HAARDT, in *Comm. Mark. L.R.* 1966, 441 ss.

²⁴⁶ Decisione della Corte di Giustizia del 23 marzo 1982, nel caso C-102/81, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern et alia*. Per un commento v. BEBR, *Arbitration tribunals and article 177 of the EEC Treaty*, in *Comm. Mark. L.R.* 1985, 489 ss.; X. DE MELLO, *Arbitrage et droit communautaire*, in *Rev. de l'arbitrage* 1982, 390 ss.; R. HEPTING, *Die Vorlagebefugnis privater Schiedsgerichte nach Art. 177 EWGV*, in *Praxis int. Privat und Verfahrensrechts* 1983, 101 ss.; J. HANDOLL, *'Nordsee' Deutsche Hochseefischerei GmbH v. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG. Power of arbitrator to make article 177 references*, in *Eur. Intell. P.Rev.* 1982, 260 ss.

altresì in *Denuit*²⁴⁷, gli arbitri, non essendo qualificabili come “organi giurisdizionali degli Stati membri”²⁴⁸, non sono legittimati ad avvalersi del meccanismo del rinvio pregiudiziale di cui all’art. 267 TFEU. Ad essi non resterà dunque che assumersi la responsabilità di interpretare e delibare la validità del diritto europeo, secondo i principi enucleati negli anni dalla Corte di Giustizia e già applicabili alle autorità giudiziarie nazionali²⁴⁹, lasciando al giudice dello stato il compito di attivarsi, in un momento successivo (nell’ambito del giudizio di impugnazione per nullità del lodo o di sua esecuzione), per adire la Corte di Giustizia.

²⁴⁷ Decisione della Corte di Giustizia del 27 gennaio 2005, nel caso C-125/04, *Guy Denuit and Betty Cordenier v. Transorient – Mosaique Voyages et Culture SA*. Per un commento v. E.F. RICCI, *Arbitrato rituale, giurisdizioni statali e art. 234 Trattato CE*, in *Corr. giur.* 2005, 61 ss.; ID., *Arbitrato volontario e pregiudiziale comunitaria*, in *Riv. dir. proc.* 2006, 710 ss.; C. RASIA, *Pregiudiziale comunitaria e giudizio arbitrale: nuovo confronto tra gabbie ideologiche, funzionalità degli scambi, esigenze di tutela effettiva*, in *Corr. giur.* 2006, 21 ss.; G. CHABOT, *Un tribunal arbitral conventionnel ne constitue pas une juridiction au sens de l'article 234 CE*, in *La Semaine juridique, éd. gén.* 2005, II, 10079 ss.

²⁴⁸ Nelle *Raccomandazioni all’attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domanda di pronuncia pregiudiziale* del 6 novembre 2012, in G.U. 388, si legge: “La nozione di organo giurisdizionale è interpretata dalla Corte quale nozione autonoma del diritto dell’Unione; a tale riguardo, la Corte tiene conto di un complesso di fattori quali la fonte legale dell’organo che l’ha adita, il suo carattere permanente, l’obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, l’applicazione, da parte di tale organo, delle norme giuridiche nonché la sua indipendenza”.

²⁴⁹ V. le *Raccomandazioni all’attenzione dei giudici nazionali*, cit., che, al n. 13, statuiscono: “(...) un giudice nazionale può, in particolare quando ritiene che la giurisprudenza della Corte fornisca chiarimenti sufficienti, decidere esso stesso circa l’esatta interpretazione del diritto dell’Unione e l’applicazione di quest’ultimo alla situazione di fatto che esso constata. Tuttavia, un rinvio pregiudiziale può risultare particolarmente utile quando si tratta di una questione di interpretazione nuova che presenta un interesse generale per l’applicazione uniforme del diritto dell’Unione, o quando la giurisprudenza esistente non sembra applicabile ad un contesto di fatto inedito”. A fronte di una questione di interpretazione nuova, che presenti un interesse generale per l’applicazione uniforme del diritto dell’Unione o quando la giurisprudenza esistente non sembri applicabile ad un contesto di fatto inedito, gli arbitri non potranno far altro che risolvere da sé la questione *in via incidentale*, eventualmente disapplicando il diritto interno che configga con la norma comunitaria (v., in tal senso, G. TRISORIO LIUZZI, *Questioni pregiudiziali e sospensione del giudizio arbitrale*, cit., 840; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, 2^a ed., cit., 206), affidando ai successivi giudici dell’impugnazione l’eventuale compito di attivare il meccanismo del rinvio pregiudiziale.

SEZIONE SECONDA

L'EQUIPARAZIONE NORMATIVA DEGLI EFFETTI DEL LODO A QUELLI DELLA SENTENZA STATALE E LA CONTROVERSA QUALIFICAZIONE DEI RAPPORTI TRA ARBITRATO E GIURISDIZIONE ORDINARIA

6. *L'art. 824 bis c.p.c. e la "codificazione" dell'equiparazione degli effetti del lodo arbitrale rituale a quelli della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria. La conclusione di un lungo percorso*

Tra le norme introdotte dalla riforma del 2006, l'art. 824 *bis* c.p.c., rubricato "Efficacia del lodo", ai sensi del quale: "*Salvo quanto disposto dall'articolo 825, il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria*", è forse quella che ha avuto la maggiore risonanza, per le potenziali implicazioni sistematiche, a cominciare dal problema dell'inquadramento teorico del fenomeno arbitrale e della sua collocazione, all'interno del nostro ordinamento, nell'ambito dei sistemi di risoluzione delle controversie, ivi inclusi i rapporti con l'autorità giurisdizionale ordinaria.

L'art. 824 *bis* c.p.c. riproduce fedelmente il disposto della legge-delega²⁵⁰, che aveva indicato la necessità di inserire nella novellata disciplina una previsione in forza della quale: "il lodo, anche non omologato", avesse "gli effetti di una sentenza" e va a sostituire il previgente art. 823, ultimo comma, c.p.c., ai sensi del quale: "*Il lodo ha efficacia vincolante tra le parti dalla data della sua ultima sottoscrizione*".

Tale ultima norma era stata a sua volta introdotta dal legislatore della riforma del 1994 per superare le criticità, di carattere sia teorico che pratico-applicativo, discendenti dal dato normativo di cui alla precedente versione dell'art. 825, comma 3, c.p.c. (introdotta con la novella del 1983), ai sensi del quale l'omologa pretorile – che doveva avvenire entro il termine perentorio di un anno dal ricevimento, ad opera della parte, del lodo²⁵¹ –, conferiva al lodo arbitrale non solo l'efficacia esecutiva, ma altresì l'"*efficacia di sentenza*".

²⁵⁰ Per F. AULETTA, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 420 ss., la nuova disposizione implementa letteralmente il programma della legge-delega, che aveva prescritto che: "(...) il lodo, anche non omologato, abbia gli effetti di una sentenza". In ragione della formulazione adottata dal legislatore, taluno suggerisce di "tornare all'antico", utilizzando, come in passato, l'espressione "sentenza arbitrale": così F. TOMMASEO, *Le impugnazioni del lodo arbitrale nella riforma*, cit., 201 nt. 4.

²⁵¹ Mentre, come detto, la versione originaria del codice del 1940 richiedeva il deposito nel termine perentorio di 5 giorni.

Sul pluridecennale dibattito dottrinale e giurisprudenziale relativo alla portata delle suddette norme e, più in generale, sulla *vexata quaestio* della natura e degli effetti del lodo arbitrale e del fenomeno arbitrale nel suo complesso, ci soffermeremo nei paragrafi 6.1. ss. In questa sede ci limitiamo ad alcune osservazioni di inquadramento generale.

In particolare, è solo con la riforma del 1994, che aveva espunto dal codice di rito qualsivoglia riferimento alla nozione di *sentenza arbitrale*²⁵², che la pronuncia arbitrale ha acquisito per la prima volta una dignità e consistenza proprie, valendo come pronuncia autonomamente produttrice di effetti giuridici a prescindere da una successiva (solo eventuale) omologazione statale²⁵³. Ciò non aveva però in alcun modo attenuato i contrasti interpretativi sul tema della natura giuridica del lodo arbitrale: se cioè esso, ferma l'origine consensuale del mandato arbitrale e la natura innegabilmente privatistica dell'organo che lo pronunciava, potesse equipararsi, sotto il profilo degli effetti, ad una sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria statale; oppure se non potesse che esplicitare effetti negoziali, equiparabili né più né meno che ad un contratto. Anche dopo la riforma del 1994, insomma, il binomio giurisdizione-negozio ha continuato ad animare il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul tema della natura giuridica del lodo e, indirettamente, del fenomeno arbitrale nel suo complesso.

Il nuovo art. 824 *bis* c.p.c., come vedremo subito appresso, non dissipa del tutto i dubbi e non consente univoche ricostruzioni di carattere teorico e dogmatico²⁵⁴. Non sarebbe, d'altra parte, ragionevole attribuire ad una norma o ad una definizione utilizzata del legislatore l'effetto di determinare la qualificazione e l'inquadramento giuridici di un istituto o di un fenomeno giuridico, tanto più se la norma in questione è lungi dall'essere inequivoca ed esaustiva²⁵⁵. L'impressione è che essa sia stata conosciuta piuttosto per rispondere ad alcune pressanti esigenze di carattere pratico²⁵⁶

²⁵² Espressione normativa che, prima della riforma del 1994, veniva spesso invocata per evidenziare la differenza sostanziale corrente tra la semplice pronuncia arbitrale, non assistita dalla vidimazione dell'autorità statale, e il lodo omologato, che aveva invece ricevuto l'*exequatur*.

²⁵³ Così G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., 180 ss.

²⁵⁴ Così, espressamente, C. CAVALLINI, *L'arbitrato rituale. Clausola compromissoria e processo arbitrale*, Milano 2009, 33, per il quale l'art. 824 *bis* c.p.c.: "(...) pur esplicitando gli effetti di sentenza del lodo rituale, non risolve perché non può di per sé affrontare tutti i problemi di sistema insiti e derivanti dalla natura del lodo medesimo".

²⁵⁵ In questo senso v. anche G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., 181 ss., per il quale nulla o quasi sarebbe cambiato con l'introduzione della norma di cui all'art. 824 *bis* c.p.c. (salvo per quanto riguarda l'abbandono della impostazione "negozialistica"), anche perché è difficile che cambiamenti significativi avvengano: "(...) per via normativa", posto che: "(...) non spetta al legislatore di fissare le 'nature giuridiche', dovendo queste essere: "(...) desunte dal sistema complessivo".

²⁵⁶ Così F. AULETTA, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina*

(tra cui, *in primis*, l'eliminazione di ostacoli di carattere *terminologico* e *qualificatorio* alla circolabilità del lodo a livello internazionale ai sensi della Convenzione di New York²⁵⁷), nonché per superare la deriva “negozialista” imposta dalle Sezioni Unite con la nota decisione n. 527 del 3 agosto 2000²⁵⁸.

Ciò detto, parte della dottrina non ha esitato a ravvisare, *soprattutto nella norma in questione* (in uno con la valorizzazione di altre rilevanti novità normative introdotte dalla riforma del 2006), un esplicito riconoscimento della natura *sostanzialmente giurisdizionale* sia del fenomeno arbitrale che dell'atto-lodo²⁵⁹ – seppure pronunciato a seguito di un procedimento di carattere privato²⁶⁰ –, cui si accompagnerebbe la riaffermazione della natura meramente contrattuale del lodo irrituale (anche questo, secondo taluno, segno evidente della volontà del legislatore-

dell'arbitrato, cit., 421 ss., per il quale lo scopo della delega al legislatore per la riforma dell'arbitrato, più che optare per l'uno o per l'altro orientamento sulla natura giuridica del lodo, era quello di recepire alcune preoccupazioni manifestate da parte della dottrina circa la: “(...) notevole debolezza [del lodo] a livello internazionale”, ossia la preoccupazione che il lodo prodotto da arbitri con sede in Italia scontava in termini di riconoscibilità all'estero ai sensi della Convenzione di New York (tale timore era stato in particolare avanzato da E.F. RICCI, *La delega sull'arbitrato*, cit., 953; ID., *Il lodo arbitrale irrituale di fronte alla Convenzione di New York*, in *Riv. dir. proc.* 2001, 599 ss.; v. anche P. BERNARDINI, *Sentenze arbitrali e Convenzione di New York*, ivi 2006, 89). *Contra*, C. PUNZI, *Relazioni fra l'arbitrato e le altre forme non giurisdizionali di soluzione delle liti*, in *Riv. arb.* 2003, 385, che contesta la ricostruzione secondo cui nella maggioranza degli ordinamenti stranieri sussisterebbe una corrispondenza tra effetti del lodo ed effetti di una sentenza statale, tra cui l'idoneità al giudicato. Non dissimile la posizione di G. BONATO, *La nozione e gli effetti della sentenza arbitrale nel diritto francese*, in *Riv. dir. proc.* 2006, 669.

²⁵⁷ V. E.F. RICCI, *La delega sull'arbitrato*, cit., 953, per il quale un lodo negoziale potrebbe non apparire un vero e proprio “lodo arbitrale” ai fini della Convenzione di New York del 1958, pregiudicandone così il riconoscimento presso i paesi aderenti.

²⁵⁸ In *Foro it.*, 2001, I, 839 e in *Giur. it.* 2001, 1107, nt. G. CANALE. Su tale sentenza ritorneremo diffusamente *infra*, soprattutto nei parr. 6.1.3. e 7.1.2. M. BOVE, *La giustizia privata*, Padova 2009, *passim*, che, a proposito dell'orientamento “negozialistico”, parlava di giurisprudenza *irragionevole*, nella misura in cui aveva trasformato un'eccezione di rito, qual è quella di patto compromissorio, in un'eccezione di merito.

²⁵⁹ In tal senso v. M. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in M. BOVE, C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, cit., 61 ss., per il quale le direttive di fondo contenute nella legge-delega erano nel senso di disciplinare l'arbitrato tenendo presente che esso è un fenomeno sostanzialmente giurisdizionale, come emergeva dall'indicazione di equiparare il lodo, anche se non omologato, alla sentenza; così anche P.L. NELA, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme*, cit., 1843; per W. RUOSI, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in P. COMOGLIO, R. VACCARELLA (a cura di), *Codice di procedura civile ipertestuale*, 2ª ed., Torino 2008, 3095 proprio: “(...) l'eliminazione dell'articolo indeterminativo conferma l'orientamento del legislatore verso l'accoglimento di quelle tesi che, in contrasto con l'orientamento fatto proprio dalla Cassazione, ritenevano il lodo arbitrale equiparabile, quanto ai suoi effetti, alla decisione giudiziaria”.

²⁶⁰ A. LEVI, voce *Arbitrato nel diritto privato italiano*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ., Aggiornamento*, 7, Torino 2012, 108.

re di superare l'orientamento delle Sezioni Unite che aveva invece ridotto *ad unitatem* le due tipologie di arbitrato²⁶¹).

Per un'altra parte della dottrina, al contrario, anche dopo la riforma del 2006 dovrebbe ribadirsi la ricostruzione in chiave eminentemente privatistica non solo del fenomeno e del procedimento arbitrali, ma altresì dell'atto-lodo. In tale ottica, nonostante l'espresso disposto di cui all'art. 824 *bis* c.p.c., il lodo non potrebbe giammai ritenersi equivalente ad una pronuncia giurisdizionale²⁶². Invero, l'art. 824 *bis* c.p.c., sebbene sia inequivoco nello statuire l'equiparazione, *quoad effectum*, tra lodo e sentenza, lascia impregiudicate una nutrita serie di questioni.

Il testo della norma, limitandosi a statuire che: "(...) *il lodo ha (...) gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria*", non chiarisce se si tratti di *tutti gli effetti* o *solo di alcuni di essi*. Del resto, il termine "effetti" (che indica sicuramente la produzione di *più di una conseguenza giuridica* collegata all'atto-lodo) non è sinonimo del termine "efficacia" (menzionato bensì nella rubrica, intitolata "Efficacia del lodo", ma non nel testo della norma), dato che il primo indica ciò che è prodotto da una determinata causa (ovvero i risultati e le conseguenze di un determinato atto o fatto giuridico), mentre il secondo è sinonimo di idoneità e/o capacità di un atto o fatto giuridico a produrre quegli effetti, a produrre cioè gli effetti per cui quell'atto viene compiuto o quel fatto accade, nonché il concreto prodursi di tali effetti²⁶³.

D'altra parte, nei limiti fissati dalle norme e dai principi costituzionali, il legislatore è libero di attribuire o estendere, per legge, *ad alcune categorie di atti o*

²⁶¹ C. PUNZI, "Efficacia di sentenza" del lodo, in *Riv. arb.* 2005, 826 ss.

²⁶² Osserva F. AULETTA, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 422 che la legge-delega non discorreva di autorità di giudicato della sentenza, limitandosi il decreto di riforma a predicare l'identità di effetti (non più di una, bensì *della* sentenza, senza alcun cenno ad una possibile distinzione tra effetti processuali ed effetti sostanziali di accertamento, costitutivi e di condanna. In proposito rileva C. PUNZI: "Efficacia di sentenza" del lodo, cit., 165 ss. (per il quale, nell'interpretazione dell'art. 824 *bis* c.p.c., al pari di ogni altro testo normativo, si dovrebbe prescindere dalle "intenzioni dei codificatori"), che la norma di cui all'art. 824 *bis* c.p.c., lungi dal costituire una conferma della piena coincidenza tra lodo e sentenza, rappresenterebbe, invece, un'ulteriore conferma della natura autonoma e privatistica della decisione arbitrale, dovendosi escludere l'idoneità di quest'ultima al giudicato materiale; ID., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2ª ed., II, cit., 401; v. anche E. ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 2006, 269; ID., *Arbitrato rituale e "lavori pubblici"*, Milano 2011, 424, che svaluta la portata dell'art. 824 *bis* c.p.c. ai fini della ricostruzione degli effetti del lodo, ritenendo che la norma introdotta dal legislatore non consenta: "(...) una reale progressione" del dibattito in materia.

²⁶³ Anche C. PUNZI, "Efficacia di sentenza" del lodo, in *Riv. arb.* 2005, 829 ravvisa una differenza non irrilevante tra le nozioni di "efficacia" e di "effetti" (per quanto l'autore ritenga, all'opposto di quanto esposto nel testo, che l'espressione "effetti" abbia una pregnanza maggiore di quella di "efficacia"). *Contra* P.L. NELA, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, cit., 1843, per il quale i due termini sarebbero equivalenti.

provvedimenti, effetti di norma discendenti da altre categorie di atti o provvedimenti, che, tuttavia, con i primi, non condividono né la medesima natura, né tanto meno l'efficacia in generale o sotto altri, più specifici, profili. Si pensi alle scritture private autenticate (relativamente alle obbligazioni di somme di denaro in esse contenute), alle cambiali, agli atti ricevuti da notaio (c.d. titoli esecutivi stragiudiziali), cui la legge attribuisce un effetto tipico della sentenza di condanna pronunciata dal giudice statale, ossia l'attitudine a consentire di promuovere un'esecuzione forzata nei confronti del debitore. Per il solo fatto che detti titoli condividono, con la sentenza emessa dal giudice statale, *quel particolare effetto*, non implica, evidentemente, una loro equiparazione, *ad ogni effetto*, ad una pronuncia giudiziale, né tantomeno un mutamento della loro natura giuridica sì da provocarne l'assimilazione a quella della sentenza.

Infine, vi sono alcune conseguenze giuridiche collegate alla sentenza che è controverso se siano ascrivibili alla categoria dei suoi *effetti*, o se debbano invece ricondursi ad una *qualità* degli stessi, secondo la nota distinzione liebmaniana, secondo cui l'*autorità* del giudicato non sarebbe uno dei tanti effetti della sentenza, ma una *qualità* degli stessi, consistenti nella loro *immutabilità* ed *irretrattabilità*²⁶⁴.

V'è dunque da chiedersi se la formulazione della norma di cui all'art. 824 *bis* c.p.c. autorizzi effettivamente a concludere nel senso dell'attribuzione al lodo, oltre a (alcuni o tutti) gli effetti della sentenza, anche l'idoneità a divenire *res iudicata*²⁶⁵.

Il dubbio può legittimamente sorgere, se sol si pone mente al fatto che l'art. 824 *bis* c.p.c. non equipara gli effetti del lodo arbitrale a quelli di una *sentenza passata in giudicato*, ma soltanto a quelli di una *sentenza*²⁶⁶ e che, allorquando il legislatore si riferisce alla definitività del lodo, non utilizza l'espressione "giudicato" o "cosa giudicata", bensì quella, non del tutto sovrapponibile, di "non impugnabilità"²⁶⁷. Ove anche l'equiparazione degli effetti del lodo a quelli della sen-

²⁶⁴ E.T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano 1935, *passim*.

²⁶⁵ V., ad esempio, E. MARINUCCI, *Note sull'impugnazione del lodo arbitrale*, cit., 533, per la quale l'art. 824 *bis* c.p.c.: "(...) equipara il lodo e la sentenza quanto agli effetti, nulla dicendo in merito alla qualità e all'autorità degli stessi (...)". Ma, *contra*, v. C. ASPRELLA, *La proponibilità del rimedio dell'ottemperanza ai fini dell'esecuzione di lodo arbitrale esecutivo inoppugnabile*, nt. a Cons. Stato 28 aprile 2011, n. 2542, in *Riv. arb.* 2011, 451 ss., per la quale l'art. 824 *bis* c.p.c. si collegherebbe: "(...) all'art. 2909 c.c. indissolubilmente"; dalla connessione tra le due disposizioni, deriverebbe: "(...) inequivocabilmente (...) la analoga immutabilità degli effetti – nel senso del fare stato – anche al lodo arbitrale, stante l'equivalenza rispetto agli effetti di quella sentenza".

²⁶⁶ G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 226, per il quale la disposizione in esame non contiene alcuna indicazione sull'incontrovertibilità dell'accertamento in esso contenuto.

²⁶⁷ Osserva S. LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., 210 che: "(...) il codice per il lodo non parla mai di 'giudicato'. Si veda, in tal senso, l'art. 829, comma 1, n. 8, c.p.c., per il quale un lodo può essere annullato se contrario a precedente sentenza *passata in giudicato* tra le parti o ad altro precedente lodo *non più impugnabile*. Di recente, poi, l'art. 112 del d.lgs. n. 104 del 2010 (Codice del pro-

tenza predicata dall'art. 824 *bis* c.p.c. implicasse l'idoneità del lodo ad acquisire l'autorità della cosa giudicata, sarebbe da verificare se tale idoneità si espliciti *nella stessa misura e con le stesse implicazioni* proprie della sentenza passata in giudicato. Se, cioè, "l'identità di effetti" *sub specie qua* si esaurisca nel carattere decisivo della pronuncia e, una volta divenuta definitiva e inoppugnabile, nell'effetto *preclusivo* rispetto ad una nuova pronuncia sulla medesima causa; oppure se implichi altresì identità di *limiti oggettivi* (comportando, dunque, l'estensione del giudicato al dedotto e al deducibile, nonché al rapporto giuridico fondamentale che, secondo un orientamento interpretativo sviluppatosi in relazione alla sentenza e che valorizza l'antecedente logico necessario, sarebbe coperto dal giudicato formatosi su uno dei suoi effetti), la medesima *efficacia conformativa* (in relazione ai diritti dipendenti da quello oggetto di decisione) e identità di *limiti soggettivi* (in relazione alle posizioni, da un lato, dei terzi titolari di diritti dipendenti e, dall'altro, dei terzi c.d. indifferenti).

Ma il dato letterale dell'art. 824 *bis* c.p.c., in ragione della sua a dir poco scarsa formulazione, si presta a letture divergenti in relazione anche ad altre questioni, quali, ad esempio, l'idoneità del lodo, divenuto inoppugnabile, a resistere, al pari di quanto avviene per la sentenza passata in giudicato, allo *ius superveniens* (ivi comprese le sentenze della Corte costituzionale che dichiarino l'illegittimità della normativa sostanziale di cui gli arbitri hanno fatto applicazione²⁶⁸), o a censure di non arbitrabilità della disputa oggetto della pronuncia o della violazione, da parte di questa, di norme di diritto pubblico o, infine, l'idoneità del lodo a trasformare, ai sensi dell'art. 2953 c.c., le prescrizioni brevi in prescrizioni decennali.

Su questi profili ritorneremo al paragrafo 6.4., dedicato alle posizioni di dottrina e giurisprudenza sull'effettiva portata della norma.

La rilevanza del tema degli effetti del lodo e, più in generale, della questione della natura giuridica del lodo e del fenomeno arbitrale nel suo complesso per la tematica che ci occupa, è apprezzabile sotto molteplici profili.

Da un lato, parte della dottrina, nel regime ante-riforma, si era chiaramente espressa nel senso che la previsione di una disciplina specifica per regolare i rapporti tra arbitrato e processo statale avrebbe trovato la sua giustificazione *solo accogliendo la prospettiva dell'efficacia giurisdizionale del lodo*²⁶⁹. Quest'ultima sem-

cesso amministrativo), a proposito dei lodi arbitrali, prevede espressamente che può essere proposta l'azione di ottemperanza per ottenere l'attuazione dei lodi arbitrali esecutivi divenuti *inoppugnabili*. V., peraltro, il comma 2 dell'art. 819 c.p.c., che associa al lodo l'espressione "efficacia di giudicato".

²⁶⁸ Questo sarebbe, per F.P. LUISO, *L'art. 824 bis c.p.c.*, in *Judicium. Il processo in Italia e in Europa*, 3, nt. 8, il punto centrale da esaminare.

²⁶⁹ Così E.F. RICCI, *La «natura dell'arbitrato rituale» e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, in *Riv. dir. proc.* 2001, 259; ID., *La Cassazione insiste sulla natura «negoziale» del lodo arbitrale*.

bra anche l'impostazione fatta propria dal legislatore della riforma del 2006, che, con l'art. 1, comma 3, lett. b), l. 14 maggio 2005, n. 80, ha dettato i criteri direttivi cui il Governo avrebbe dovuto attenersi nell'esercitare la delega in vista di una riforma "in senso razionalizzatore" della disciplina dell'arbitrato, impegnandosi a prevedere non solo che: "(...) *il lodo, anche non omologato, abbia gli effetti di una sentenza*", ma anche a disciplinare: "(...) *in generale i rapporti fra arbitro e giudice, ivi compresa l'eccezione di patto compromissorio*"²⁷⁰: ciò a dimostrazione della stretta interconnessione dei summenzionati profili.

D'altra parte, un'equiparazione degli effetti del lodo a quelli della sentenza (vedremo in seguito in quale misura e con quale intensità), coinvolgendo (seppur indirettamente) il tema della qualificazione dell'attività aggiudicatoria degli arbitri, non può non fare i conti con i principi e le norme costituzionali che regolano l'esercizio della funzione giurisdizionale, a cominciare dalla c.d. riserva giurisdizionale di cui all'art. 102 Cost., per il quale la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario, essendo invece preclusa l'istituzione di giudici straordinari o giudici speciali.

Una lettura in un senso o nell'altro dell'effettiva portata dell'art. 824 *bis* c.p.c. potrebbe dunque avere importanti ricadute sul corretto inquadramento dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione ordinaria, che a sua volta potrebbe determinare l'applicazione o meno di tutte o di alcune norme applicabili ora nei rapporti fra giudici ordinari, ora nei rapporti fra giudici ordinari e giudici speciali.

Ancora, una lettura dell'equiparazione degli effetti del lodo a quelli della sentenza nel senso di attribuire al lodo l'idoneità al *giudicato sostanziale* negli stessi termini previsti per la decisione giudiziale, potrebbe riverberarsi sulla determinazione del regime applicabile al tema del conflitto fra decisioni arbitrali non più impugnabili e decisioni giudiziali incontrovertibili (a cominciare dalla questione della rilevabilità o meno d'ufficio della relativa eccezione) e ad altri temi più specifici ad esso correlati (l'applicabilità della prescrizione *pro iudicato* al lodo rituale divenuto inimpugnabi-

Nuovi spunti critici, in *Riv. dir. proc.* 2002, 1239; ID., *La never ending story della natura negoziale del lodo: ora la Cassazione risponde alle critiche*, in *Riv. dir. proc.* 2003, 557. Nello stesso senso v. G. TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali e conflitti tra lodi e sentenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1994, 644; G. TOTA, *Ancora sulla natura dell'eccezione di compromesso (e sull'ammissibilità del regolamento di competenza avverso la sentenza del giudice ordinario che pronunci su di essa)*, in *Giust. civ.* 2003, I, 1601 ss. *Contra* C. PUNZI, *Natura dell'arbitrato e regolamento di competenza*, in *Giust. civ.* 2003, I, 726, nt. critica a Cass. S.U. 25 giugno 2002, n. 9289 (ord.), per il quale la predisposizione di una disciplina relativa ai rapporti tra giudizio arbitrale e processo giurisdizionale era invece del tutto compatibile con l'affermazione della natura privatistica dell'istituto in esame, alternativo e derogatorio, *ma non sostitutivo*, delle funzioni attribuite ai giudici ordinari.

²⁷⁰ M. BOVE, *Appunti sui lavori in corso in materia di arbitrato*, in www.judicium.it, § 1, per il quale la norma di cui all'art. 824 *bis* c.p.c., per la sua eccessiva genericità, sarebbe potuta incorrere in censure di incostituzionalità per violazione dell'art. 76 Cost.

le; la sindacabilità, ed in che misura, di là dal “passaggio in giudicato del lodo, dei vizi intrinseci dell’accordo compromissorio, e cioè dell’atto di autonomia negoziale su cui l’arbitrato ed il lodo insopprimibilmente si fondano”²⁷¹), ma altresì sulla possibile applicazione, ai rapporti arbitro-giudice, di criteri o meccanismi anticipati di coordinamento dei possibili conflitti positivi e negativi di *potestas iudicandi* (tra cui, ad esempio, il criterio della prevenzione, se sol si considera che l’eccezione di litispendenza è da sempre considerata un’*eccezione di giudicato anticipata*).

Prima di esaminare le posizioni della dottrina e della giurisprudenza su tutti questi profili, e, in generale, sulla portata e sulle ricadute sistematiche dell’art. 824 *bis* c.p.c., è opportuno dare conto, in maniera inevitabilmente sintetica, del pluridecennale dibattito dottrinale e giurisprudenziale che ha preceduto l’introduzione di tale disposizione.

6.1. *Il pluridecennale dibattito sulla natura giuridica del fenomeno arbitrale: dal codice di rito del 1865 alla riforma del 2006*

6.1.1. *Le diverse teorie sulla natura giuridica dell’arbitrato nell’ambito dei codici del 1865 e del 1940*

Il codice di rito del 1865²⁷², che guardava favorevolmente all’istituto arbitrale²⁷³, considerato come mezzo che non ledeva in alcun modo l’interesse pubblico, in quanto: “(...) *ad esso si congiunge la piena libertà dell’individuo*”²⁷⁴, non con-

²⁷¹ A. BRIGUGLIO, *Merito e metodo nella pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri rituali alla rimessione della pronuncia pregiudiziale costituzionale*, in *Riv. arb.* 2001, 657 ss.

²⁷² Sulla disciplina dell’arbitrato nell’ambito del codice del 1865 v. G. MONTELEONE, *Introduzione: il codice di procedura civile italiano del 1865*, in N. PICARDI, A. GIULIANI (a cura di), *Codice di procedura civile del Regno d’Italia 1865*, Milano 2004, VII ss.; M. AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, 2^a ed., Torino 1879, *passim*; N. PICARDI, *Il bicentenario del codice di procedura civile in Italia. Origine, evoluzione e crisi del monopolio statale della procedura*, in AA.VV., *Studi in onore di Modestino Acone*, I, Napoli 2010, 185 ss.; E. CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino 1915, *passim*. Per un’illustrazione della situazione normativa nell’ambito dei codici degli Stati italiani preunitari, v. G. MARANI, *Aspetti negoziali e aspetti processuali dell’arbitrato*, Torino 1966, *passim*; G. ASTUTI, *Gli ordinamenti giuridici degli Stati Sabaudi (estr. dalla Storia del Piemonte)*, Torino 1960, 555 ss.; A. ACQUARONE, *L’unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano 1960, 3 ss.

²⁷³ Ma v. l’opinione di F. CARNELUTTI, *Per una riforma dell’arbitrato*, in *Riv. dir. comm.* 1923, I, 56, per il quale, al di là dei proclami dei *conditores*, l’istituto arbitrale, sottoposto ad una nutrita serie di controlli (tra cui una *querela nullitatis* di particolare ampiezza), era relegato: “(...) *al margine, ma non dentro il territorio processuale*”. Per maggiori riferimenti v. S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 38 ss.

²⁷⁴ V. la relazione al codice dello Stato unitario (*Relazione al progetto di codice di procedura civile del Regno d’Italia*, presentato dal ministro guardasigilli G. PISANELLI, il 26 novembre del 1863),

templava alcuna norma espressa che disciplinasse compiutamente i rapporti ed i conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale.

Per quanto riguarda il lodo e i suoi effetti, si prevedeva che la *sentenza degli arbitri* venisse depositata presso la cancelleria della pretura del mandamento in cui era stata pronunciata, *entro il termine perentorio di cinque giorni dalla pronuncia*, sotto pena di nullità (“*altrimenti è nulla*”: art. 24, comma 1, c.p.c.). Era opinione condivisa, da un lato, che il lodo, fino al momento del deposito e dell’emanazione del decreto, fosse pienamente inefficace²⁷⁵ e, dall’altro, che la nullità inficiante il lodo non omologato, una volta decorsi i termini per il deposito, fosse *radicale e insanabile*, tale cioè da precludere allo stesso la produzione di qualsivoglia effetto giuridico²⁷⁶.

Il decreto del pretore, da pronunciarsi a sua volta entro cinque giorni dal deposito in cancelleria, conferiva altresì al lodo efficacia esecutiva (art. 24, comma 3, c.p.c.).

Questa stretta interdipendenza tra il lodo e il suo necessario deposito presso l’autorità giudiziaria (funzionale alla sua stessa esistenza giuridica), nonché tra il lodo e il decreto pretorile (funzionale all’acquisizione, da parte dello stesso, dell’efficacia esecutiva), discendeva dal principio, al tempo incontrovertito, del monopolio statale *financo* dell’attività di *ius dicere* e aveva originato diverse ricostruzioni teoriche relative alla natura giuridica del fenomeno arbitrale e del suo prodotto finale.

Al netto delle divergenze tra chi attribuiva al decreto pretorile di omologazione un ruolo *meramente accessorio e marginale* e chi, invece, riteneva che la relazione indissolubile tra lodo e decreto²⁷⁷ fosse *condizione imprescindibile* per qualsivoglia tentativo di inquadramento teorico del fenomeno arbitrale, per la *concezione privatistico-negoziale dell’arbitrato*²⁷⁸ – che pur si articolava al suo interno in posizio-

ove l’arbitrato è visto come “*vestibolo dell’edificio processuale*”, in quanto (secondo la *Relazione al progetto di codice di procedura civile*, tenuta dal ministro guardasigilli G. VACCA, nell’udienza del 25 novembre 1985) “*benefizio, circondato di serie e solide garanzie*”. Le due relazioni possono leggersi in A. ACQUARONE, *L’unificazione legislativa*, cit., alle pagine, rispettivamente, 239 ss. e 383 ss.

²⁷⁵ T. CARNACINI, M. VASETTI, *Arbitri*, in *Nuovo dig. it.*, I, Torino 1937, 648 ss.; F. CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, in *Riv. dir. comm.* 1916, 380; L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, 3^a ed. III, Milano 1923, 172 ss.

²⁷⁶ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2^a ed. I, Napoli 1935, 77.

²⁷⁷ G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 5 ss.

²⁷⁸ Tra i cui sostenitori vanno annoverati, tra gli altri, E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, 2^a ed., 37, Roma 1936; ID., *Sulla validità della clausola compromissoria per arbitrato estero secondo il diritto italiano*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1927, II, 286; U. ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, Torino 1966, I, 45 ss.; G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli 1965, 97; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 123; P. CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, in *Riv. dir. proc. civ.* I, 1924, 247 ss. A questi ultimi autori si sono poi richiamati, in tempi più recenti, con opinioni più o meno allineate, autori quali E. FAZZALARI, *La cultura*

ni più o meno radicali²⁷⁹ —, gli arbitri erano *soggetti privati*, privi di un vero e proprio potere giurisdizionale, che derivavano la loro investitura a conoscere e decidere della controversia unicamente dalle parti (*che non potevano conferire ad altri ciò che esse stesse non possedevano*). Non svolgendo gli arbitri *alcuna funzione pubblica*, al lodo non poteva riconoscersi l'efficacia propria di una sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria statale, ma soltanto la *forza di legge attribuita*, dall'art. 1372 c.c., *al contratto*. Nell'arbitrato, il *giudizio* e il *comando* (ossia le due funzioni di cui si riteneva tradizionalmente composta la sentenza, con il secondo integrante *la vera essenza dell'atto giurisdizionale*) risultavano *frazionate*: se al lodo veniva riconosciuta la funzione del *giudizio*, la parte più propriamente giurisdizionale (quella del *comando*) era ricondotta essenzialmente (quando non esclusivamente) al decreto pretorile, che recepiva il giudizio logico degli arbitri come materia prima della sentenza²⁸⁰.

dell'arbitrato, in *Riv. arb.* 1991, I, 1; ID., *Fondamenti dell'arbitrato*, in *Riv. arb.* 1995, I, 1; ID., *Lodo e sentenza*, in *Riv. dir. proc.* 1990, 377; ID., *Una buona "novella"*, in *Riv. dir. proc.* 1984, 6; ID., *Efficacia del lodo rituale non omologato*, in *Riv. arb.* 1991, 48 e C. PUNZI, *L'efficacia del lodo arbitrato nelle convenzioni internazionali e nell'ordinamento interno*, in *Riv. dir. proc.* 1985, 268; P. RE-SCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, in *Riv. arb.* 1991, 13 ss.

²⁷⁹ I fautori della *tesi contrattualistica pura*, ad esempio, tra cui vanno annoverati soprattutto A. ROCCO, *La sentenza civile*, Torino 1906, 38 ss. e S. SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, *Vita e pensiero*, 1931, *passim* (tesi poi ripresa da S. SATTA, C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova 1996, 1051 ss.), tendevano ad accostare l'arbitrato ad una forma di *arbitraggio* (che dall'arbitrato si distingueva per il fatto di concernere *non un conflitto giuridico*, una lite, *ma un conflitto di semplici interessi*), individuando nel lodo una mera manifestazione di volontà delle parti che, originariamente codificata "in bianco" nel compromesso, veniva poi "riempita" di contenuto con il giudizio degli arbitri. Il momento caratterizzante dell'istituto arbitrale veniva dunque individuato nel *compromesso*, rappresentando il lodo — *atto privato dell'arbitro, nell'adempimento di un incarico di natura privata* (così A. ROCCO, *La sentenza civile*, cit., 41 ss.) — un mero elemento logico *integrativo della volontà delle parti*. La stipula di un patto compromissorio non avrebbe potuto essere ridotta a mera opzione per un giudice e per un procedimento diverso da quelli ordinari, ma integrava un *atto dispositivo del rapporto giuridico sostanziale oggetto della controversia*. L'omologazione giudiziale si sarebbe limitata a sottrarre il lodo alle impugnative negoziali, per assoggettarla a quelle processuali previste dal codice di rito (S. SATTA, *Commentario*, cit., 312 ss.). Di qui la sostanziale assimilazione tra arbitrato rituale ed irrituale (con l'unica differenza che, nel primo, il lodo era idoneo ad acquisire efficacia esecutiva); sia l'eccezione di compromesso, sia l'eccezione di precedente lodo venivano poi qualificate come eccezioni *di merito*: in tal senso S. SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, cit., 163 ss.

²⁸⁰ Così, in particolare, G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli 1965, 97; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 123. Tale tesi era influenzata in modo determinante dalla disciplina all'epoca vigente, che, come detto, per la giuridica esistenza del lodo richiedeva che esso fosse depositato presso il pretore *entro il termine perentorio di cinque giorni*; in mancanza, era *tamquam non esset*. In tale ottica, la decisione arbitrale si configurava quale *atto complesso*. Non, però, nel senso che i due atti si fondessero tra loro, perdendo così la rispettiva

Secondo l'opposta concezione (*sostanzialmente o integralmente*) *giurisdizionale* – caratterizzata, anch'essa, da posizioni non sempre omogenee tra i suoi diversi sostenitori²⁸¹ –, agli arbitri era riconosciuto il ruolo di *veri e propri giudici*, il cui potere derivava *direttamente dalla legge*. Il compromesso era visto come un *patto di proroga della giurisdizione*²⁸², il lodo un atto di natura spiccatamente pubblici-

autonoma fisionomia (rimanendo il lodo – la materia logica dell'atto –, non ancora dichiarato esecutivo, a tutti gli effetti *atto privato*), ma nel senso di *fattispecie complessa* (costituendo l'atto finale della procedura, destinato a produrre effetti giuridici nella sfera delle parti, la risultante di un procedimento complesso posto in essere da due *organismi* diversi). L'atto giurisdizionale era tuttavia ravvisabile *solo e soltanto nel decreto pretorile*. P. CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, in *Riv. dir. proc. civ.* I, 1924, 247 ss., dal canto suo, mutuando dalla scienza amministrativistica la figura dell'*atto complesso*, individuava nell'istituto arbitrale *l'esempio più significativo di cooperazione di privati alla formazione delle premesse logiche della sentenza*, risiedendo in ogni caso l'essenza della giurisdizione *non nel giudizio logico*, quanto nell'irrevocabilità che, all'accertamento di qual era la volontà di legge nel caso concreto, derivava dal potere che aveva il giudice di *comandare* in nome dello Stato. *Solo nell'attività del pretore*, dunque, era ravvisabile il carattere giurisdizionale della pronuncia. Su questa linea v. anche G. SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, Cortona 1932, 91 ss.; LESSONA, *Per la nullità dei cosiddetti "compromessi irriparabili"*, in *Foro it.* 1926, 1067 ss.

²⁸¹ Tra i fautori dell'orientamento *giurisdizionalista* più radicale si segnalano E. CAPACCIOLI, *L'arbitrato nel diritto amministrativo*, I, Padova 1957, 20; V. GALANTE, *La funzione degli arbitri*, in *Legge* 1906, 1594; ID., *Natura ed efficacia delle sentenze degli arbitri*, in AA.VV., *Studi giuridici in onore di C. Fadda*, vol. VI, 130, Napoli 1906, 190; ID., voce *Sentenze arbitrali*, in *Dig. it.* XXI, 2, Torino 1891-1896, 658 ss.; P. FEDOZZI, *L'arbitrato nel diritto processuale civile internazionale*, Palermo 1908, 19 ss. e 32 ss.; F. GALGANO, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, in *Riv. crit. dir. giur.* 1910-1911, 81 ss.; C. VOCINO, *Schema di una teoria della clausola compromissoria*, in *Foro it.* 1932, I, 1061 ss.; G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni giurisdizionali e dei servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, 3 Milano 1935, 579. Tra i fautori di una concezione giurisdizionalista più cauta e moderata si segnalano invece L. MORTARA, *Manuale della procedura civile*, 5ª ed., Torino 1906, 9; ID., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, 4ª ed. III, Milano 1923, 38 ss.; AMAR *Dei giudizi arbitrali*, Torino 1879; C. GHIRARDINI, *Sull'arbitrato nel diritto processuale civile internazionale*, in *Riv. dir. civ.* 1910, 674; P. BONFANTE, *Dei compromessi e lodi stabiliti fra industriali come vincolativi dei loro rapporti ma non esecutivi nel senso e nelle forme dei giudizi*, in *Riv. dir. comm.* II, 1905, 45; E. CODOVILLA, *Del compromesso e dei giudizi arbitrali*, Torino 1899 e P. D'ONOFRIO, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 1933.

²⁸² Ossia, non solo una *deroga*, una *rinuncia alla funzione giurisdizionale*, esplicante un'efficacia meramente negativa, ma altresì una positiva opzione per un *diverso organo giurisdizionale*, con l'effetto di costituire un nuovo e diverso rapporto processuale. Per C. VOCINO, *Schema di una teoria*, cit., 1065, in particolare, dalla stipulazione del patto arbitrale sorgeva un rapporto giuridico bensì di *diritto privato fra le parti*, ma di *diritto pubblico fra le parti e gli arbitri*, nonché fra questi ultimi e lo Stato. Con il compromesso, in definitiva, si aveva: "(...) *la rinuncia alla giurisdizione ordinaria, per la decisione di certe controversie, e la sostituzione ad essa, di organi arbitrali privati aventi funzioni giurisdizionali*".

stica, equiparabile (ancor prima del decreto di esecutorietà, considerato un *semplice atto amministrativo di approvazione*, una sorta di visto di legalità²⁸³) ad una *vera sentenza* e la responsabilità degli arbitri, di cui all'art. 34 del previgente codice di rito, una *responsabilità analoga a quella dei giudici*²⁸⁴.

In una posizione per così dire intermedia tra i due orientamenti summenzionati si collocavano Carnelutti²⁸⁵ e Redenti²⁸⁶. Sulla posizione di quest'ultimo ci soffermeremo più avanti, trattando della c.d. tesi della giurisdizionalizzazione *ex post*, prevalente in giurisprudenza a partire dalla seconda metà degli anni '50 e per i decenni successivi²⁸⁷.

Per quanto riguarda Carnelutti, la sua tesi mirava in qualche modo a comporre il contrasto tra le due opposte correnti, censurabili nella loro radicalità nella misura in cui incorrevano, secondo l'illustre autore, in una serie di improprietà

²⁸³ A fronte di critiche di alcuni autori della corrente "privatista" (in particolare T. CARNACINI, M. VASETTI, voce *Arbitri*, cit., 648 ss.; T. CARNACINI, *Arbitrato rituale*, cit., 874 ss.) che rilevavano come il lodo, prima del decreto pretorile, non fosse privo solo dell'efficacia *esecutiva*, ma financo di quella *imperativa* (divenendo *nullo* trascorsi cinque giorni dalla sua pronuncia senza che fosse stato depositato) e come l'arbitro, se avesse effettivamente svolto una funzione giurisdizionale, avrebbe dovuto poter esercitare quei poteri coattivi che erano attribuito tipico della funzione giurisdizionale (quali il potere di escutere testimoni, eseguire ispezioni e simili, di cui però gli arbitri risultavano essere privi), i "giurisdizionalisti" replicavano che il ruolo del decreto pretorile nel *qualificare* la natura giuridica delle sentenze arbitrali fosse trascurabile, essendo più affine ad un'approvazione o visto di legalità, che ad un atto di giurisdizione in senso tecnico.

²⁸⁴ L. MORTARA, peraltro, derivava queste conclusioni dalla considerazione che, se erano bensì le parti a designare gli arbitri, la loro *potestas iudicandi*, di natura *eminentemente giurisdizionale*, era loro conferita *direttamente dalla legge*. L'autore inquadrava l'accordo di compromesso nella categoria degli *ordinari accordi di proroga della giurisdizione*, con cui le parti sceglievano bensì il proprio giudice, derogando ai criteri normali di determinazione della giurisdizione, senza tuttavia attribuire, con ciò, a costui il *potere di giudicare*, che già preesisteva in capo ad esso *in forza della legge processuale*. L'illustre autore riconosceva, tuttavia, che, come gli arbitri erano da considerarsi "*organi impropri di giurisdizione*", così il lodo non aveva di per sé l'efficacia della sentenza, perché solo grazie al decreto di omologazione "*la compilazione degli arbitri acquista la sua perfezione giuridica*". Per una rassegna più dettagliata delle diverse posizioni nell'ambito dell'orientamento giurisdizionalista v. G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 7 ss., in particolare nt. 14 ss.

²⁸⁵ Di F. CARNELUTTI v., in particolare, *Sistema di diritto processuale civile*, Vol. I, – *Funzione e composizione del processo*, Padova 1936, 555 ss. n. 219; ID., *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1924, I, 122; ID., *Studi di dir. proc.*, vol. I, Padova 1925, 75; ID., *Arbitrato estero* in *Riv. dir. comm.* I, 1916, 374 ss.; ID., *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. III, Padova 1923, 418 ss., n. 270. Alle posizioni carneluttiane si è poi richiamato, con qualche variante, G. SCHIZZEROTTO, *L'arbitrato rituale nella giurisprudenza*, Padova 1969, *passim*; ID., *Dell'arbitrato*, Milano 1988.

²⁸⁶ E. REDENTI, *Compromesso*, in *Nuovo Dig. It.*, XVI, Torino 1938, 505; ID., *Diritto processuale civile*, Milano 1954, 453.

²⁸⁷ Su tale tesi ci soffermeremo nel secondo capitolo.

concettuali e terminologiche²⁸⁸. Gli arbitri, sebbene privi di funzioni giurisdizionali *nel senso pieno della parola*, rimanevano pur sempre *organi processuali*, legittimati e incaricati di svolgere, anche se su designazione delle parti, una *funzione sostanzialmente pubblicistica*²⁸⁹; l'arbitro era bensì designato dalle parti, ma perché esercitasse: “*un ufficio, che lo Stato gli conferisce*”²⁹⁰, derivando infatti la sua autorità: “*(...) non dalla volontà delle parti, ma dalla volontà dello Stato*”²⁹¹.

Pur non potendosi affermare che gli arbitri costituissero in sé stessi un organo giurisdizionale, nell'arbitrato l'organo decidente era rappresentato dall'*organo complesso arbitro-pretore* (non, invece, dal solo arbitro o dal solo pretore), così come era l'atto complesso *inequale lodo-decreto* (*inequale* perché formato da atti dotati di natura, provenienza e contenuto diversi) ad integrare la *sentenza arbitrale* (non, invece, il solo lodo – che rappresentava il *giudizio senza il comando* –, né il solo decreto – che rappresentava solo il *comando senza il giudizio*). Tuttavia, per la parte da essi svolta, che atteneva appunto alla formulazione di un *giudizio*, *gli arbitri andavano considerati come organi propriamente giurisdizionali*²⁹².

Il passaggio al codice del 1940²⁹³, ispirato ad una concezione marcatamente sta-

²⁸⁸ F. CARNELUTTI rimproverava, ad esempio, ai due schieramenti, di sovrapporre, e spesso confondere, concetti quali *sentenza di condanna* e *sentenza esecutiva*; *efficacia obbligatoria* ed *esecutorietà*; *potere di decisione* e *potere di coercizione*; *organo processuale* e *giurisdizionale*. Alla corrente giurisdizionalista l'autore rimproverava, in particolare, di non dare il giusto rilievo alla considerazione che il lodo, prima dell'avvenuta omologazione, fosse privo non solo dell'*esecutorietà*, ma anche dell'*efficacia obbligatoria o imperativa*; a quella privatistica, di non distinguere tra *intensità* e *natura* dell'attività svolta dagli arbitri.

²⁸⁹ Il fatto che non avessero poteri coercitivi non implicava che non esercitassero una funzione *latto sensu* giurisdizionale, dovendosi distinguere tra processo di cognizione e processo di esecuzione ed essendo i poteri coercitivi bensì coesenziali al processo esecutivo, ma non a quello di cognizione.

²⁹⁰ F. CARNELUTTI, *Arbitri e arbitratori*, in *Riv. dir. proc.* 1924, I, 121 ss.

²⁹¹ F. CARNELUTTI, *op. ult. loc. cit.*

²⁹² La linea di demarcazione tra la concezione carneluttiana e quella chiovendiana risiedeva in ciò, che per quest'ultimo l'atto giurisdizionale era *solo il decreto pretorile*, e l'attività degli arbitri era di natura esclusivamente privata, mentre per F. CARNELUTTI il decreto pretorile, essendo del tutto privo del *giudizio logico*, fornito esclusivamente dagli arbitri, non poteva essere considerato come la vera sentenza: “*(...) se il pretore omologhi, per avventura, il giudizio di chi non abbia ufficio di arbitro, ognuno sa che il suo decreto non conta nulla; cosa altro occorre per dimostrare che la legge a quel giudizio attribuisce efficacia perché proviene dagli arbitri e non dal pretore?*” (così F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, cit., 556). Sulla stessa linea, come si diceva, G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 229; ID., *L'arbitrato rituale nella giurisprudenza*, cit., 194, che parlava di organo arbitro-pretore come organo, del tutto particolare, a mezzo del quale lo Stato esercita la potestà di giurisdizione, che gli è propria in via esclusiva, e nel quale la volontà delle parti concorre alla costituzione del giudice.

²⁹³ Su cui v. C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, 2ª ed., III, Torino 2010, 235; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano 1959-1962, 162 ss.; S. CHIARLONI, C. CONSOLO, *Passato e futuro del libro IV sui “procedimenti speciali”*, in *Giur. it.* 2006, 641 ss.; E. FAZZALARI, *Codice di procedura civile*, in *Noviss. Dig. It. App.*, I, Torino 1980, 1291.

tualistica della giurisdizione, e dunque tendenzialmente ostile ad ogni forma di risoluzione *alternativa* delle controversie²⁹⁴, aveva non poco inciso sulla fisionomia dell'istituto arbitrale, in particolare prescrivendo l'omologazione pretorile non solo per conferire al lodo l'efficacia esecutiva²⁹⁵, ma altresì, espressamente, l'“*efficacia di sentenza*” (art. 825, comma 3, c.p.c.)²⁹⁶, nonché distinguendo, anche sotto il profilo terminologico, la pronuncia degli arbitri *prima* dell'omologazione pretorile (definita “*lodo*”²⁹⁷) e *dopo* detta omologazione (definita “*sentenza arbitrale*”²⁹⁸).

Le innovazioni apportate dal codice del 1940 non erano tuttavia state tali da determinare un sensibile mutamento nelle rispettive posizioni della dottrina, che venivano sostanzialmente riproposte in termini più o meno immutati (dalla tesi *giurisdizionalista, più o meno pura*²⁹⁹; alla tesi *dell'atto complesso*³⁰⁰, con alcune precisa-

²⁹⁴ Osservava G. VERDE, *Arbitrato e giurisdizione*, in G. VERDE (a cura di), *L'arbitrato secondo la legge 28/1983*, Napoli 1985, che dalle novità legislative introdotte dal legislatore del 1940 emergeva l'intenzione di convogliare il fenomeno arbitrale nell'ambito della giurisdizione, in conformità: “(...) *all'intonazione complessiva di un ordinamento monolitico, nel quale lo Stato accentrava il monopolio della giustizia*”.

²⁹⁵ Ottenibile mediante il deposito del lodo entro cinque giorni dalla sua pronuncia, *pena la sua nullità* (art. 829, comma 1, n. 5, c.p.c.).

²⁹⁶ A proposito dell'innovazione introdotta dal codice del 1940, osservava F. MAZZARELLA, *Arbitrato e processo. Premesse per uno studio sull'impugnazione del lodo*, Padova 1968, 62: “(...) *la formula del 3° comma dell'art. 825 e le affermazioni della natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale stanno sul medesimo piano, sul piano cioè delle affermazioni ideologicamente orientate; se si vuole, si può dire che esse sono delle sovrastrutture, cioè delle razionalizzazioni post factum tendenti a rendere in termini normativi (...) uno stato di cose che trae la sua legittimazione fuori dalle norme. Che un lodo arbitrale equivalga, sotto un profilo del tutto generico, ad una sentenza del giudice statale discende, difatti, dalla natura stessa dell'arbitrato*”.

²⁹⁷ In particolare, negli artt. 820, 821, 823, 824, 825 c.p.c. V., per ulteriori riferimenti, G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 15 ss.

²⁹⁸ In particolare, negli artt. 826, 827, 828, 829, 830, 831 c.p.c. V., per ulteriori riferimenti, G. BONATO, *op. ult. cit. loc. cit.*, 15 ss. Evidente, anche in questa seconda innovazione (in aggiunta alla norma che attribuiva al lodo omologato “*efficacia di sentenza*”) l'intento del legislatore di ricondurre l'attività degli arbitri, ai fini dell'attribuzione ad essa della necessaria efficacia ed effettività, nell'alveo della giurisdizione statale, in conformità allo spirito dei tempi, improntato ad una diversa concezione del rapporto tra libertà individuale e potere dello Stato e al: “(...) *rafforzamento del principio di autorità dello Stato [che] si proietta e si traduce necessariamente, nel processo, in un rafforzamento dell'autorità del giudice*”: così la *Relazione alla Maestà del Re imperatore del Ministro Guardasigilli*, presentata nell'udienza del 28 ottobre 1940, n. 253, Parte I § 2, 4004.

²⁹⁹ Secondo cui gli arbitri erano, a tutti gli effetti, soggetti privati incaricati di esercitare una *pubblica funzione*, destinata a concludersi con la sentenza arbitrale, dotata del carattere di una “vera e propria sentenza”, dovendosi ravvisare il carattere giurisdizionale proprio nel *dictum* arbitrale, mentre il decreto pretorile svolgeva il ruolo di una mera validazione amministrativa. Così U. ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, cit., 128 ss.

³⁰⁰ Così, ad esempio, T. CARNACINI, *Arbitrato rituale*, cit., 880 ss.; E. CAPACCIOLI, *L'arbitrato*

zioni³⁰¹; alla tesi del *frazionamento delle operazioni del giudizio*³⁰²; alla tesi del lodo come atto giuridico privato anche dopo l'*exequatur*³⁰³). In virtù della non sempre univoca formulazione delle norme, tuttavia, erano emersi ulteriori inquadramenti teorico-dogmatici del fenomeno arbitrale. Fazzalari, ad esempio, riteneva che il lodo, quale che ne fosse il contenuto, doveva ricevere il riconoscimento dello Stato: “(...) *per espandersi alla stregua della sentenza*”³⁰⁴. Tale suo potenziamento, tuttavia, non mutava in alcun modo la sua natura (sì da determinarne la riconduzione nell'alveo della funzione giurisdizionale), rimanendo pur sempre: “(...) *atto di disposizione dell'arbitro*”, che “*vede[va] – ope legis – arricchita la sua efficacia di attributi pari a quelli della sentenza del giudice togato: la esecutività, l'autorità del giudicato e, previamente, la soggezione ad apposito regime di invalidazione*”³⁰⁵. Per Tombari³⁰⁶ e Marani³⁰⁷ il lodo era, rispettivamente un “*atto privato di accertamento*” o un “*atto privato non negoziale*”, cui la legge attribuiva gli effetti tipici della sentenza, tra cui, ove non impugnato, altresì l'idoneità al giudicato *ex art. 2909 c.c.*³⁰⁸.

nel diritto amministrativo, cit., 33, G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 1; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 746.

³⁰¹ Osserva G. RUFFINI, *L'arbitrato come equivalente della giurisdizione statale: linee evolutive*, in *Riv. dir. proc.* 2018, 6, che, con l'entrata in vigore del codice del 1940, nel pensiero di F. CARNELUTTI finì per prevalere la tesi per cui l'impossibilità di riconoscere agli arbitri, da soli considerati, la potestà giudiziaria e l'impossibilità di attribuire al lodo rituale, privo dell'*exequatur* pretorile, efficacia obbligatoria per le parti, suggerivano di attribuire all'arbitrato la nozione di *equivalente (o surrogato) del processo giurisdizionale*. Di *equivalente giurisdizionale* parlava anche T. CARNACINI, *Arbitrato rituale*, cit., 879 ss., per il quale: “(...) il Codice considera l'arbitrato come un surrogato od equivalente che porta ad una pronuncia di contenuto vario, secondo diritto o secondo equità”.

³⁰² Così, ad esempio, P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 172, alla cui tesi aderirono anche P. D'ONOFRIO, *Commento al codice di procedura civile*, II, Torino 1957, 471 ss.; P. BARILE, *L'arbitrato e la costituzione*, in *Giur. cost.* 1963, 22 ss.; COSTA, *Manuale di diritto processuale civile*, Torino 1955, 80.

³⁰³ Così E. GARBAGNATI, *In tema di impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.* 1948, 248 ss.; ID., *In tema di regolamento preventivo di giurisdizione nel corso del procedimento arbitrale*, in *Foro pad.* 1956, I, 685 ss.; C. PUNZI, *L'arbitrato nel diritto italiano*, cit., 339 ss.

³⁰⁴ E. FAZZALARI, *Efficacia del lodo rituale non omologato*, in *Riv. arb.* 1991, 48; ID., *La cultura dell'arbitrato*, cit., 1; ID., *Fondamenti dell'arbitrato*, cit., 1; ID., *Lodo e sentenza*, in *Riv. dir. proc.* 1990, 377; ID., *Una buona “novella”*, cit., 6.

³⁰⁵ E. FAZZALARI, *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.* 1968, 460 ss. V. anche P. RESCIGNO, *Arbitrato e autonomia contrattuale*, cit., 13 ss.; M. ZACCHEO, *Contratto e clausola compromissoria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1987, 425 ss.

³⁰⁶ G. TOMBARI, *Natura e regime giuridico*, cit., 1068 ss.

³⁰⁷ G. MARANI, *Aspetti negoziali e aspetti processuali dell'arbitrato (Contributo alla dottrina dell'arbitrato)*, Torino 1966, 176 ss.

³⁰⁸ La giurisprudenza, dal canto suo, si era assestata, con la celebre decisione delle Sezioni Unite del 1956, sulla tesi della c.d. “*giurisdizionalizzazione ex post*” di matrice redentiana (su cui v. *infra* il secondo capitolo), da cui discendeva che i rapporti tra arbitrato e autorità giurisdizionale veniva-

6.1.2. *Il lodo e i suoi effetti nella novella del 1983 e nella riforma del 1994*

Le criticità emerse nel contesto normativo di cui al codice del 1940, in particolare quelle connesse alla stretta interdipendenza del lodo con l'omologazione pretorile, inducevano il legislatore a mettere mano alla disciplina dell'arbitrato.

Con la novella del 1983³⁰⁹ veniva introdotto l'art. 823 c.p.c., secondo cui: “*Il lodo ha efficacia vincolante tra le parti dalla data della sua ultima sottoscrizione*”. L'obiettivo della norma era sostanzialmente quello di conferire al lodo arbitrale autonomia e indipendenza giuridiche rispetto all'*exequatur*, rendendo il suo deposito, ai fini della esistenza e sopravvivenza giuridiche del lodo, meramente *facoltativo* (pur se richiesto come adempimento entro un anno dalla pronuncia) e *funzionale unicamente* all'ottenimento dell'efficacia esecutiva³¹⁰. Tuttavia, la mancata abrogazione di alcune norme (tra cui, *in primis*, quella di cui all'art. 825, comma 3, secondo cui l'omologazione conferiva al lodo “*l'efficacia di sentenza*”) e la peculiare formulazione di altre disposizioni (quali, soprattutto, quelle relative ai mezzi di impugnazione, che continuavano a riferirsi alla *sentenza arbitrale* (art. 827 ss. c.p.c.)), anziché contribuire ad eliminare i contrasti circa il corretto inquadramento del lodo arbitrale e dei suoi effetti, avevano dato luogo ad accese dispute interpretative, con particolare riferimento alla questione dell'efficacia del lodo *non ancora omologato*³¹¹, dell'individuazione del

no ricondotti alla categoria delle questioni di competenza. V., in tal senso, Cass 19 dicembre 1975, n. 4189, in *Foro it.* 1976, I, 656 ss. Per ulteriori riferimenti v. G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 18 ss.

³⁰⁹ L. 9 febbraio 1983, n. 28 – recante “*Modificazioni alla disciplina dell'arbitrato*”, su cui v., in generale, C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2ª ed., I, Padova 2012, 109 ss.; F. CARPI, *Gli aspetti processuali della riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1984, 47 ss.

³¹⁰ Tale disposizione (che di fatto eliminava il requisito del *doppio exequatur*) venne introdotta anche al fine di armonizzare la normativa nazionale alla Convenzione di New York del 1958, che contempla quale condizione sufficiente per la circolazione del lodo a livello internazionale il fatto che essa sia divenuta obbligatoria (*binding*) per le parti. V., dalla relazione ministeriale al progetto di riforma, gli Atti Parlamentari, Senato della Repubblica, Legislatura VIII, Disegni di Legge e Relazioni, n. 1555, secondo cui le modifiche introdotte miravano a: “(...) *superare gli ostacoli che si frappongono agli arbitrati internazionali*”, favorendo la circolazione: “(...) *di lodi che le parti intendono eseguire all'estero e quindi in Paesi ove non è prevista l'omologazione o dove le modalità e soprattutto il termine sono diversi da quelli*”, molto brevi, previsti dalla normativa di cui al codice del 1940. V., anche, in proposito E.F. RICCI, *La natura dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, nt. a Cass. S.U., 3 agosto 2000, n. 527, in *Riv. dir. proc.* 2001, 271; A. DI BLASE, *Gli ammodernamenti alla disciplina italiana dell'arbitrato e le convenzioni internazionali*, in *Riv. dir. int.* 1983, 863.

³¹¹ Per coloro che aderivano alla c.d. *tesi giurisdizionale*, l'espressione *efficacia vincolante* andava intesa come efficacia equiparabile *tout court* a quella di una sentenza statale soggetta ad impugnazione ordinaria, salvo che per taluni effetti (efficacia esecutiva, idoneità all'iscrizione di ipoteca, trascrivibilità). In questo senso si erano espressi, tra gli altri, E.F. RICCI, *Legge 9 febbraio 1983, n. 28. Modificazioni alla disciplina dell'arbitrato*, cit., 735 ss.; ID., *Sull'efficacia del lodo arbitrale rituale dopo la legge 9 febbraio 1983, n. 28*, in *Riv. dir. proc.* 1983, 635 ss.; ID., *Il lodo rituale di fronte a*

suo regime d'impugnazione³¹² e delle conseguenze del suo mancato deposito³¹³.

terzi, in *Riv. dir. proc.* 1989, 655; ID., *Sull'impugnazione del lodo arbitrale rituale*, in *Rass. arb.* 1985, 243 ss.; G. TARZIA, *Efficacia del lodo e impugnazioni nell'arbitrato rituale e irrituale*, in *Riv. dir. proc.* 1987, 26 ss.; ID., *Efficacia ed impugnabilità del lodo nell'arbitrato rituale*, in *Rass. arb.* 1985, 1; G. NICOTINA, *Arbitrato rituale e giurisdizione*, Milano 1990, 22 ss.; A. LEVONI, *L'arbitrato dopo la riforma*, Milano 1985, 78 ss.; G. FRANCHI, *Brevissime osservazioni sulla legge 9 febbraio 1983, n. 28 contenente modificazioni alla disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. civ.* 1983, II, 213 ss. A tale orientamento si contrapponeva quello *privatistico-negoziale*, secondo cui la nuova espressione introdotta dalla norma andava interpretata nel senso di *efficacia di tipo negoziale* (equivalente alla forza imperativa *ex art. 1372 c.c.*), che sarebbe rimasta tale *anche dopo l'omologazione pretorile*, che si limitava a conferire al lodo l'efficacia esecutiva. In questo senso si erano espressi, tra gli altri, C. PUNZI, *La riforma dell'arbitrato (osservazioni a margine della legge 9 febbraio 1983, n. 28)*, in *Riv. dir. proc.* 1983, 78 ss.; ID., voce *Arbitrato rituale e irrituale*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma 1988; F. MAZZARELLA, *Sull'efficacia e l'impugnabilità dei lodi dopo la legge di riforma del 9 febbraio 1983*, in *Foro it.* II, 1984, 181; E. FAZZALARI, *Una buona «novella»*, cit., 8 ss.; ID., voce *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale)*, cit., 400 ss.; ID., *Lodo e sentenza*, cit., 377; A. BRIGUGLIO, *La riforma dell'arbitrato (Considerazioni per un primo bilancio)*, in *Giust. civ.* 1985, II, 415 ss.; G. RUFFINI, *La divisibilità del lodo arbitrale*, Padova 1993, 105 ss. Nell'ambito di questo filone, al decreto di omologa pretorile si attribuiva *ora* l'effetto del conferimento al lodo dell'efficacia di sentenza (così, ad esempio, E. FAZZALARI), *ora* esclusivamente l'effetto esecutivo, non potendo un atto, che rimaneva comunque privato, acquisire *a posteriori* la natura di un atto giurisdizionale (così, ad esempio, Punzi). Non mancavano tesi intermedie, quale, ad esempio, quella del L. MONTESANO, *Sugli effetti e sulle impugnazioni del lodo nella recente riforma dell'arbitrato rituale*, in *Foro it.* 1983, V, 160 ss.; ID., *Negoziato e processo nel nuovo arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 1984, 214 ss., per il quale il lodo non omologato sarebbe stato addirittura privo della efficacia negoziale, limitandosi a garantire alle parti solo alcuni effetti peculiari, fra cui l'irripetibilità delle somme versate in adempimento della condanna in esso contenuta, divenendo però poi, a seguito dell'omologazione pretorile, sentenza; ove ciò non fosse avvenuto, il lodo avrebbe acquisito la piena efficacia di negozio (su posizioni analoghe v. C.A. NICOLETTI, in G. VERDE (a cura di), *L'arbitrato secondo la legge 28/1983*, Napoli 1985, 108 ss.; F. CARPI, *Gli aspetti processuali della riforma* cit., 54 ss.). In giurisprudenza, l'orientamento maggioritario era favorevole alla tesi dell'equiparazione, *quoad effectum*, tra lodo e sentenza (salvo per quanto atteneva all'efficacia esecutiva). In tal senso v., ad esempio, Cass. 4 ottobre 1994, n. 8075, in *Rep. Foro it.* 1994, voce *Arbitrato*, n. 81; Cass. 18 novembre 1992, n. 12346, in *Arch. civ.* 1993, 290; Cass. S.U. 2 giugno 1988, n. 3767, in *Foro it.* 1989, I, 3521; Cass. S.U. 9 giugno 1987, n. 5037, in *Rep. Foro it.* 1987, voce *Arbitrato*, n. 97; Cass. S.U. 29 novembre 1986, n. 7087, in *Riv. giur. lav.* 1987, II, 284; Cass. S.U. 4 luglio 1981, n. 4360, in *Foro it.* 1981, I, 1860, nt. C.M. ARONE. Non mancavano, tuttavia, posizioni divergenti: v. Cass. S.U. 24 maggio 1995, n. 5690, in *Giust. civ.* 1995, I, 2635; Cass. S.U. 26 aprile 1996, n. 377 (ord.), in *Arch. giur. op. pub.* 1996, 398; Cass. 14 gennaio 1999, n. 345, in *Foro it.* 1999, I, 1089; in *Giur. it.*, 2000, 71.

³¹² Si discuteva, in particolare, se il lodo *non omologato* potesse essere direttamente impugnabile o se, a tali fini, necessitasse dell'omologa giudiziale. Se la giurisprudenza era in linea di massima a favore di questo secondo approccio (v., in questo senso, Cass. S.U. 9 giugno 1986, n. 3825, in *Foro it.* 1986, I, 1526, nt. adesiva di C.M. BARONE; App. Genova 3 gennaio 1986; App. Roma 23 giugno 1986, in *Giust. civ.* 1986, I, nt. critica di E. FAZZALARI), in dottrina le posizioni erano le più varie, articolandosi tra chi riteneva che il lodo non fosse impugnabile sino allo spirare del termine annuale per il deposito (così L. MONTESANO, *Sugli effetti e sulle impugnazioni del lodo* cit., 160 ss.); chi riteneva, invece, che il lodo non omologato fosse assoggettabile ad una sorta di *actio*

Tali incertezze, ben sintetizzate da Tarzia, per il quale la riforma aveva di fatto complicato il sistema precedente: “(...) *che aveva certamente dei difetti, ma non quello di una fondamentale assenza di chiarezza del regime normativo*”³¹⁴, inducevano il legislatore, a distanza di solo pochi anni, a provvedere ad una sostanziale revisione dell'intera disciplina dell'arbitrato³¹⁵.

Con la riforma del 1994³¹⁶, veniva pertanto abrogata la norma per cui l'omologazione conferiva al lodo l'efficacia della sentenza, con una sorta di completamento del percorso di *autonomizzazione*, da un lato, del giudizio arbitrale *in generale* e, dall'altro, del lodo arbitrale *in particolare*.

Sotto il primo profilo, veniva significativamente aumentato il tasso di *processualizzazione* della procedura arbitrale, cui veniva conferita pari dignità rispetto al giudizio statale³¹⁷. Ciò emergeva anche dal superamento della famigerata regola, di origine giurisprudenziale, della *vis attractiva*: per il nuovo art. 819 *bis* c.p.c., la

nullitatis, diversa sia dalle impugnazioni processuali previste dall'art. 827 c.p.c., sia dai rimedi negoziali cui era soggetto il lodo irrituale (in tal senso C.A. ICOLETTI, *La legge 9 febbraio 1983, n. 28 e la modifica dell'arbitrato*, in *Giur. it.* 1983, IV, 308); chi, ancora, riteneva che il rimedio avrebbe dovuto invece essere quello esperibile avverso il lodo irrituale, ossia le impugnazioni negoziali (C. PUNZI e A. BRIGUGLIO); chi, infine, riteneva che il lodo non omologato fosse soggetto, al pari di quello omologato, alle impugnazioni *ex art.* 827 c.p.c. (così G. TARZIA, *Efficacia ed impugnabilità*, cit., 1 ss.). Per riferimenti a ulteriori ipotesi ricostruttive v. G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 20 ss.

³¹³ Infine, per quanto riguardava le conseguenze del mancato deposito del lodo entro l'anno, la tesi forse prevalente era nel senso che il lodo divenisse privo di efficacia se non omologato entro il termine perentorio di un anno, al pari di quanto avveniva nel regime del codice del 1940 una volta scaduto il termine perentorio di 5 giorni: in tal senso V. ANDRIOLI, *La novella sull'arbitrato*, in *Dir. e giur.* 1983, 253 ss.; ID., *Ancora sulla parziale novellazione dell'arbitrato*, in G. VERDE (a cura di), *L'arbitrato secondo la legge 28/1983*, cit., 131 e E. GARBAGNATI, *Sull'efficacia di cosa giudicata del lodo arbitrale rituale*, in *Riv. dir. proc.* 1985, 425 ss.; ID., *In tema di efficacia negoziale di un lodo rituale non omologato*, in *Riv. arb.* 1991, 235 ss.

³¹⁴ G. TARZIA, *Efficacia del lodo e impugnazioni*, cit., 62. Ma v. anche App. Genova 3 gennaio 1986, in *Rass. arb.* 1985, 237, nt. adesiva di C. PUNZI e in *Foro it.* 1986, I, 1987, nt. critica di E.F. RICCI. Tale ultimo autore criticava la confusione dovuta a: “(...) *l'asistematicità dei testi normativi e lo scarso tecnicismo che in essi si riscontra, nonché la difficoltà di coordinamento delle nuove norme con quelle rimaste in vigore*”.

³¹⁵ Così C. PUNZI, *“Efficacia di sentenza” del lodo*, cit., 826.

³¹⁶ L. n. 25 del 1994 – recante “*Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale*”, su cui v., in generale, E. FAZZALARI, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. arb.* 1994, 4 ss.; A. BRIGUGLIO, E. FAZZALARI, R. MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano 1994, *passim*; P. BERNARDINI, G. DE NOVA, PUNZI, *La riforma dell'arbitrato. Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, Milano 1995, 66 ss.; G. TARZIA, R. LUZZATTO, E.F. RICCI (a cura di), *Legge 5 gennaio 1994, n. 25. Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova 1995.

³¹⁷ Così CARBONE, *I rapporti tra giudizio arbitrale e giudizio ordinario*, in G. ALPA (a cura di), *L'arbitrato. Profili sostanziali*, Torino 1999, 258.

potestas iudicandi arbitrale non era esclusa dalla connessione della controversia con altra pendente dinanzi al giudice statale³¹⁸.

Sotto il secondo profilo, al lodo arbitrale veniva riconosciuta “efficacia vincolante” *fin dalla data della sua sottoscrizione*. L’omologa pretorile (possibile ora *senza limiti di tempo*) era prevista *solo per la produzione dell’efficacia esecutiva*, oltre che per la trascrivibilità della pronuncia e l’iscrivibilità dell’ipoteca giudiziale. Tale autonomia ed autosufficienza del lodo rispetto al successivo intervento giudiziale (pur nell’ambito di una relazione non reciprocamente indipendente, ma fisiologicamente osmotica dell’arbitrato con il giudizio statale) trovava altresì conferma non solo nella sostituzione del termine *sentenza arbitrale* con quello di *lodo*, ma soprattutto nell’impugnabilità del lodo *fin dalla sua pronuncia, senza la necessità di attenderne il deposito*.

Le pur rilevanti modifiche apportate dalla novella del 1983 e dalla riforma del 1994 alla disciplina dell’arbitrato, e al particolare profilo degli effetti del lodo arbitrale, non sopivano tuttavia il contrasto interpretativo.

Da un lato, i fautori della tesi (maggioritaria) del *carattere essenzialmente giurisdizionale dell’arbitrato* (salvo che per il profilo, soggettivo, del carattere non pubblicistico della figura degli arbitri) – le cui posizioni non erano tuttavia omogenee con riferimento al tema alla qualificazione del fenomeno arbitrale, visto *ora* come un “processo decisorio speciale”, *ora* come la forma più radicale di giurisdizione non togata, *ora* come una forma di giustizia privata e il lodo un atto privato, anche se produttivo dei medesimi effetti della sentenza, *ora* come uno dei tanti equivalenti giurisdizionali³¹⁹ – individuavano, tra gli indici a supporto di tale carattere *lato sensu* giurisdizionale, la nuova disciplina dell’impugnazione per nullità del lodo (asseritamente analoga a quella dell’impugnazione delle sentenze); l’introduzione, all’art. 829, comma 1, n. 8, c.p.c., del motivo della contrarietà del lodo rituale “ad altro precedente lodo non più impugnabile”; nonché la previsione dell’impugnabilità del lodo anche mediante l’opposizione di terzo, sia ordinaria che revocatoria (art. 831, comma 2, c.p.c.)³²⁰.

³¹⁸ Tra le altre modifiche rilevanti si segnalano: l’attribuzione, alla Corte d’appello, della competenza funzionale rispetto all’impugnazione del lodo; l’inserimento, fra i motivi di nullità del lodo, della contrarietà a precedente lodo non impugnabile *o a sentenza passata in giudicato*; l’impugnabilità del lodo con l’opposizione di terzo; una completa disciplina relativa alla fase introduttiva e alla domanda di arbitrato. Per ulteriori riferimenti v. S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 71 ss.

³¹⁹ Per ulteriori riferimenti v. G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 20 ss.

³²⁰ In questo senso v. A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, 2^a ed., Padova 1995, I, 45 che individuava nell’arbitrato, anche prima e indipendentemente dalla vidimazione pretorile, un: “esercizio di giurisdizione in senso proprio” (almeno nei casi di decisione secondo diritto). Parlavano di *equivalente giurisdizionale* tra arbitrato rituale e giudizio statale (senza necessariamente ricavarne l’inquadramento del giudizio arbitrale nell’ambito dell’ordinamento giurisdizionale dello Stato, ma escludendo risolutamente

Nell'espressione "efficacia vincolante" del lodo utilizzata dall'art. 823, ultimo comma c.p.c., tali autori ravvisavano un'equiparazione del lodo alla sentenza³²¹ e nel lodo una: "(...) sentenza pronunciata dai giudici non togati", con effetti ritenuti equivalenti a quelli della sentenza (per alcuni anche prima del deposito del lo-

la *reductio ad unum* delle due forme di arbitrato, rituale e libero) anche G. TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali*, cit., 644, nt. 72; F. DANOVÌ, *La pregiudizialità*, cit., 471 ss.; S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, cit., 151 ss.; N. RASCIO, *La decisione*, in G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato*, cit., 343 ss. e 413; E.F. RICCI, *L'efficacia vincolante*, cit., 809 ss.; ID., *La "funzione giudicante"*, cit., 356, testo e nt. 10 e 373; ID., *La Cassazione insiste sulla natura 'negoziale'*, cit., 1241; ID., *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, in *Riv. dir. proc.* 1989, 655 ss.; S. MENCHINI, *Sull'attitudine al giudicato sostanziale del lodo non più impugnabile non assistito dalla omologa giudiziale*, in *Riv. arb.* 1998, 773 ss.; ID., *La natura e la disciplina dell'eccezione con la quale è fatta valere l'efficacia di un precedente lodo non più impugnabile*, nt. a Cass. 27 novembre 2001, n. 15023, in *Riv. arb.* 2002, 293 ss.; F.P. LUISO, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv. arb.* 1995, 13 ss.; ID., *Diritto processuale civile*, 3^a ed., IV, Milano 2000, 302 ss.; CARBONE, *Commento alla legge 5 gennaio 1994, n. 25*, in *Corr. giur.*, 1994, 147; ID., *La seconda riforma dell'arbitrato rituale*, in *Corr. giur.* 1994, 141; F. CARPI, *Il procedimento dell'arbitrato riformato*, in *Riv. arb.* 1995, 659 ss.; M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 255; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 2^a ed., Napoli 1996, 865 ss.; F. LEPRI, *Arbitrato rituale, pendenza della stessa causa innanzi al giudice statale ed applicazione dell'art. 39, 1 comma, c.p.c.*, nt. a Coll. arb. Bergamo 20 luglio 1995 e Coll. arb. Roma 2 marzo 1996, in *Riv. arb.* 1996, 353 ss.; R. VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.* 2001, I, 2883 ss.; TOTA, *Ancora sulla natura dell'eccezione di compromesso (e sull'ammissibilità del regolamento di competenza avverso la sentenza del giudice ordinario che pronunci su di essa)*, in *Giust. civ.* 2003, I, 1601 ss.; E. GRASSO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 28 in G. VERDE (a cura di), *L'arbitrato secondo la legge 28/1993*, cit., 15 ss.; E. GARBAGNATI, *Sull'efficacia di cosa giudicata del lodo arbitrale rituale*, in *Riv. dir. proc.* 1985, 425 ss.; G. NICOTINA, *Arbitrato rituale e giurisdizione*, cit., 25 ss.; P. BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, Bari 1998, 103 ss. Per ulteriori riferimenti v. E. D'ALESSANDRO, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI, *Commentario alle riforme*, cit., 963 ss.; C. CONSOLO, R. MURONI, *L'eccezione di arbitrato rituale come eccezione "di merito" e la supposta inammissibilità del regolamento di competenza*, nt. a Cass. 4 giugno 2001, n. 7533 e ad App. Milano 10 aprile 2001, in *Corr. giur.* 2001, 1449 ss.; R. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino 2008, 138 ss.

³²¹ Ad esempio, per R. VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza*, cit., 2887 ss., a seguito della riforma del 1994, una serie di indici normativi (tra cui l'art. 829, comma 1, n. 8, c.p.c., che prevedeva espressamente la nullità del lodo contrario ad altro precedente lodo non più impugnabile – o a sentenza precedente passata in giudicato –; la soggezione, per converso, a revocazione, della sentenza contraria a precedente lodo non più impugnabile ex art. 395, n. 5, c.p.c.; la soggezione del lodo all'opposizione di terzo ex art. 831, comma 3, c.p.c.) imponevano di concludere nel senso che, in assenza di omologazione, il lodo, se non impugnato, acquistasse un'autorità *assolutamente identica a quella della sentenza*. Per l'autore: "(...) si può ben dire, in sostanza, che all'arbitro l'ordinamento riconosce il potere giurisdizionale nel senso proprio e originario (romano classico) del termine, e cioè come potere di *ius dicere*, carente soltanto della facoltà di impegnare la forza dello Stato per l'esecuzione forzata, ma munito della medesima efficacia dichiarativa propria della sentenza" (p. 2890). V., in tal senso, anche C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, Padova 2004, 176; E.F. RICCI, *La natura dell'arbitrato rituale*, cit., 259 ss.; ID., *La "funzione giudicante"*, cit., 373; ID., *L'arbitrato di fronte alla litispendenza*, cit., 501 ss.

do³²²), ivi incluse l' idoneità al giudicato *ex art.* 2909 c.c. e la potenziale efficacia *ultra partes*³²³. Dopo la riforma del 1994, a supporto dell'equivalenza *funzionale* tra processo arbitrale e processo giurisdizionale, venivano altresì invocate le norme (quali i commi 1 e 2 dell'art. 819 c.p.c.³²⁴ e l'art. 819 *bis* c.p.c.³²⁵) che contemplavano una possibile concorrenza tra i due giudizi³²⁶.

Dall'altro, i fautori della *tesi privatistica*, in ragione di una altrettanto nutrita serie di indici normativi che andavano in senso opposto³²⁷, continuavano ad escludere il carattere giurisdizionale dell'attività svolta dagli arbitri, e qualsivoglia *identità effettuale* tra lodo e sentenza, potendo al più discorrersi di equiparazione *per analogia*³²⁸. Per

³²² In tal senso, ad esempio, G. FRANCHI, *Brevissime osservazioni*, cit., 1219; G. TARZIA, *Efficacia del lodo ed impugnazioni nell'arbitrato rituale e irrituale*, in *Riv. dir. proc.* 1987, 14 ss. e 31 ss.; A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, cit., 45.

³²³ In questo senso v. E.F. RICCI, *La «natura dell'arbitrato rituale» e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, cit., 259; ID., *La Cassazione insiste sulla natura «negoziale»*, cit., 1239; ID., *La never ending story della natura negoziale del lodo: ora la Cassazione risponde alle critiche*, in *Riv. dir. proc.* 2003, 557; ID., *La «funzione giudicante»*, cit., 356 testo e nt. 10; G. TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali*, cit., 644; ID., *Efficacia del lodo ed impugnazioni nell'arbitrato*, cit., 39; A. LEVONI, *L'arbitrato dopo la riforma*, Milano 1985, 89 ss.; S. MENCHINI *Sull'attitudine al giudicato sostanziale del lodo*, cit., 773 ss.; ID., *La natura e la disciplina dell'eccezione con la quale è fatta valere l'efficacia di un precedente lodo*, cit., 297 ss.

³²⁴ Relativi, rispettivamente, alla necessaria sospensione del procedimento arbitrale, ove gli arbitri ritengano che il giudizio ad essi affidato dipenda dalla definizione di una questione per legge incompromettibile (art. 819, comma 1, c.p.c.), nonché, al di fuori di tale ipotesi, l'obbligo, per gli arbitri, di decidere "tutte le questioni insorte nel giudizio arbitrale" (art. 819, comma 2, c.p.c.).

³²⁵ Secondo cui la competenza degli arbitri non era esclusa dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente dinanzi al giudice.

³²⁶ G. TOTA, *Ancora sulla natura dell'eccezione di compromesso*, cit., 1608.

³²⁷ C. PUNZI, *I principi generali della nuova normativa sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 1994, 333 ss.; ID., voce *Arbitrato*, cit., 22 ss.; ID., *L'efficacia del lodo*, cit., 12 ss.; ID., *Disegno sistematico*, 1^a ed., cit., 134, ad esempio, valorizzava l'espunzione della locuzione "sentenza arbitrale", nonché la formulazione dell'art. 829, comma 1, n. 8, c.c., con cui il legislatore avrebbe opportunamente distinto la "sentenza passata in giudicato" dal "lodo non più impugnabile" (di talché non si sarebbe potuto parlare, per il lodo definitivo, di *passaggio in giudicato formale e sostanziale*, ma di situazione di *non ulteriore impugnabilità*). Se si poteva convenire su un'"analogia di effetti", rimaneva tuttavia: "(...) la differenza di natura tra sentenza di giudice e lodo arbitrale". Ancora, per l'illustre autore, le modifiche apportate agli artt. 825, 826, 827, 828, 829, 830 e 831 c.p.c., assieme ai rilievi surripotati, erano: "(...) sufficienti a cancellare ogni dubbio sulla natura del dictum arbitrale, che era e resta un atto di autonomia privata, i cui effetti di accertamento conseguono ad un giudizio compiuto da un soggetto il cui potere ha fonte nell'investitura conferitagli dalle parti": C. PUNZI, *I principi generali*, cit., 345. In questo senso v. anche G. RUFFINI, *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, cit., 57. Su posizioni simili erano anche F. CARPI, G. MONTELEONE, E. PICOZZA, N. SOTGIU.

³²⁸ Altri autori si erano infine assestati su posizioni intermedie. In particolare, secondo E. FAZ-ZALARI, *L'arbitrato*, cit., 19 ss., il lodo appena sottoscritto produceva esclusivamente un'efficacia negoziale, potendo acquisire l'imperatività ed efficacia della cosa giudicata, alternativamente con il

tali autori, il lodo rimaneva *decisione privata di una lite privata*, cui il legislatore poteva bensì attribuire determinati effetti analoghi a quelli di una sentenza³²⁹, inidonei, tuttavia, a trasformare il lodo in una vera e propria sentenza. Quale manifestazione della sovranità dello stato, essa spettava unicamente ai giudici statali, che di tale sovranità erano investiti³³⁰. Pur nella consapevolezza della “processualità” del fenomeno arbitrale (che porterà taluni ad abbandonare la ricostruzione di ogni forma di arbitrato, anche di quello irrituale, quale negozio privato *ad finiendas lites* o arbitraggio³³¹), questo orientamento continuava a distinguere tra arbitrato e giurisdizione³³², individuando nel lodo rituale (non omologato) non tanto l’equivalente negoziale di una sentenza (da cui si distingueva anche per l’inidoneità ad acquisire la forza della cosa giudicata³³³, tantomeno rispetto ai terzi³³⁴), ma di un *equivalente processuale al negozio*³³⁵.

decreto di esecutorietà di cui all’art. 825 c.p.c., oppure con l’omologazione in via incidentale effettuata dal giudice statale, dinanzi al quale il lodo fosse stato fatto valere.

³²⁹ E. FAZZALARI, *L’arbitrato*, cit., 20; C. CAVALLINI, *Alcune riflessioni in tema di efficacia del lodo*, in *Riv. arb.* 1997, 717.

³³⁰ C. PUNZI, *L’efficacia del lodo*, cit., 32; E. FAZZALARI, *La riforma dell’arbitrato*, cit., 1 ss.; A. BARLETTA, *Sulla previa pendenza tra processo ordinario e giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.* 2000, 548; C. CAVALLINI, *Alcune riflessioni in tema di efficacia del lodo*, cit., 711 ss.; ID., *Profili costituzionali della tutela arbitrale*, in *Riv. dir. proc.* 2003, 797 ss.

³³¹ G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, I, Padova 1995, 476; C. PUNZI, voce *Arbitrato rituale e irrituale*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma 1988. Agg. IV, 1995, 8; ID., *Relazioni fra l’arbitrato e le altre forme non giurisdizionali di soluzione delle liti*, in *Riv. arb.* 2003, 399; ID., *Disegno sistematico dell’arbitrato*, 2^a ed., I, Padova 2012, 14 ss. Ma v., in senso contrario, G. RUFFINI, *Sulla distinzione tra arbitrato ‘rituale’ ed ‘irrituale’*, nt. a Coll. arb. Firenze 6 novembre 2002, 750 ss., in *Riv. arb.* 2002, 750 ss.; C. CECHELLA, *Arbitrato libero e processo*, in *Riv. dir. proc.* 1987, 881.

³³² E. FAZZALARI, *I processi arbitrali nell’ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.* 1968, 465. Contra, L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2^a ed., Torino 1994, 7 ss.

³³³ PUNZI, *L’efficacia del lodo*, cit., 15; S. LA CHINA, *L’arbitrato*, cit., 146 ss.; G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, cit., 503 ss.

³³⁴ Così L. MONTESANO, *Magistrature ordinarie e magistrature speciali e arbitri nella giustizia civile secondo la Costituzione*, in *Gar. fond. dir. fond.*, Roma 1998, 653, che sottolineava, sotto tale profilo, la differenza tra il lodo e la sentenza del giudice togato: “(...) che può coinvolgere oggetti e soggetti estranei alla controversia decisa (salvi i rimedi di quEsti) solo perché è riferibile alla volontà non dei litiganti, ma dell’ordinamento”; M. DE SANTIS, *Vecchie ‘aporie’ e nuove proposte in tema di rapporti tra giudice ordinario ed arbitri*, in *Riv. dir. proc.* 2000, 201.

³³⁵ Così, in particolare, G. RUFFINI, *L’arbitrato come equivalente della giurisdizione statale*, cit., 11 (e ivi per riferimenti). Ma v. anche C. PUNZI, *Disegno sistematico*, 1^a ed., cit., I, 2000, 134; ID., *I principi generali della nuova normativa sull’arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 1994, 333 ss., il quale valorizzava l’espunzione della locuzione «sentenza arbitrale», nonché la formulazione dell’art. 829, comma 1, n. 8, c.c., con cui il legislatore avrebbe opportunamente distinto la «sentenza passata in giudicato» dal «lodo non più impugnabile», con l’effetto di: “(...) ammettere sì analogia di effetti, ma con l’ saltare, a un tempo, la differenza di natura tra sentenza di giudice e lodo arbitrale”. In quest’ottica,

6.1.3. La “svolta negoziale” delle Sezioni Unite con la decisione n. 527 del 2000 e la “replica giurisdizionalista” della Corte costituzionale con la sentenza n. 367 del 2000

L'orientamento “giurisdizionalista”, affermatosi come maggioritario in dottrina a seguito delle modifiche introdotte dalla riforma del 1994, veniva di lì a poco sconfessato dalle Sezioni Unite della Cassazione che, con la ormai celebre sentenza n. 527 del 2000, procedevano ad un integrale ripensamento del fenomeno arbitrale, inquadrato in termini *schiettamente privatistico-negoziali*³³⁶.

In base a tale mutata prospettiva, l'arbitrato veniva qualificato come *giustizia integralmente privata*, ontologicamente *alternativa* alla giurisdizione statale, di cui esso costituiva addirittura “la negazione”.

Secondo le Sezioni Unite, proprio la riforma del 1994 (avendo eliminato la necessità dell'*exequatur* per l'esistenza e sopravvivenza giuridiche del lodo, nonché il termine *sentenza arbitrale* in favore di quello di *lodo arbitrale*), avrebbe dissolto ogni dubbio circa la *natura privatistico-negoziale* del *dictum* arbitrale, assimilabile ad un negozio di accertamento, al quale l'*exequatur* conferiva esclusivamente l'efficacia esecutiva propria della sentenza, senza tuttavia mutarne l'originaria natura inaggrabilmente privatistica. La radicale carenza, in capo agli arbitri, di: “(...) *potestà giurisdizionale d'imperio*”, precludeva ogni assimilazione tra lodo e sentenza³³⁷. Il primo, che dava

non si sarebbe potuto parlare, per il lodo definitivo, di *passaggio in giudicato formale e sostanziale*, ma di situazione di *non ulteriore impugnabilità*, dato che la natura privatistica del fenomeno arbitrale poteva bensì rappresentare un'alternativa e/o una deroga alla giurisdizione statale, ma non una sostituzione delle funzioni attribuite ai giudici ordinari (così C. PUNZI, *Natura dell'arbitrato e regolamento di competenza*, in *Giust. civ.* 2003, I, 720 ss., pubblicato anche in AA.VV., *Studi in onore di Giuseppe Tarzia*, III, Milano, 2005, 2131 ss.; v. anche ID., *Relazione fra l'arbitrato e le altre forme*, cit., 385 ss.).

³³⁶ In *Giust. civ.* 2001, I, 761 ss., nt. G. MONTELEONE, *Le sezioni unite della Cassazione affermano la natura negoziale e non giurisdizionale del cosiddetto “arbitrato rituale”*; in *Riv. dir. proc.* 2001, 254 ss., nt. E.F. RICCI, *La “natura” dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*; in *Riv. arb.* 2000, 699 ss., nt. E. FAZZALARI, *Una svolta attesa in ordine alla “natura” dell'arbitrato*; in *Foro it.* 2001, I, 839; in *Corr. giur.* 2001, 21 ss., nt. C. CONSOLO, G. RUFFINI, M. MARINELLI, *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione?*; in *Foro pad.* 2001, I, 34 ss., nt. M. RUBINO SAMMARTANO, *Vittoria di tappa. Arbitrato irrituale come processo: un sogno impossibile?*; in *Riv. arb.* 2000, 699, nt. E. FAZZALARI, *Una svolta attesa in ordine alla natura dell'arbitrato*; in *Giur. it.* 2001, 1107, nt. G. CANALE, *Arbitrato irrituale e tutela cautelare: i soliti problemi tra vecchie soluzioni e nuove prospettive*; in *Foro it.* 2001, I, 839, nt. C.M. BARONE. Nel caso di specie, la Corte di cassazione, adita con regolamento di giurisdizione, proposto in pendenza dell'impugnazione di un lodo arbitrale, dichiarava l'inammissibilità dell'istanza, impedita non tanto dall'esistenza di una precedente decisione (il lodo), ma dal carattere non giurisdizionale dell'istituto arbitrale, quale secondo essa risultava all'indomani della riforma.

³³⁷ Tale conclusione veniva altresì fondata su elementi normativi. Solo il controllo omologatorio dello stato (art 825 c.p.c.) attribuiva al lodo quella *esecutività* che invece spetta alla sentenza in

origine ad: “(...) *una regolamentazione negoziale degli interessi in conflitto*”, aveva anzi una natura *antitetica* alla seconda³³⁸. Dalla genesi pattizia dell’arbitrato, dal carattere privatistico dell’intera procedura e dal carattere negoziale del lodo arbitrale discendeva la qualificazione dell’opzione in favore della giustizia arbitrale in termini di *rinuncia alla giurisdizione statale nel suo complesso*. La questione dell’allocazione della *potestas iudicandi* in relazione ad una determinata controversia tra giudice togato e arbitro, lungi dal dare luogo ad una questione di competenza o di giurisdizione, andava dunque inquadrata quale *questione di merito*: “(...) *in quanto direttamente inerente alla validità o alla interpretazione del compromesso o della clausola compromissoria*”³³⁹.

Sotto il profilo sistematico e pratico applicativo, tale impostazione, da un lato, conduceva ad attenuare (ove non a eliminare del tutto) la distinzione tra arbitrato rituale e arbitrato irrituale, dal momento che, al di là della minor formalizzazione della procedura che da sempre caratterizza il secondo, l’esito di entrambi (al netto dell’ottenibilità dell’*exequatur*) consisteva in un *negozio giuridico di diritto privato*; dall’altro, rischiava di precludere al lodo la possibilità di circolare a livello internazionale ai sensi della Convenzione di New York, in considerazione del fatto che, secondo l’opinione maggioritaria, la nozione di *arbitral award* (o *sentence arbitrale*) ivi riferita andava circoscritta alla sola decisione arbitrale *idonea a produrre effetti equivalenti a quelli della sentenza statale*³⁴⁰.

quanto tale. A favore della teoria negoziale dell’arbitrato rituale, le S.U. invocavano anche il dettato dell’art. 819 *bis* c.p.c. (introdotto dalla riforma del 1994), che avrebbe postulato la piena autonomia dell’arbitrato dal processo giudiziario.

³³⁸ “(...) *i cui effetti di accertamento conseguono ad un giudizio compiuto da un soggetto il cui potere ha fonte nell’investitura conferitagli dalle parti*”. Secondo la Corte, l’attribuzione al lodo, *a posteriori*, di effetti propri della decisione del giudice statale non incidere sulla sua configurazione quale atto negoziale, dovendo intendersi come attribuzione *quoad effectum*: “(...) *che lascia inalterata la sua natura*”.

³³⁹ E tale sarebbe rimasta non solo dinanzi agli arbitri, ma anche in sede d’impugnazione del lodo, dove il *thema decidendum* sarebbe risultato comunque circoscritto all’accertamento della validità del patto compromissorio. Conclusione che avrebbe trovato conferma nel tenore dell’art. 829, n. 1, c.p.c., che comminava la nullità del lodo *per nullità del compromesso e non per difetto di giurisdizione degli arbitri*. Per G. RUFFINI, *Commento a Cass. S.U. 3 agosto 2000, n. 527*, in *Corr. giur.* 2001, 56 ss., dalla premessa della Corte, secondo cui: “(...) *la devoluzione della controversia ad arbitri si configura quale rinuncia all’azione giudiziaria ed alla giurisdizione dello Stato, nonché quale manifestazione di una opzione per la soluzione della controversia sul piano privatistico secondo il dictum di soggetti privati*”, sarebbe derivata la conclusione secondo cui, con l’*exceptio compromissi*: “(...) *non si fa valere l’incompetenza del giudice dello Stato, ma l’improponibilità della domanda per rinuncia all’azione*”. Nello stesso senso v. C. PUNZI, *Disegno sistematico*, 1^a ed., cit., I, 141; G. BONGIORNO, *Sulla eccezione di “incompetenza” nel processo arbitrale*, cit., 141. In relazione a questo profilo, in linea con la decisione delle S.U., si veda la successiva Cass. 25 giugno 2002, n. 9289, in *Riv. arb.* 2002, 512, nt. A. BRIGUGLIO; in *Giust. civ.* 2003, I, 716 ss., nt. C. PUNZI.

³⁴⁰ Come evidenziava RICCI, per il quale, affermare la tesi dell’efficacia privatistica del lodo rituale rischiava di isolare l’ordinamento italiano rispetto ai sistemi stranieri, ove l’equiparazione tra

Alla base della “svolta negoziale” delle Sezioni Unite vi era, da un lato, la difficoltà ad accettare l’idea che un fenomeno, che origina e si svolge integralmente *al di fuori* della dimensione pubblicistica della giurisdizione, potesse sfociare in una pronuncia avente effetti equivalenti o equiparabili a quelli della sentenza del giudice statale³⁴¹; dall’altro, il timore che il riconoscimento di una natura *lato sensu* giurisdizionale dell’arbitrato (e l’attribuzione al lodo di effetti equiparabili a quelli di una sentenza) potessero entrare in conflitto con l’ordinamento costituzionale, in particolare con la *riserva della funzione giurisdizionale ai giudici ordinari* sancita dall’art. 102 Cost.³⁴².

Tuttavia, da un lato, dapprima la novella del 1983 e dipoi la riforma del 1994 avevano eliminato la necessità del deposito del lodo entro un dato termine, pena

lodo e sentenza era un dato quasi pacifico: solo un lodo che produce gli effetti della sentenza statale sarebbe dotato della “sicura riconoscibilità all’estero” (E.F. RICCI, *La “natura” dell’arbitrato e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, cit., 264 ss.; ID., *La “funzione giudicante” degli arbitri e l’efficacia del lodo*, cit., 357 ss.; ID., *La never ending story della natura negoziale del lodo*, cit., 561 ss.; ID., *Il lodo arbitrale irrituale di fronte alla Convenzione di New York*, cit., 1 ss.). Tuttavia, secondo Cass. ord. 18 aprile 2003, n. 6349, in *Riv. dir. proc.* I, 2005, 267 ss., nt. A. ATTERITANO, l’orientamento negozial-privatistico adottato dalle Sezioni Unite nel 2000 non era incompatibile con l’art. II della Convenzione di New York. Si consideri che, in Francia, l’art. 1476 del codice di rito attribuisce al lodo arbitrale, sin dal momento della sua pronuncia, l’autorità di cosa giudicata in relazione alla “*contestation qu’elles tranche*”; qualifica che avrebbe accentuato il carattere giurisdizionale della *sentence arbitrale*, equiparata ad una decisione giudiziale, senza la necessità, a tal fine, dell’ottenimento dell’*exequatur*: così M. DE BOISÉSON, *Le droit français de l’arbitrage interne et internationale*, Lille 1990, 330 ss. (sul dibattito precedente circa la questione del momento a partire dal quale il lodo acquistava l’autorità di cosa giudicata, v. R. BOULBÉS, *Sentence arbitrale, autorité de la chose jugée et ordonnance d’exequatur*, in *JCP* 1961, I, 1660 ss.). In Belgio, a partire dalla novella del 1985 (su cui v. H. VAN HOUTTE, *La loi belge du 27 mars 1985 sur l’arbitrage internationale*, in *Rev. Arb.* 1986, 29 ss.; J.M. VULLIEMIN, *Jugement et sentence arbitrale*, Zurigo 1990, 160 ss.), la pronuncia arbitrale ha, sin dalla sua notificazione, efficacia di cosa giudicata, anch’essa indipendentemente dall’omologa giudiziale, che rileva ai soli fini dell’efficacia esecutiva. Al pari di una decisione giudiziale, anche il dispositivo della *sentence arbitrale* gode della presunzione di verità (M. HUYS, G. HEUGTEN, *L’arbitrage en droit belge et internationale*, Bruxelles 1981, 217 ss.). In Olanda, la natura giurisdizionale del lodo viene di solito fatta discendere dal par. 1058 del codice di procedura civile, che attribuisce al lodo, sin dalla sua emissione, efficacia di cosa giudicata (v. P. SANDERS, *The new Dutch Arbitration Act*, in *Rass. arb.* 1987, 27 ss.). Per ulteriori riferimenti v. M. MARINELLI, nt. a Cass. S.U. 3 agosto 2000, n. 527, in *Corr. giur.* 2001, 69 ss.; C. CONSOLO, M. MARINELLI, *La Cassazione e il duplice volto dell’arbitrato in Italia*: cit., 831 ss.

³⁴¹ Questa era stata, in effetti, una delle principali critiche della dottrina alla tesi “redentiana” della giurisdizionalizzazione *ex post*, su cui v. il secondo capitolo.

³⁴² L’art. 102 Cost. che, dopo aver statuito, al comma 1: “*La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull’ordinamento giudiziario*”, dispone, al comma 2: “*Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali. Possono soltanto istituirsi presso gli organi giudiziari ordinari sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura*”.

la sua nullità, così privando la tesi della giurisdizionalizzazione *ex post*³⁴³ del suo principale appiglio normativo e inducendo dottrina e giurisprudenza a confrontarsi con un fenomeno, un procedimento ed una decisione arbitrali che *esistevano (e permanevano in vita) a prescindere dalla successiva "vidimazione" giudiziale* (che diveniva solo eventuale) e ai quali, in virtù delle numerose modifiche normative, erano stati attribuiti caratteri (se non integralmente, almeno parzialmente) sovrapponibili a quelli di un giudizio dinanzi all'autorità giudiziaria.

Dall'altro lato, l'ammissibilità, nel nostro ordinamento, di forme di giustizia bensì *alternative* a quella giurisdizionale, ma idonee a *sostituirsi a questa* al fine della tutela dei diritti era stata negli anni, e in più occasioni, confermata dalla Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità dell'arbitrato con l'ordinamento costituzionale. In una serie di pronunce rese tra gli anni '60 e '70, la Corte aveva individuato come elemento dirimente affinché la tutela arbitrale non si ponesse in contrasto con la Costituzione non tanto l'assenza, nel lodo, di effetti equiparabili al *dictum* giudiziale, quanto il *consenso liberamente espresso dalle parti* come fondamento dell'opzione arbitrale, e dunque la volontarietà della rinuncia ad adire il giudice naturale precostituito per legge³⁴⁴. Di qui

³⁴³ Per maggiori dettagli su questa tesi v., *infra*, il secondo capitolo, in particolare il par. 1.1.3.

³⁴⁴ Nella decisione n. 127 del 14 luglio 1977, la Consulta aveva statuito che: "(...) il fondamento di qualsiasi arbitrato è da rinvenirsi nella *libera scelta delle parti*: perché solo la scelta dei soggetti (intesa come uno dei possibili modi di disporre, anche in senso negativo, del diritto di cui all'art. 24, 1 co., Cost.) può derogare al precetto contenuto nell'art. 102 Cost.". La questione dirimente per determinare la compatibilità o meno dell'arbitrato con i precetti costituzionali non sarebbe, dunque, se esso abbia o meno carattere privatistico, ma se esso sia o meno fondato sul consenso delle parti, sull'autonomia dei soggetti, che: "(...) mentre ad altro proposito è tutelata dagli artt. 41-44 Cost., nella materia che ne occupa e per le situazioni di vantaggio compromettibili, è appunto garantita dall'art. 24, 1 comma Cost.". Autonomia che: "(...) assume il carattere di principio generale, costituzionalmente garantito, dell'intero ordinamento". Nella decisione n. 62 del 6 giugno 1968, la Corte ricordava come la Costituzione garantisca ad ogni soggetto la facoltà di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi, e che, con l'eccezione degli organi contemplati dall'art. 103 Cost., gli organi cui ogni soggetto deve rivolgersi per avere tutela e che esercitano la funzione giurisdizionale *ex art. 102, comma 1, Cost.* sono i *giudici ordinari*. D'altra parte, l'art. 24, comma 1, Cost. ("Tutti possono...") non imporrebbe il ricorso ai giudici statuali, ben potendo il soggetto esercitare un *potere di disposizione*, strettamente collegato al diritto di azione, per deferire la controversia, d'accordo con la controparte, alla cognizione di uno o più arbitri. Quindi: "(...) a seguito del congiunto disposto degli articoli 24, comma 1, Cost. (diritto di azione in giudizio e correlativo esercizio, costituzionalmente garantiti) e 102, comma 1, Cost. (riserva della funzione giurisdizionale ai giudici ordinari, salvo l'eccezione di cui all'art. 103), il fondamento di qualsiasi arbitrato è da rinvenirsi nella *libera scelta delle parti*: perché solo la scelta dei soggetti (intesa come uno dei possibili modi di disporre, anche in senso negativo, del diritto di cui all'art. 24 comma 1, Cost.) può derogare al precetto contenuto nell'art. 102, comma 1, Cost.". La fonte di ogni arbitrato, in altre parole, non può più essere una fonte autoritativa, e il disposto dell'art. 806, comma 1, c.p.c., per il quale: "*Le parti possono far decidere da arbitri le controversie fra loro insorte (...)*", assumerebbe il carattere di *principio generale costituzionalmente garantito*.

l'incostituzionalità di ogni forma di *arbitrato obbligatorio*³⁴⁵.

La Corte aveva in particolare individuato nell'*autonomia* riconosciuta ai privati un *valore fondamentale dell'ordinamento, di rango costituzionale*, mediante la quale essi possono disporre, *in senso negativo*, del diritto di azione giudiziale³⁴⁶. È proprio questo spazio di autonomia riconosciuto ai privati a consentire loro il ricorso ad un mezzo di risoluzione delle controversie di carattere privatistico, *alternativo* e *sostitutivo* di quello giurisdizionale, idoneo a produrre effetti equivalenti, nella misura in cui e a patto che tale mezzo risulti: "(...) *legittimato da un regolamento del diritto di azione, valido nel limite in cui su questo diritto la volontà singola opera efficacemente*"³⁴⁷. In altre parole, la correlazione necessaria fra potere di azione e giurisdizione che porta al coordinamento dell'art. 102 con l'art. 24, comma 1,

³⁴⁵ Si veda, in tal senso, Corte cost. 2 maggio 1958, n. 35, in *Giur. cost.* 1958, 481, nt. C. ESPOSITO, per la quale: "(...) *quando una norma determina necessariamente l'esclusione della competenza delle autorità giurisdizionali rispetto a tutta una serie di controversie, e pertanto incide sulla giurisdizione in senso negativo*", essa è *costituzionalmente illegittima*. Per le critiche a tale sentenza, soprattutto nella parte in cui statuiva l'illegittimità di una norma che incidesse *in senso negativo* sulla giurisdizione, che avrebbe allora dovuto condurre a considerare *costituzionalmente illegittime* tutte quelle norme che disciplinano la transazione e le varie conciliazioni stragiudiziali, compresi i negozi di accertamento, che pure hanno l'effetto di *escludere la competenza delle autorità giurisdizionali*, v. V. ANDRIOLI, *L'arbitrato obbligatorio*, cit., 1143 ss.

³⁴⁶ Mentre meno rilevante, quantomeno oggi, è l'argomentazione secondo cui: "(...) *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*". La Corte sosteneva, cioè (nell'ambito di un contesto normativo che ancora prevedeva l'omologazione pretorile come requisito per la stessa *esistenza giuridica del lodo*) che fosse l'organo giurisdizionale (il pretore) a conferire al lodo emanato dal privato l'imperatività e soprattutto la piena efficacia esecutiva della sentenza (anche se non la natura di essa, in quanto si riteneva che l'arbitro fosse privo del potere di produrre atti *sostanzialmente identici* a quelli promananti dalla potestà del giudice). La Corte sposava dunque la tesi secondo cui monopolio dello Stato sarebbe non tanto la *iurisdictio* (il potere di decidere le controversie), quanto l'*imperio* (ossia la tutela coattiva del diritto). Tuttavia, secondo una prospettiva più moderna, maggiormente ispirata al *favor arbitratus* e alla luce anche delle riforme dell'83 e '94, si è andato affermando l'orientamento secondo cui la costituzionalità dell'arbitrato si fonderebbe sul combinarsi di due fattori: la volontà delle parti e la disponibilità dei diritti oggetto della convenzione arbitrale, sufficienti a giustificare questa forma di *giustizia privata*, tanto che il prodotto finale di essa (il lodo) potrebbe anche non essere soggetto all'omologazione del giudice statale. V., in proposito, E.F. RICCI, *Sull'efficacia del lodo arbitrale dopo la legge 9 febbraio 1983*, n. 28, in *Riv. dir. proc.* 1983, 742; ID., *Legge 9 febbraio 1983, N. 28 – Modificazioni alla disciplina dell'arbitrato*, in *Le nuove leggi civili commentate* 1983, 743; C. CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 66.

³⁴⁷ Così Corte cost. 12 febbraio 1963, n. 2, in *Giur. cost.* 1963, 23 ss., nt. P. BARILE, *L'arbitrato e la Costituzione*, in *Mass. giur. lav.* 1963, 95 ss. Secondo quanto statuito da Corte cost. 2 maggio 1958, n. 35, in *Giur. cost.* 1958, 481, nt. C. ESPOSITO, per cui: "(...) *o giurisdizione speciale (...) oppure arbitrato volontario o facoltativo; non si dà spazio per un terzo tipo di deroga al principio dell'unità della giurisdizione e, cioè, per gli arbitrati imposti dalla legge (...)*".

Cost. e il rapporto di complementarità sussistente fra primo e secondo comma dell'art. 102, implicano, secondo la ricostruzione progressivamente delineata dalla giurisprudenza della Corte, che il monopolio della giurisdizione statale non vada inteso in senso assoluto, ma nel quadro del divieto di istituzione di giudici straordinari o speciali, sicché la funzione giurisdizionale sui diritti, pur se di regola si esercita davanti ai giudici ordinari, *può tuttavia essere espletata anche da giudici privati*, cui le parti – nell'esercizio di una libera ed autonoma scelta, ossia di un'autonomia intesa come atto incidente sull'esercizio del potere di azione – abbiano demandato la tutela dei propri diritti. Osserva in proposito Montesano³⁴⁸ che, dal combinato disposto degli artt. 2, 102, comma 3, Cost., emergerebbe il *forte favor costituzionale per ordinamenti giuridici privati*, che consente di affidare l'attività *lato sensu* giurisdizionale (di tutela e protezione dei diritti) a soggetti *estranei all'ordinamento giudiziario*, per quanto rimanga ferma, in relazione ad alcuni snodi della procedura arbitrale³⁴⁹, la necessità di una partecipazione o cooperazione della magistratura togata³⁵⁰.

Dalla giurisprudenza costituzionale, dunque, emergeva come la natura (incontestabilmente) privatistica del fenomeno arbitrale non rappresentasse in sé un ostacolo a che gli effetti di quel fenomeno potessero porsi *sullo stesso piano di quelli prodotti dalla funzione giurisdizionale esercitata dall'autorità giudiziaria statale*, non essendoci una stretta e necessitata correlazione tra *natura privata* di un fenomeno o istituto (qual è quello arbitrale) ed *effetti puramente privatistico-negoziali* del suo prodotto finale.

³⁴⁸ L'autore, nell'ambito di una peculiare impostazione sui fondamenti costituzionali dell'istituto arbitrale, riteneva che la deroga alla riserva di cui all'art. 102, comma 1 si fondasse sul combinato disposto degli artt. 2 e 102, comma 3, Cost., che riconoscono, garantiscono e tutelano, da un lato, l'autonomia dei singoli (nozione, questa, ricompresa, secondo l'autore, in quella di *diritti inviolabili*) anche nelle formazioni sociali cui essi partecipano (tra cui rientrerebbero gli strumenti alternativi per la composizione di controversie che, come l'arbitrato rituale, mirano ad ottenere una tutela di diritti disponibili analoga, per contenuto ed intensità, a quella conseguibile dai giudici statali) e, dall'altro, la partecipazione del popolo all'amministrazione della giustizia. Per riferimenti v. L. MONTESANO, *Magistrature – ordinarie e speciali – e arbitri nella giustizia civile secondo la costituzione*, in *Riv. dir. proc.* 1996, 657.

³⁴⁹ Si pensi, ad esempio, al giudizio di impugnazione avverso il lodo, da proporre inderogabilmente dinanzi al giudice statale.

³⁵⁰ Secondo Corte cost. 14 luglio 1977, n. 127, andava valorizzato il rapporto di complementarità individuato fra primo e secondo comma dell'art. 102 Cost., talché il monopolio della giurisdizione statale non andava inteso *in senso assoluto*, ma nel quadro del divieto di istituzione di giudici straordinari o speciali. L'arbitrato, dunque, nelle forme e secondo le modalità stabilite dall'ordinamento giuridico (tra cui la necessità che esso sia disciplinato da norme di legge che assicurino idonee garanzie processuali e che sia prevista l'impugnabilità del lodo dinanzi agli organi della giurisdizione ordinaria), è fenomeno perfettamente compatibile con il principio del monopolio statale della giurisdizione.

È anche alla luce di queste considerazioni che, a poca distanza dalla “svolta negoziale” delle Sezioni Unite, ed in controtendenza non solo all’impostazione adottata da esse (e dalla giurisprudenza successiva ad essa allineata, che risulterà prevalente fino alla riforma del 2006), ma financo rispetto alla *dottrina al tempo maggioritaria*³⁵¹, la Corte costituzionale, con la decisione del 28 novembre 2001, n. 376³⁵², riconosceva *anche agli arbitri* la facoltà di sollevare la questione di costituzionalità delle leggi ai sensi dell’art. 23, l. 11 marzo 1953, n. 87.

Al di là dell’esito pratico di tale decisione (consistente nel superamento di un *impasse* procedurale per cui, nel nostro sistema costituzionale, è precluso ad ogni organo giudicante tanto il potere di disapplicare le leggi, quanto quello di definire il giudizio applicando leggi di dubbia costituzionalità³⁵³), ciò che soprattutto rile-

³⁵¹ Si veda, *ex multis*, la posizione di E. FAZZALARI, *Una svolta attesa in ordine alla “natura” dell’arbitrato*, cit., 707, il quale, dal *dictum* delle Sezioni Unite del 2000 n. 527, derivava la conseguenza dell’impossibilità: “(...) di riconoscere [agli arbitri] il potere, spettante al giudice dello Stato, di sottoporre alla Corte costituzionale la pregiudiziale di costituzionalità”. Per riferimenti all’orientamento prevalente in dottrina, che negava agli arbitri la possibilità di porsi validamente come giudici a quibus, v. G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 50, nt. 137.

³⁵² In *Foro it.* 2002, I, 1649 ss.; in *Giust. civ.* 2001, I, 2883 ss., nt. R. VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*; in *Giur. it.* 2002, I, 688 ss., nt. G. CANALE, *Anche gli arbitri rituali possono sollevare la questione di legittimità costituzionale di una norma*; in *Riv. arb.* 2001, 657 ss., nt. A. BRIGUGLIO, *Merito e metodo nella pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri rituali alla rimessione della pronuncia pregiudiziale costituzionale*; in *Corr. giur.* 2002, 1009 ss., nt. M. FORNACIARI, *Arbitrato come giudizio a quo: prospettive di una possibile evoluzione*; in *Riv. crit. dir. priv.* 2002, 305 ss., nt. M. BOVE, *Gli arbitri di fronte alla questione di legittimità costituzionale (riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale 28 novembre 2001, n. 376)*. V. anche F. DANOVI, *Gli arbitri rituali come i giudici di fronte alla sospetta incostituzionalità della legge*, in *Giust. civ.* 2002, 471 ss. V. anche i commenti di B. SASSANI, F.P. LUISO (favorevole), F. AULETTA (critico) e B. CAPPONI (interlocutorio), *Sulla legittimazione del giudice privato a sollevare una questione di costituzionalità* (C. Cost. n. 376 del 2001), in *Giust. civ.* 2002, 59 ss.

³⁵³ In definitiva, secondo la Corte, anche agli arbitri – il cui giudizio viene definito “*potenzialmente fungibile con quello degli organi della giurisdizione*” – deve poter essere data la possibilità di utilizzare il sistema di sindacato incidentale sulle leggi, quando risulti impossibile superare il dubbio attraverso l’opera interpretativa, anche alla luce del fatto che il dubbio sulla legittimità costituzionale della legge da applicare non sarebbe in linea di principio diverso da ogni altro problema che si ponga nell’itinerario logico del decidente al fine di pervenire ad una decisione giuridicamente corretta, rientrante, come tale, nell’attività di applicazione del diritto *secundum Constitutione*. In proposito si è osservato, in dottrina, che l’intento primario della Corte costituzionale non era tanto la qualificazione, in un senso o nell’altro, del fenomeno arbitrale e degli effetti del lodo, quanto la volontà di evitare che, nell’ordinamento, residuassero zone franche di esercizio di attività di risoluzione delle dispute sottratte al sindacato di costituzionalità, a garanzia del principio di gerarchia delle fonti normative e della natura rigida della nostra Costituzione (così C. CAVALLINI, *L’arbitrato rituale. Clausola compromissoria e processo arbitrale*, Milano 2009, 135). Da questo punto di vista, ogniqualvolta risulti impossibile superare il dubbio attraverso l’opera interpretativa, l’obbligo degli arbitri di rimettere alla Corte la questione di legittimità costituzionale risolverebbe il problema, su-

va è la motivazione che la sorregge. In essa viene infatti delineata una nozione di giurisdizione *sganciata dal profilo soggettivo dell'organo che la esercita* e connotata, invece, sul piano oggettivo, *dal tipo di attività svolta*.

Sebbene la Corte, in questa decisione, avesse espressamente dichiarato di non voler addentrarsi nella: “(...) *complessa problematica relativa alla natura giuridica dell'arbitrato rituale*”, rinveniva nell'arbitrato, se osservato sotto il profilo procedimentale e funzionale, la presenza di un “giudizio”, che non si differenziava: “(...) *da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione*”, cui attribuire lo *status* di fenomeno *pienamente fungibile e sostitutivo* rispetto a quello giurisdizionale³⁵⁴. Richiamando la propria precedente giurisprudenza sulla nozione di giudici *a quibus*³⁵⁵, essa accoglieva la ricostruzione prospettata dal collegio ar-

perando le tesi, generalmente insoddisfacenti, elaborate in passato dalla dottrina per aggirare in qualche modo l'ostacolo (per una panoramica delle quali v. G. TRISORIO LIUZZI, *Questioni pregiudiziali e sospensione del giudizio arbitrale*, cit., 837). Si pensi, ad esempio, alla tesi che cercava un appiglio nell'art. 819 c.p.c. (in tema di questioni incidentali), per cui l'arbitro avrebbe dovuto sospendere il giudizio arbitrale al fine di consentire alle parti di sottoporre il dubbio di legittimità costituzionale al giudice ordinario, a cui sarebbe spettato il compito di sollevare la questione davanti alla Corte. In tale ricostruzione, tuttavia, come ha puntualmente evidenziato la Corte stessa, si sarebbe avuta una conformità solo apparente con la disciplina dettata dall'art. 819 c.p.c. in tema di questioni incidentali, in quanto tale ultima norma postula che, una volta sospeso il procedimento arbitrale, il giudice competente, adito dalle parti, decida la questione incidentale; mentre, nel caso della questione di costituzionalità, si sarebbe demandato al giudice ordinario non il compito di risolvere il dubbio, ma solo quello di reiterare la valutazione di rilevanza e di non manifesta infondatezza già effettuata dagli arbitri, al fine di sollevare esso stesso, davanti alla Corte, una questione pregiudiziale rispetto a una decisione di merito *che non spettava però a lui adottare*, bensì agli arbitri. Ritengono che quello degli arbitri di sollevare la questione di legittimità costituzionale rappresenti *un obbligo*, e non *una mera facoltà* S. MENCHINI, A. MOTTO, *Sub art. 819 bis c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 341, per i quali, avendo il lodo: “(...) effetti del tutto identici a quelli della sentenza, la posizione degli arbitri e quella dei giudici circa l'applicazione della norma di diritto alla fattispecie concreta sono del tutto identiche”; M.A. ZUMPARO, *Sub art. 819 bis c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI, *Commentario alle riforme*, cit., 866; G. TRISORIO LIUZZI, *Questioni pregiudiziali e sospensione nel giudizio arbitrale*, cit., 838; *contra*, in favore della tesi della mera facoltà degli arbitri G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., 117; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2ª ed., cit., 204 ss.; ID., *Il processo civile*, cit., 251; G.F. RICCI, *Sub art. 819 bis c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 496; G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 234.

³⁵⁴ La Corte costituzionale, nella decisione n. 376 del 2001, ha svolto una serie di riflessioni (incstrate essenzialmente sul profilo procedimentale e funzionale dell'istituto arbitrale, idoneo ad integrare il *requisito oggettivo* della presenza di un “giudizio”, che non si differenzerebbe “(...) *da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione, anche per quanto riguarda la ricerca e l'interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie*”), che sono state poi non solo richiamate da quella parte della giurisprudenza successiva favorevole alla qualificazione dell'arbitrato come un fenomeno giurisdizionale, ma altresì prese a riferimento dal legislatore della riforma del 2006.

³⁵⁵ V., in particolare, le decisioni della Corte cost. n. 387 del 1996; n. 226 del 1976; n. 83 del

bitrale napoletano remittente, che, nell'evoluzione sia normativa che dottrinarie e giurisprudenziale degli ultimi anni, aveva colto: "(...) una più accentuata adesione alla tesi della configurabilità degli arbitri come giudice *a quo*". Statuiva in particolare non doversi differenziare tra giudizio arbitrale e un giudizio: "(...) *che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione*"³⁵⁶, perché anche per l'arbitrato – in ragione di una progressiva marcata assimilazione della figura dell'arbitro a quella dell'autorità giudiziaria, della sostanziale equiparazione del lodo alla sentenza giudiziale, dell'introduzione dell'impugnazione per nullità del lodo per violazione del contraddittorio ed, infine, della nuova formulazione dell'art. 819 c.p.c. (in tema di questioni incidentali)³⁵⁷ – poteva parlarsi di: "(...) *un procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia, con le garanzie di contraddittorio e di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria*".

Tali considerazioni sono state in gran parte riprese e ribadite dalle recenti decisioni della stessa Consulta e della Cassazione, rispettivamente la n. 223/2013³⁵⁸ e la n. 24153/2013 (in tema, rispettivamente, di trasmigrabilità della causa tra arbitrato e giudizio statale e di esperibilità del regolamento di giurisdizione in presenza di patto per arbitrato estero), che a loro volta hanno influenzato il legislatore della riforma del 2006.

1966, per le quali, per integrare la nozione di giudice *a quo* ai fini della proposizione della questione di costituzionalità delle leggi, era sufficiente l'esercizio di "funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge" da parte di soggetti, "pure estranei all'organizzazione della giurisdizione" e "posti in posizione *super partes*".

³⁵⁶ V. P. PERLINGIERI, *Funzione giurisdizionale e costituzione italiana*, Napoli 2010, 175 ss. V. anche C. CONSOLO, *Un nutriente corso universitario sulla funzione e sull'ordinamento giurisdizionale costituzionalmente orientato*, in *Riv. dir. proc.* 2012 688 ss.

³⁵⁷ Al contrario, il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, concludeva per la declaratoria di inammissibilità della questione sollevata dal collegio arbitrale, manifestando dubbi in ordine alla legittimazione del collegio arbitrale a sollevare la questione di legittimità costituzionale, in base al combinato disposto degli artt. 25 e 102 Cost. e 23, l. 11 marzo 1953, n. 87, e tenuto conto altresì dell'orientamento della Corte di giustizia, secondo cui l'arbitro non può essere considerato un'autorità giudiziaria dello Stato membro ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE (oggi art. 267 del TFUE). Interessanti anche le considerazioni svolte dalla Presidenza del Consiglio sul merito della questione controversa (e dunque in relazione alla manifesta infondatezza della questione), secondo le quali il giudizio arbitrale – a prescindere dalla dubbia costituzionalità di quello di cui si trattava, in quanto obbligatorio – costituirebbe comunque una "eccezione alla regola della giurisdizione ordinaria" e si caratterizzerebbe bensì per la rapidità di giudizio, ma anche per le minori garanzie offerte alle parti.

³⁵⁸ Il riferimento è a Corte cost. n. 223 del 19 luglio 2013, che ha sancito l'illegittimità costituzionale del comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c., nella parte in cui non prevedeva l'applicazione, nei rapporti arbitro-giudice, di regole corrispondenti all'art. 50 c.p.c.

A distanza, dunque, di un solo anno dalla “svolta negoziale” della Cassazione, la pronuncia della Corte costituzionale, pur senza mai entrare espressamente *in medias res* sulla questione della natura giuridica del fenomeno arbitrale in generale e del lodo arbitrale in particolare, imbecca una direzione che sconfessa l’argomento secondo cui, dalla natura indiscutibilmente privatistica dell’arbitrato, debba necessariamente discendere il carattere negoziale del suo atto conclusivo, produttivo di effetti non dissimili da quelli di un contratto.

Il vero punto di rottura tra la visione adottata dalle Sezioni Unite con la decisione del 2000 e quella fatta propria dalla Corte costituzionale non sta tanto nell’attribuzione di una presunta “natura pubblicistica o giurisdizionale” all’arbitrato, quanto piuttosto nel riconoscimento che il lodo arbitrale non è, come avviene per i negozi e i contratti, *la risultante della loro comune volontà*, ma il prodotto di un giudizio affidato ad un terzo che, applicando il diritto obiettivo nell’ambito di un procedimento regolato dalla legge e nel rispetto delle garanzie costituzionali, decide – sotto il profilo contenutistico – anche (anzi, molto spesso) “contro” la volontà delle parti: di un giudizio, quindi, che ha tutti i crismi della “giurisdizionalità”. Del resto i rimedi approntati dall’ordinamento contro il lodo rituale non sono quelli propri dei negozi, fondati sui vizi di volontà, bensì quelli propri della decisione giudiziale, fondati sul mancato rispetto di regole fondamentali del procedimento o sull’ingiustizia della decisione. Sebbene la giurisprudenza successiva abbia tentato in qualche modo di ridimensionare la portata (e le relative implicazioni) della decisione della Corte costituzionale n. 376 del 2001³⁵⁹, anche in ragione del prevalere del “clima” negozialista imposto dal *revirement* delle Sezioni Unite, non mancano, già prima della riforma del 2006, prese di posizioni giurisprudenziali che hanno ripreso proprio gli spunti emersi dall’impostazione adottata dal Giudice delle Leggi³⁶⁰.

6.2. *La riforma del 2006 e le successive fondamentali pronunce del 2013 della Corte costituzionale n. 223 e delle Sezioni Unite n. 24153*

La riforma del 2006 si situa dunque al termine di un percorso evolutivo non poco accidentato ed altalenante, caratterizzato da una serie di interventi legislativi

³⁵⁹ V., *ex multis*, Cass. S.U. 25 giugno 2001, n. 9289.

³⁶⁰ Si pensi, ad esempio, a Cass. 22 giugno 2005, n. 13442, in *Riv. dir. proc.* I, 2006, 1091 ss. nt. C. CECHELLA, *Sulla opposizione di terzo ordinaria proposta incidentalmente in un giudizio di opposizione di terzo revocatoria al lodo arbitrale e sulla equiparazione del lodo alla sentenza*, che conclude per l’applicabilità degli artt. 329 ss. (ossia delle regole dettate per i giudizi di appello) al processo di opposizione di terzo di un lodo: “(...) *in considerazione dell’equiparazione del lodo alla sentenza – nonostante la autonomia del giudizio arbitrale rispetto al giudizio giurisdizionale civile – confermata dalla immediata impugnabilità del lodo indipendentemente dal suo deposito e dalla sua impugnazione anche per opposizione di terzo*”.

che hanno inciso anche profondamente sulla fisionomia dell'istituto arbitrale e da orientamenti interpretativi (sia dottrinali, ma soprattutto giurisprudenziali) non del tutto omogenei.

Fatta salva la svolta in senso radicalmente negozialistico delle Sezioni Unite del 2000, tuttavia, nell'ambito di quel percorso evolutivo è ravvisabile una decisa prevalenza della visione dell'arbitrato come fenomeno *lato sensu* giurisdizionale: dapprima, in ragione del ruolo svolto, per qualche decennio, dalla teoria della "giurisdizionalizzazione *ex post*"³⁶¹ e, dipoi, in forza di una progressiva "processualizzazione" – attuata sia con la novella del 1983, sia con la riforma del 1994 – dei profili distintivi e caratterizzanti l'arbitrato.

La riforma del 2006 rappresenta un ulteriore tassello in questa direzione, collocandosi, senza dubbio, più sulla scia del *dictum* del Giudice delle Leggi (n. 376 del 2001) che di quello delle Sezioni Unite (n. 527 del 2000).

Come già delineato in precedenza, ciò emerge non solo dall'introduzione di una norma quale l'art. 824 *bis* c.p.c., ma altresì da una serie di norme ulteriori che sanciscono inequivocabilmente il carattere *fungibile* e *sostitutivo* dell'arbitrato rispetto al giudizio ordinario. Al di là dell'estensione, anche all'arbitrato, delle garanzie del giusto processo (terzietà ed imparzialità dell'arbitro; diritto di difesa; parità delle armi; principio del contraddittorio), si pensi, a titolo d'esempio, all'art. 816 *quinquies* c.p.c., che contempla l'ammissibilità dell'intervento volontario di terzi nel giudizio arbitrale e l'applicabilità, anche all'arbitrato, dell'art. 111 c.p.c.; agli artt. 819 e 817 *bis* c.p.c., che equiparano sostanzialmente, con limitate eccezioni, il potere di cognizione incidentale degli arbitri sulle questioni pregiudiziali di merito insorte nel corso del giudizio a quello del giudice statale; all'art. 819 *bis* c.p.c., che attribuisce espressamente agli arbitri il potere di sollevare la questione di legittimità costituzionale delle leggi e circoscrive in maniera tassativa le ipotesi di sospensione necessaria; all'art. 831 c.p.c., che contempla, avverso il lodo arbitrale, la possibilità di esperire i rimedi dell'opposizione di terzo, sia ordinaria che revocatoria, e della revocazione.

Il processo di progressivo avvicinamento dell'arbitrato (e del suo prodotto finale) alla dimensione propriamente giurisdizionale della risoluzione delle controversie ha infine ricevuto un ulteriore, decisivo, avallo dalle più volte citate decisioni, rispettivamente, della Corte costituzionale n. 223/2013 e della Corte di Cassazione n. 24153/2013. Tali decisioni, pur affrontando problematiche distinte, convergevano tuttavia su un profilo: il riconoscimento, in capo agli arbitri, di una funzione propriamente *giurisdizionale* e della piena equiparazione del lodo arbitrale ad una sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, con ricadute altresì sulla qualificazione dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale, ricondotti, per

³⁶¹ Per riferimenti alla quale v. il secondo capitolo.

quanto attiene ai rapporti con i giudici ordinari, alla categoria della *competenza* e, per quanto riguarda i rapporti con i giudici speciali, a quella della *giurisdizione*.

Nello specifico, la Corte costituzionale, con la decisione n. 223 del 19 luglio 2013³⁶², si pronunciava sulla questione dell'applicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, dell'istituto della trasmigrazione della causa, per il caso in cui uno dei due organi, adito dalla parte in presenza di una convenzione di arbitrato, dovesse rigettare in rito la domanda, per accertata insussistenza della propria *potestas iudicandi*³⁶³. Su tale tematica, che riveste un'importanza centrale nell'ambito della presente ricerca, ci soffermeremo approfonditamente nel corso della trattazione³⁶⁴. In questa sede ci limitiamo ad evidenziare i passaggi della decisione che si occupano specificamente del tema dell'inquadramento e della qualificazione del fenomeno arbitrale, nonché della natura e degli effetti della pronuncia.

Richiamando la propria precedente giurisprudenza, la Corte ribadiva la piena *fungibilità e sostitutività* del giudizio arbitrale rispetto a quello statale, sotto il profilo del tipo di attività esercitata, della comune finalità di assicurare la tutela delle situazioni giuridiche sostanziali e, infine, degli effetti delle rispettive decisioni. Tale ca-

³⁶² In *Riv. arb.* 2014, 81, ntt. senza titolo di B. BOVE, A. BRIGUGLIO, M. MENCHINI, B. SASSANI; in *Foro it.*, 2013, I, 2690, ntt. E. D'ALESSANDRO, *Finalmente! La Corte costituzionale sancisce la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda introduttiva nei rapporti tra arbitro e giudice*; M. ACONE, "Translatio iudicium" tra giudice ed arbitro: una decisione necessaria incompiuta o volutamente pilatesca?; R. FRASCA, *Corte cost. n. 223 del 19 luglio 2013 e art. 819 ter c.p.c.: una dichiarazione di incostituzionalità veramente necessaria?*; in *Corr. giur.* 2013, 1107, nt. C. CONSOLO, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza con piena translatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*.

³⁶³ Come più volte ricordato, il legislatore della riforma, pur equiparando gli effetti del lodo a quelli della sentenza del giudice statale, e apparentemente riconducendo il rapporto arbitri-giudici (mediante il reiterato riferimento ad essa) ad una questione di "competenza", aveva tuttavia sancito, all'art. 819 *ter*, comma 2, c.p.c., l'inapplicabilità a detti rapporti di "regole corrispondenti" agli artt. 44, 45, 48, 50 e 295 c.p.c. Aveva cioè escluso – in linea di assoluta continuità con l'orientamento prevalente in giurisprudenza nel contesto normativo precedente (criticato invece da una parte della dottrina) – l'applicazione ai rapporti arbitro-giudice dell'istituto della *translatio iudicium*. Istituto che, nei rapporti tra giudici ordinari (ed ora, a seguito della l. n. 69 del 2009, anche nei rapporti tra giudici ordinari e giudici speciali), consentendo la continuazione del processo a seguito della declinatoria pronunciata dall'organo originariamente adito, rappresenta una delle più importanti espressioni del principio, di matrice chiovendiana, della tendenza del processo a pronunzie di merito, rispondendo all'esigenza garantistica che la durata del processo non vada a danno dell'attore che ha ragione. Ciò discriminava palesemente la parte che avesse scelto l'arbitrato anziché la via della giustizia ordinaria, dato che l'assenza di trasmigrabilità della causa condannava l'attore, che avesse adito l'organo poi dichiaratosi incompetente, a subire la perdita degli effetti sostanziali e processuali della domanda originaria. Nel nostro ordinamento, infatti, la conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda in caso di declinatoria di *potestas iudicandi* pronunciata da un organo può aversi solo attraverso il meccanismo della *translatio iudicium*.

³⁶⁴ V. in particolare, il secondo e il quinto capitolo.

rattere *fungibile* e *sostitutivo* dell'arbitrato, secondo la Corte, era la risultante di un lungo percorso che, dalle riforme del 1983 e del 1994³⁶⁵, era giunto fino alla riforma del 2006, passando anche attraverso alcuni storici interventi dello stesso Giudice delle Leggi. Proprio in forza di questo *carattere sostitutivo* attribuito alla giustizia arbitrale, il sistema arbitrato – giurisdizione dovrebbe essere considerato, nel suo complesso, come un *unico sistema di tutela (giurisdizionale) dei diritti*³⁶⁶.

L'impianto concettuale della decisione della Consulta veniva ribadito, a distanza di solo pochi mesi, anche dall'ordinanza n. 24153 del 2013 delle Sezioni Unite. Proprio sull'assunto di una sostanziale equiparazione della funzione esercitata dagli arbitri rispetto a quella esercitata dal giudice statale, nonché *di una piena equiparazione degli effetti del lodo arbitrale a quelli della sentenza emessa dal giudice statale*, esse qualificavano come “di giurisdizione” il rapporto intercorrente tra un giudice statale italiano e un arbitro estero, sancendo l'ammissibilità del regolamento di giurisdizione per determinare se, in presenza di una convenzione arbitrale, la causa spettasse all'uno o all'altro.

Nel dichiarato intento di superare l'orientamento privatistico-negoziale e ribadendo altresì la compatibilità dell'arbitrato con i principi e le norme costituzionali, in particolare con l'art. 102, rispettivamente comma 1³⁶⁷ e comma 2³⁶⁸ Cost., le Sezioni Unite ravvisavano nel susseguirsi delle riforme intervenute negli ultimi anni (a partire da quella del 1994) una progressiva adesione del legislatore alla tesi “giurisdizionale” dell'arbitrato e al conseguente inquadramento del lodo arbitrale in termini di atto avente “natura giurisdizionale”.

La Corte sottolineava in particolare l'importanza sistematica delle modifiche apportate, nel corso degli anni e sino alla riforma del 2006, *ai mezzi di impugnazione esperibili avverso il lodo* (la cui proponibilità non è più condizionata dall'emanazione del decreto di esecutività, essendo dunque il lodo, e non la *sentenza arbitrale*, oggetto diretto di impugnazione), che contemplano ora anche la

³⁶⁵ Di cui si evidenziavano, in particolare, le modifiche in tema di proponibilità dei mezzi di impugnazione avverso il lodo arbitrale *indipendentemente dal suo deposito*; esperibilità, avverso il lodo, della revocazione straordinaria e dell'opposizione di terzo, sia ordinaria che revocatoria, sul motivo di impugnazione per nullità fondato sulla contrarietà del lodo a precedente sentenza passata in giudicato o ad altro precedente lodo, non più impugnabile.

³⁶⁶ Proprio dal riconoscimento, all'arbitrato, della stessa *dignità* conferita al giudizio statale sotto il profilo dell'idoneità alla tutela (giurisdizionale) dei diritti, discendeva la non conformità dell'art. 819 *ter*, comma 2, c.p.c. all'art. 24 Cost.: se l'ordinamento consente alle parti di sottoporre alcune controversie agli arbitri, prevedendo che il loro *dictum* abbia l'efficacia delle sentenze rese dai giudici statali, è necessario che esso preveda altresì misure idonee ad evitare che tale scelta abbia ricadute negative per i diritti oggetto delle controversie stesse.

³⁶⁷ Secondo cui: “*La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario*”.

³⁶⁸ Secondo cui: “*Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali (...)*”.

revocazione straordinaria e l'opposizione di terzo, sia ordinaria che revocatoria, con la concentrazione della competenza funzionale presso la Corte d'appello. Tali modifiche escluderebbero in radice la possibilità di attribuire al lodo arbitrale una *duplice natura, negoziale* (prima del deposito), e *giurisdizionale* (dopo la dichiarazione di esecutività).

L'assimilazione poi, dell'atto introduttivo dell'arbitrato alla domanda introduttiva di un giudizio statale, in particolare sotto il profilo dell'incidenza sugli istituti della prescrizione³⁶⁹ e della trascrizione³⁷⁰, grazie anche all'efficacia dell'accertamento contenuto nel lodo verso terzi (laddove ogni atto che trova la sua base esclusivamente sulla volontà pattizia e dispositiva delle parti di un negozio vale esclusivamente fra le parti ed è sfornita di efficacia nei rapporti dipendenti), postulerebbe: "(...) *l'equiparazione alla domanda giudiziale (esercizio dell'azione giudiziaria) dell'atto di promovimento del processo arbitrale, e l'attribuzione al lodo dell'attitudine non di efficacia negoziale, ma dell'efficacia e della autorità della cosa giudicata*".

6.3. *Le attuali posizioni della dottrina e della giurisprudenza sulla vexata quaestio della natura giuridica dell'arbitrato rituale e sugli effetti del lodo arbitrale*

Si è già detto che l'introduzione dell'art. 824 *bis* c.p.c. non ha esaurito del tutto il dibattito sulla *vexata quaestio* della "natura giuridica" del fenomeno arbitrale e del lodo, nonché sull'esatta portata dell'equiparazione, sancita dalla norma, degli effetti di questo a quelli di una sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria³⁷¹.

³⁶⁹ Per quanto riguarda la prescrizione, il *novum* della recente evoluzione della disciplina normativa sarebbe dato dall'attribuzione, alla notifica dell'atto di promovimento del giudizio arbitrale, dell'effetto interruttivo-sospensivo, che sarebbe proprio *soltanto della domanda giudiziale*, integrando esso *un tipico effetto sostanziale dell'atto di esercizio dell'azione giudiziaria*. Secondo le S.U.: "[s]oltanto il riconoscimento della 'giurisdizionalità' del processo arbitrale consente di estendere l'effetto interruttivo della domanda al termine di decadenza (...)".

³⁷⁰ Per quanto riguarda la trascrizione, entrambe le norme di cui agli artt. 2652 e 2653 c.c., rispetto a cui si manifesta l'effetto anticipatorio conferito alla trascrizione dell'atto introduttivo del giudizio arbitrale, concernono *l'efficacia dell'accertamento contenuto nel lodo verso terzi*, inconcepibile se riferito ad un atto negoziale, che si fonda esclusivamente sulla volontà pattizia e dispositiva delle parti del negozio. In particolare, nel caso dell'art. 2652 c.c., l'attribuzione al lodo di un'efficacia *ultra partes* su rapporti dipendenti *testimonierebbe la sua equiparazione a una sentenza dei giudici dello Stato, e, in ogni caso, ad una pronuncia giurisdizionale*. Nel caso dell'art. 2653 c.c., fornendo essa il mezzo tecnico che consente al processo di proseguire fra le parti originarie (valendo la sentenza anche nei confronti del successore a titolo particolare rimasto estraneo al processo), andrebbe ad integrare quella, fondamentale, dell'art. 2909 c.c., definendo i limiti dell'estensione soggettiva della cosa giudicata sostanziale.

³⁷¹ V. C. PUNZI, "Efficacia di sentenza" del lodo, cit., 155 ss., per il quale la riforma del 2006 è destinata: "(...) probabilmente in senso contrario alle intenzioni degli attuali novellatori, non già a

La giurisprudenza non pare avere dubbi sul fatto che, a seguito della riforma del 2006, il legislatore abbia inteso assimilare la funzione esercitata dagli arbitri a quella esercitata dai giudici dello Stato e che l'equiparazione tra gli effetti del lodo arbitrale e quelli della sentenza sia *piena*, implicando altresì l'idoneità del lodo ad *acquisire la qualità della cosa giudicata*³⁷². Sulla scorta delle pronunce cui si è fatto cenno nei paragrafi precedenti, concetti quali l'idoneità dell'istituto arbitrale ad integrare il *requisito oggettivo* della presenza di un "giudizio" (che non si differenzerebbe: "(...) *da quello che si svolge davanti agli organi statali della giurisdizione*"), la piena *fungibilità e sostitutività* del fenomeno arbitrale rispetto a quello giurisdizionale, l'assimilazione dell'atto introduttivo dell'arbitrato alla domanda giudiziale, l'esclusione di una duplice natura del lodo arbitrale (negoziale, in un primo tempo e giurisdizionale dopo la dichiarazione di esecutività), in favore di una ricostruzione del lodo come atto *propriamente giurisdizionale*, idoneo, al pari della sentenza statale, ad esplicare *l'efficacia e ad assumere l'autorità della cosa giudicata*, fanno parte del bagaglio logico-argomentativo della giurisprudenza ad oggi assolutamente prevalente.

A tale orientamento interpretativo si è allineata altresì la dottrina maggioritaria (che pur presenta al suo interno posizioni disomogenee con riferimento a diverse questioni teoriche e pratico-applicative originate dalle disposizioni introdotte dalla riforma del 2006). L'opinione di gran lunga maggioritaria è infatti nel senso che, con la riforma del 2006, si sia definitivamente superata la prospettiva privati-

sopire, bensì a riaccendere quel dilemma fra la contrattualità e la giurisdizionalità che caratterizza la storia dell'istituto"; ID., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2ª ed., cit., 4, ove l'autore afferma che, ad oggi: "(...) costituiscono ancora aperta materia di indagine (...) sia il rapporto fra gli strumenti alternativi (ed in specie, l'arbitrato) e la giurisdizione quanto a natura, forme, coordinamento ed effetti, sia l'individuazione dei caratteri specifici e genuini di ciascuno di essi e delle loro distinzioni interne"; G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 173, che rileva come sia ad oggi tutt'ora dibattuto se sia possibile sostenere la *completa parificazione* del regime e degli effetti della decisione arbitrale a quelli propri della sentenza statale, estendendo in particolare anche alla prima quell'attitudine al giudicato materiale che, ai sensi dell'art. 2909 c.c., spetta alla seconda; P.L. NELLA, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, cit., per il quale: "(...) la tendenziale assimilazione del lodo alla sentenza, quanto ad effetti, è un dato non controverso, ma resta dibattuta la portata di tale assimilazione rispetto agli effetti di giudicato e ai limiti oggettivi e soggettivi del lodo, nonché la questione della legittimità costituzionale del lodo"; F.P. LUISO, *L'art. 824-bis c.p.c.*, in www.judicium.it, per il quale: "Una prima lettura dell'art. 824-bis c.p.c. dovrebbe condurre pianamente a ritenere che – a parte l'efficacia esecutiva – sotto tutti gli altri profili la sentenza ed il lodo abbiano uguali effetti. Purtuttavia tale equiparazione continua da più parti ad essere contestata in ragione della 'natura' del lodo, più specificamente in ragione del fatto che gli effetti dello stesso non si fondano sul potere autoritativo dello Stato (il c.d. *imperium*), ma sul consenso degli interessati (...)".

³⁷² V. in tal senso, Cass. 26 maggio 2014, n. 11634, in *Foro it.* 2014, I, 2485, nt. E. D'ALESSANDRO, che dalla piena equiparazione del lodo alla sentenza ha desunto l'applicabilità, anche al lodo, dell'art. 1306 c.c. in tema di estensione degli effetti della sentenza a favore dei condebitori solidali.

stico-negoziale dell'arbitrato e del lodo arbitrale, in favore di un processo arbitrale *oggettivamente e funzionalmente giurisdizionale*, sostanzialmente non dissimile da un normale processo giurisdizionale su diritti (anche se affidato a giudici privati)³⁷³ e di una *piena equiparazione* tra lodo arbitrale e sentenza giudiziale³⁷⁴.

³⁷³ Così M. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in M. BOVE, C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, cit., 91, per il quale, con l'introduzione della norma in commento: "(...) dovrebbe superarsi ogni disputa sulla presunta natura negoziale del lodo, risultando ormai vittoriosa la c.d. teoria giurisdizionale dell'arbitrato"; ID., *La giustizia privata*, 3^a ed., cit., 29 ss.; M. TARUFFO, in P. COMOGLIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, 5^a ed., I, Bologna 2011, 126, per il quale l'art. 824 *bis* c.p.c. risolverebbe in modo netto il problema relativo alla natura dell'efficacia del lodo, nella misura in cui confermerebbe: "(...) la natura giurisdizionale dell'arbitrato, mentre vengono escluse sia la tesi 'privatistica', sia le altre tesi intermedie che erano emerse nel dibattito dottrinale anteriore"; N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, 3^a ed., Milano 2013, 716. Ancora, si rileva che, a differenza dell'arbitrato irrituale o libero: "(...) l'arbitrato vero e proprio, o arbitrato rituale, ha, invece, non soltanto la funzione, ma anche la struttura del giudizio anche nel suo risultato, che è di accertamento": così C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, 21^a ed., vol. III, Milano 2015, 415 ss. Per P. BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*, Bologna 2018, 629 ss., premesso che quella svolta attualmente dall'arbitrato sarebbe una: "(...) obiettiva funzione di supplenza rispetto alle inefficienze ed alla mancanza di risorse della giurisdizione", sarebbe opportuno prendere atto del fatto che gli arbitri: "(...) sono chiamati a svolgere, nel rispetto del principio di sussidiarietà, una funzione pubblica, e che di questa funzione devono attuare le regole essenziali". Altri autori affermano che il processo arbitrale è interamente disciplinato, salvo che per l'origine contrattuale e pattizia, dal diritto pubblico, come tale destinato a concludersi con un atto riconducibile al potere dispositivo delle parti, che si limiterebbero ad attivare il potere giurisdizionale conferito agli arbitri dalla legge: così A. CASTAGNOLA, C. CONSOLO, E. MARINUCCI, *Sul dialogo (impossibile?) fra Cassazione e dottrina, nella specie ... sulla natura (mutevole?) dell'arbitrato*, in *Corr. giur.* 2011, 56; CONSOLO, *Sul campo dissodato della compromettibilità in arbitri*, in *Riv. arb.* 2003, 253; R. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, cit., 125 ss., 133 e 141, per la quale il lodo rituale sarebbe una pronuncia emanata da soggetti incaricati di svolgere un'attività propriamente giurisdizionale, che ricoprirebbero anzi un ufficio appartenente all'ordinamento processuale dello stato, in quanto preposti all'esercizio di una funzione giurisdizionale anche se formalmente non incardinati nell'ordinamento giudiziario, rispetto al potere dei quali il patto arbitrale integrerebbe una condizione legittimante; ne seguirebbe che il lodo non avrebbe solo l'efficacia, ma altresì la natura di sentenza, o meglio sarebbe dotato dell'efficacia di sentenza in quanto avrebbe la natura stessa di un atto giurisdizionale; M.L. SERRA, *L'impugnazione per nullità del lodo rituale*, Napoli 2016, 136 ss.; E.F. RICCI, *Il nuovo arbitrato societario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2003, 2, 535 ss.; ID., *La Cassazione insiste sulla natura 'negoziale'*, cit., 1242; ID., prima della riforma, *La "funzione giudicante"*, cit., 367, per il quale: "(...) l'autonomia privata, lungi dall'essere confinata sul terreno negoziale, può aspirare ad ottenere un risultato di tipo giurisdizionale senza il giudice dello Stato": abbandonata, infatti, l'idea per cui la giurisdizione sarebbe un attributo esclusivo della sovranità dello stato, si doveva concludere, secondo l'illustre autore, nel senso che l'attività dell'arbitro rituale costituiva esercizio di una funzione propriamente giurisdizionale.

³⁷⁴ V., in questo senso, L. SALVANESCHI, *Il rapporto tra arbitro e giudice dopo la decisione della Consulta*, in *Riv. dir. proc.* 2014, 384 ss., per la quale, dopo la riforma del 2006 e l'introduzione di norme quali gli artt. 824 *bis*, 819 *bis* e 816 *quinquies*, si dovrebbe ritenere: "(...) pienamente rea-

In particolare, la formula di cui all'art. 824 *bis* c.p.c. viene letta nel senso che: “(...) *sul piano degli effetti, non sussisterebbero, allo stato, differenze fra sentenza del giudice statale ed il lodo arbitrale*”³⁷⁵, salvo, ovviamente, per quanto attiene all'effi-

lizzata l'equiparazione tra lodo e sentenza sotto tutti i profili, compreso quello della sua efficacia nei confronti dei terzi, come denotano la stessa esistenza dell'art. 816 *quinquies* c.p.c. e la disciplina della trascrizione, norme tutte che ruotano sul presupposto che anche il lodo, come la sentenza possa incidere i diritti di quest'ultimi”; C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, 21^a ed., III, Torino 2015, 393 ss. nt. 26; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 6^a ed., Padova 2008, II, 162 e III 451, per cui l'art. 824 *bis* c.p.c. avrebbe comportato una: “(...) piena parificazione del lodo, sotto il profilo degli effetti, alla sentenza pronunciata dall'autorità giurisdizionale”; M. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in M. BOVE, C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, cit., 91; ID., *La giustizia privata*, 4^a ed., Padova 2018, 205 ss., per il quale il lodo sarebbe una sentenza, ancorché privata, a tutti gli effetti, ad eccezione dell'efficacia esecutiva; il giudice privato accerterebbe qual è il diritto nel caso concreto allo stesso modo del giudice pubblico e la sua decisione avrebbe in gran parte gli stessi effetti della decisione pubblica; G.F. RICCI, *Ancora sulla natura e sugli effetti del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.* 2011, 177, per il quale: “(...) da qualunque punto di vista si voglia esaminare il problema, non v'è alcun elemento che possa tracciare dal punto di vista oggettivo alcuna differenza fra lodo e sentenza” e: “(...) nessuno potrebbe mettere in dubbio che la sostanza del lodo rituale sia in tutto e per tutto quella stessa della sentenza del giudice, atta ad esprimersi nella cosa giudicata, con una potenzialità completamente analoga a quella del prodotto giudiziario” (G.F. RICCI, *ibidem*, 186); G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 2^a ed., cit., 151, per il quale gli effetti del lodo rituale non sarebbero valutabili in termini di negozio, essendo la loro rilevanza quella assegnatagli dall'ordinamento, che l'ha modellata su quella della sentenza; F. CORSINI, *Prime riflessioni sulla nuova riforma dell'arbitrato*, cit., 515, per il quale, oltre all'art. 824 *bis* c.p.c., molte delle disposizioni introdotte dal legislatore della riforma confermerebbero: “(...) in maniera coerente ed inequivocabile l'intento del legislatore di avvicinare l'arbitrato al giudizio ordinario”; C. SPACCAPELO, *L'imparzialità dell'arbitro*, Milano 2009, 61, per la quale il 'tenore letterale' delle disposizioni del codice di rito: “(...) dovrebbe in teoria fugare ogni dubbio sull'equivalenza tra lodo e sentenza”; A. CASTAGNOLA, C. CONSOLO, E. MARINUCCI, *Sul dialogo (impossibile?) fra Cassazione e dottrina*, cit., 54, per i quali: “(...) l'art. 824 *bis* c.p.c. – e le disposizioni che di questa norma costituiscono i corollari, ivi compreso dunque l'art. 819 *ter* c.p.c. – lungi dall'essere un costrutto normativo di rottura o di svolta, abbia, una volta per tutte, preso atto e chiarito la natura e l'efficacia rivestita da sempre, e nella maggior parte degli ordinamenti, dalle decisioni degli arbitri rituali, su cui l'Italia non tiene a fare puristico partito a sé”; M. BOVE, *La giustizia privata*, 3^a ed., cit., 31, che parla di un lodo che: “(...) prima ancora di avere gli stessi effetti di una sentenza, come recita l'art. 824 *bis* c.p.c., è una sentenza e non un negozio giuridico, ancorché esso sia posto in essere da un privato, perché esso ha tutte le caratteristiche funzionali, strutturali e di regime giuridico delle sentenze”; R. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, cit., 133 ss., che a supporto della piena equiparazione tra lodo e sentenza richiama anche l'efficacia decisoria meramente processuale dei lodi rituali non definitivi su questioni di rito o di merito e dei lodi rituali definitivi di rito (non revocabili e non modificabili dagli arbitri e per essi vincolanti): un'efficacia che sarebbe incompatibile con la natura negoziale dell'arbitrato. Nello stesso senso v. anche E. D'ALESSANDRO, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI, *Commentario alle riforme*, cit., 960; M. TARUFFO, in P. COMOGGIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, cit., 126.

³⁷⁵ Così P.L. NELA, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, cit., 1844.

cacia esecutiva (riservata, in quanto espressione non di *iurisdictio*, ma di *imperio*, ai provvedimenti emessi dai giudici dello Stato). Tale integrale equiparazione tra i due provvedimenti implicherebbe, tra l'altro, l'applicabilità, anche all'arbitrato, del principio di conversione dei motivi di nullità in motivi di gravame³⁷⁶ e l'idoneità del *lodo non più impugnabile* (passato, quindi, in "giudicato formale") ad esplicare la forza del giudicato *materiale* tra le parti, alla stregua di quanto previsto dall'art. 2909 c.c.³⁷⁷. Il lodo opererebbe, dunque, come *lex specialis* del rapporto

³⁷⁶ Applicandosi questa espressione, evidentemente, non ad un insussistente giudizio di appello, ma, *mutatis mutandis*, all'impugnazione per nullità del lodo. È fatto in ogni caso salvo il vizio dell'inarbitrabilità della disputa.

³⁷⁷ In tal senso v. P.L. NELA, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, cit., 184, per il quale: "(...) dato che fra gli effetti di sentenza deve collocarsi la produzione della cosa giudicata sostanziale, si deve concludere che, per la nostra legge, il lodo può ora assumere l'autorità e l'efficacia della cosa giudicata sostanziale, in conformità a quanto esprime l'art. 819, comma 2 c.p.c., che dopo la riforma consente la decisione 'con efficacia di giudicato' delle questioni pregiudiziali da parte degli arbitri"; F. GALGANO, *Il lodo arbitrale vale, dunque, come sentenza*, in *Contratto e impresa* 2006, 297; G.F. RICCI, *Ancora sulla natura e sugli effetti del lodo arbitrale*, cit., 178, per il quale gli effetti: "anche in presenza di un giudizio emesso da privati, ben possono essere (se la legge lo vuole) quelli previsti dall'art. 2909 c.c., senza con ciò intaccare nessuna norma costituzionale, dato che la nostra Carta fondamentale non solo non lega l'efficacia del giudicato alla sola decisione dei giudici dello Stato, ma non ne parla neppure (...). E dunque non deve destare meraviglia il fatto che il legislatore possa imputare, come e quando vuole, gli stessi effetti della sentenza emessa dall'autorità giudiziaria anche ad un atto diverso da quello proveniente dal giudice" (sull'affermazione per cui l'immutabilità degli effetti delle sentenze non è stata elevata al rango di garanzia costituzionale, nonostante fossero state avanzate proposte in tal senso nei progetti concernenti il potere giudiziario v. V. DENTI, in F. CUOMO ULLOA, C. GAMBA, L. PASSANANTE, F. ROTA, E. SILVESTRI, M. TARUFFO, Bologna 2004, 132). Ancora, per G.F. RICCI, *ibidem*, 183, la differenza del lodo rituale rispetto al lodo irrituale riguarderebbe "l'attitudine [del primo] alla cosa giudicata"; C. CAVALLINI, *L'arbitrato rituale. Clausola compromissoria*, cit., 31 ss., per il quale il lodo, una volta definitivo, sarebbe idoneo a produrre: "effetti identici a quelli di una sentenza munita dell'incontrovertibilità del giudicato formale e sostanziale"; M. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in M. BOVE, C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, 91; C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, 21ª ed., Torino 2015, 391, per il quale, dal: "nuovo inequivocabile testo dell'art. 824 bis" si dovrebbe dedurre che l'efficacia del lodo: "vincola le parti con un accertamento che diverrà definitivo – e cioè coincidente con l'efficacia di giudicato anche verso gli aventi causa – dopo la decorrenza dei termini per proporre impugnazione per nullità di cui all'art. 828 c.p.c.": S. MENCHINI, *Sull'attitudine al giudicato sostanziale del lodo non più impugnabile non assistito dalla omologa giudiziaria*, in *Riv. arb.* 1998, 777 ss.; ID., *Più difese dalle contestazioni dei mandanti*, in *Guida al diritto* 2006, 8, 114 ss.; F. CORSINI, *Riflessioni a prima lettura sulla riforma dell'arbitrato*, in *www.judicium.it*, 2006; ID., *Prime riflessioni sulla nuova riforma dell'arbitrato*, cit., 515; S. BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, cit., 324; R. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, cit., 15; F. AULETTA, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 423, per il quale: "(...) almeno tra le parti, gli effetti di sentenza impongono di ritenere istantaneamente recisi gli

controverso, con la medesima estensione oggettiva propria del giudicato statale³⁷⁸.

E così anche alla decisione resa dagli arbitri, e ormai definitiva, si estenderebbe il principio per cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile³⁷⁹; l'accertamento contenuto nel lodo non più impugnabile coprirebbe non solo il diritto azionato, ma anche, secondo il noto schema della pregiudizialità logica, le questioni integranti gli antecedenti logici necessari della decisione (tra cui, soprattutto, il c.d. rapporto fondamentale – o rapporto giuridico obbligatorio comune agli effetti, su solo alcuni dei quali si sia pronunciato il lodo)³⁸⁰; al lodo definitivo sarebbe ricollegabile non solo l'efficacia *negativa o preclusiva*, ossia l'attitudine ad impedire una nuova pronuncia (in sede arbitrale o giudiziale) sul medesimo rapporto sostanziale deciso dal lodo non più impugnabile (potendo un'eventuale decisione successiva di segno contrario essere censurata in quanto resa in carenza di un presupposto processuale negativo³⁸¹), ma anche – in conformità al disposto dell'art. 2909 c.c. e all'attitudine dell'accertamento contenuto in una sentenza passata in giudicato a fare stato *ad ogni effetto* tra le parti – un'efficacia *conformativa*, ossia l'idoneità del lodo ad essere tenuto fermo come regola ormai non più controvertibile in relazione a rapporti giuridici intercorrenti tra le medesime parti e *dipendenti* da quello oggetto della decisione arbitrale definitiva. La piena ed integrale equiparazione tra lodo e sentenza si apprezzerrebbe anche sotto il profilo dell'idoneità del lodo, non più impugnabile, a “resistere” rispetto allo *ius superveniens* retroattivo, e, in particolare, ad un'eventuale dichiarazione sopravvenuta di incostituzionalità di una

antecedenti normalmente necessari rispetto al lodo stesso (nel che sta la sua autosufficienza)”, sicché: “(...) il giudice trova ostacolo nell'effetto di giudicato tra le parti (che fosse eccetto in relazione al precedente lodo non impugnato) siccome il lodo rimane sempre immutabile per le parti”; E. D'ALESSANDRO, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI, *Commentario*, cit., 967.

³⁷⁸ C. CAVALLINI, *L'arbitrato rituale. Clausola compromissoria*, cit., 41 ss., per il quale, una volta appurato che l'arbitrato è a tutti gli effetti un fenomeno di tutela giurisdizionale dei diritti, non si dovrebbe più dubitare del fatto che: “(...) l'accertamento racchiuso nel lodo, e per di più vincolante tra le parti come volontà di legge del caso concreto, divenga immutabile alla stessa stregua di una sentenza passata in giudicato”. Sul rapporto tra giudicato materiale e omologazione giudiziale (in particolare sul destino di un lodo divenuto definitivo, ma in relazione al quale sia stata in precedenza rigettata l'istanza di omologazione), v. C. CAVALLINI, *ibidem*, 46.

³⁷⁹ E. D'ALESSANDRO, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI, *Commentario alle riforme*, cit., 976.

³⁸⁰ M. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in M. BOVE, C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, cit., 92; LUISO, *L'art. 824-bis c.p.c.*, cit.

³⁸¹ Per E. D'ALESSANDRO, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI, *Commentario alle riforme*, cit., 980, in caso di riproposizione della medesima domanda già decisa dagli arbitri con pronuncia divenuta inoppugnabile, l'impedimento a una nuova decisione di merito in sede giudiziale discenderebbe non già dal principio del *ne bis in idem*, ma dalla mancanza di interesse ad agire.

norma che abbia costituito la base del giudizio degli arbitri³⁸², nonché sotto quello dell'idoneità della pronuncia arbitrale definitiva a trasformare le prescrizioni brevi in prescrizioni decennali, ai sensi dell'art. 2953 c.c.³⁸³.

Maggiori controversie sussistono, invece, sull'attribuzione, anche al lodo definitivo, dell'*efficacia riflessa* propria del giudicato statale, e dunque sull'attitudine del lodo inoppugnabile a vincolare soggetti terzi, titolari di rapporti giuridici dipendenti rispetto a quello deciso con pronuncia passata in giudicato. Sul punto, le posizioni della dottrina (pur nell'ambito di un orientamento tendenzialmente omogeneo quanto al riconoscimento di un'equiparazione piena, *quoad effectum*, tra lodo e sentenza) sono in effetti anche sensibilmente divergenti.

Alcuni autori, pur ammettendo l'idoneità del lodo ad acquisire la qualità del giudicato fra le parti, *escludono rigorosamente ogni effetto nei confronti dei terzi*, in ragione della limitazione del vincolo arbitrale alle parti contraenti³⁸⁴.

Altri, invece, riconoscono, *anche sotto questo profilo*, una piena equiparazione tra lodo e sentenza³⁸⁵, valorizzando, oltre che la norma di cui all'art. 824 *bis* c.p.c. e l'asserita funzione giurisdizionale svolta dagli arbitri, una serie di altri indici normativi³⁸⁶. In tale ottica, il lodo definitivo è ritenuto potenzialmente produttivo

³⁸² E. D'ALESSANDRO, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI, *Commentario alle riforme*, cit., 976 ss. Alla stessa conclusione, ma sulla base di premesse diverse, giunge anche LUISO, *L'art. 824-bis c.p.c.*, cit.

³⁸³ G.F. RICCI, *Ancora sulla natura e sugli effetti del lodo arbitrale*, cit., 177.

³⁸⁴ F. AULETTA, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 431, per il quale il lodo è bensì idoneo a divenire irrettabile dagli arbitri e immutabile tra le parti, ma non a dispiegare effetti diretti e immediati *ultra partes*.

³⁸⁵ Così M. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in M. BOVE, C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, cit., 91; ID., *La giustizia privata*, 4^a ed., cit., 205, per il quale i limiti oggettivi, soggettivi e cronologici dell'efficacia di un lodo andrebbero ricostruiti secondo le regole ed i principi che valgono per la sentenza statale. Con particolare riferimento ai limiti cronologici, l'autore ritiene che anche in relazione alla decisione arbitrale l'eventuale *ius superveniens* retroattivo non sia idoneo a travolgere l'attribuzione del bene della vita attuata con il lodo; S. MENCHINI, *Più difese dalle contestazioni dei mandanti*, cit., 114 ss.; F. CORSINI, *Prime riflessioni sulla nuova riforma*, cit., 515; G.F. RICCI, *Ancora sulla natura e sugli effetti del lodo arbitrale*, cit., 183, che parla espressamente di attitudine del lodo arbitrale alla cosa giudicata e a produrre effetti nella sfera dei terzi.

³⁸⁶ Tra cui, *in primis*, l'art. 816 *quinquies* (che richiama, tra l'altro, l'art. 111 c.p.c.), che ammette sempre, a prescindere dall'accordo delle parti e dal consenso degli arbitri, l'intervento adesivo dipendente e l'intervento del litisconsorte necessario, e rende appunto applicabile, anche all'arbitrato, le regole che l'art. 111 c.p.c. detta per il caso di successione a titolo particolare nel diritto controverso nell'ambito del giudizio statale; e l'art. 831, comma 3, c.p.c. che, nello statuire che: "(...) Il lodo è soggetto ad opposizione di terzo *nei casi indicati nell'articolo 404*", consente la proposizione avverso il lodo *anche* dell'opposizione di terzo revocatoria di cui all'art. 404, comma 2, c.p.c., ritenuto il rimedio: "(...) tipico (...) di coloro che, pur estranei al giudizio, non sfuggono all'effetto di accertamento di una sentenza tra altri pronunciata": M. BOVE, *La giustizia privata*, 4^a ed., cit., 205. In favore del riconoscimento al lodo dell'idoneità a produrre effetti nei confronti dei

vo di effetti anche nei confronti dei titolari di situazioni dipendenti da quelle dedotte in giudizio, *alla stessa stregua di quanto avverrebbe nel caso di una sentenza statale*. Altri autori, infine, pervengono al medesimo risultato, ma attraverso percorsi argomentativi diversi.

Luiso, ad esempio, che pur ritiene tutt'ora incontestabile che il lodo: "(...) *non sia atto disciplinato dal diritto pubblico, e quindi non sia espressione di un potere autoritativo*"³⁸⁷, di talché la qualificazione della funzione arbitrale come "giurisdizionale": "(...) *può essere accettata solo in senso contenutistico: in quella stessa direzione, quindi, battuta dalla Corte costituzionale nella sentenza 28 novembre 2001 n. 376*"³⁸⁸, osserva come, con riferimento ai terzi, titolari di situazioni sostanziali dipendenti da quella decisa, *con titolo posteriore alla litispendenza*, l'art. 816 *quinquies*, ultimo comma, c.p.c., equipari in tutto e per tutto gli effetti del lodo arbitrale a quelli della sentenza, nella misura in cui afferma che all'arbitrato si applica l'art. 111 c.p.c.³⁸⁹; lo stesso dicasi per quelle disposizioni che prevedono la tra-

terzi v. anche E. D'ALESSANDRO, *Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell'art. 824 bis c.p.c.*, in *Riv. arb.* 2007, 547. In tal senso anche Cass. S.U. 25 ottobre 2013, n. 24153, ord., in *Corr. giur.*, 2014, 87, nt. G. VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*; in *Foro it.*, 2013, I, 3048, nt. E. D'ALESSANDRO, per la quale si dovrà concludere che il lodo sia idoneo a incidere sui rapporti dipendenti, nonché sui diritti dei terzi che siano titolari di tali rapporti e che esso sia efficace nei confronti dei successori e degli aventi causa.

³⁸⁷ F.P. LUISO, *L'art. 824-bis c.p.c.*, in www.judicium.it.

³⁸⁸ Potendosi, in questo limitato senso, aderire a quella parte della dottrina che parla di "giurisdizione privata" (il riferimento è, soprattutto, a G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino 2010, 163; ID., *Sul monopolio dello stato in tema di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.* 2003, 371 ss.; ID., *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*, cit., 87), laddove, secondo F.P. LUISO, l'aggettivo rende palese che: "(...) l'attività arbitrale non può in alcun modo essere fatta rientrare nell'art. 102 Cost., che appunto riserva la funzione giurisdizionale alla magistratura", sebbene ciò non implichi che: "(...) i medesimi risultati i quali – se prodotti in via autoritativa, attraverso il diritto pubblico – sono riservati alla magistratura, non possano dalla legge essere attribuiti anche ad attività non autoritative". Espressioni analoghe erano già state utilizzate da E.F. RICCI, *La "funzione giudicante"*, cit., 367, per il quale: "(...) l'autonomia privata, lungi dall'essere confinata sul terreno negoziale, può aspirare ad ottenere un risultato di tipo giurisdizionale senza il giudice dello Stato", essendo tramontata l'idea per cui la giurisdizione sia un attributo esclusivo della sovranità dello Stato. Ad oggi, secondo E.F. RICCI, ben può affermarsi che l'attività dell'arbitro rituale costituisca esercizio di funzione giurisdizionale e che il lodo sia da considerarsi quale "sentenza pronunciata da giudici non togati". Contro l'opportunità e/o correttezza di una simile espressione v. FE. FAZZALARI, *Questione di legittimità costituzionale*, in *Riv. arb.* 2005, 662 ss.; ID., *Arbitrato (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir. Annali II*, 1, Milano 2008, 48; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 47; G. RUFFINI, in *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, Milano 2006, 62 ss.

³⁸⁹ Ricorda F.P. LUISO che, con riferimento alla sentenza del giudice statale, il combinato disposto degli artt. 111, comma 4, c.p.c. e 2909 c.c. prevede che la decisione resa *inter alios* sia vincolante per i terzi titolari di situazioni sostanziali dipendenti da quella decisa, *con titolo posteriore alla litispendenza*: e la giustificazione starebbe nel fatto che in tali (come in altri) casi la tutela del

scrivibilità della domanda proposta in sede arbitrale alla stessa stregua di quella proposta dinanzi al giudice statale (il riferimento è agli artt. 2652 e 2653 c.c.).

Con riferimento, invece, ai terzi titolari di diritti ed obblighi *con titolo anteriore alla litispendenza*, sebbene la loro posizione sia, in linea di principio, *di immunità dagli effetti della sentenza resa inter alios*³⁹⁰, vi sono casi in cui la produzione di effetti nei loro confronti ad opera di una sentenza è conseguenza del fatto che è lo stesso diritto sostanziale a delineare la posizione di costoro come esposta alle modifiche della situazione pregiudiziale, *da qualunque fonte esse siano prodotte* (e, dunque, tanto da una sentenza pronunciata nei confronti delle parti del rapporto pregiudiziale, quanto da un contratto da esse stipulato e avente ad oggetto quel rapporto pregiudiziale³⁹¹). In tali casi, secondo Luiso, non essendovi differenza quanto alla *fonte* dell'atto idoneo ad incidere sulle loro posizioni, dovrebbe essere riconosciuta anche al lodo l'idoneità a produrre effetti verso i terzi titolari di quelle posizioni³⁹².

Decisamente contrari a riconoscere effetti riflessi al lodo arbitrale non più impugnabile sono invece quegli autori che, anche dopo la riforma, e nonostante l'introduzione di una norma quale l'art. 824 *bis* c.p.c., rigettano con forza qualsivoglia assimilazione del fenomeno arbitrale ad un fenomeno propriamente giurisdizionale³⁹³, negando che l'attribuzione al lodo degli effetti della sentenza incida

diritto di azione della parte vittoriosa, di cui al comma 1 dell'art. 24 Cost., prevarrebbe sul diritto di difesa dell'avente causa della parte soccombente, di cui al comma 2 dell'art. 24 Cost.

³⁹⁰ Poiché in questo caso non sussiste alcuna ragione per privilegiare il diritto di azione della parte vittoriosa, la quale, avesse voluto ottenere una sentenza efficace anche nei confronti di un avente causa, il cui titolo era già in essere al momento delle proposizioni della domanda, avrebbe potuto estendere già allora al terzo il contraddittorio, avvertendolo della pendenza del processo e facendogli assumere il ruolo di parte.

³⁹¹ Prendendo, ad esempio, la fattispecie descritta all'art. 1595, comma 3, c.c., è proprio perché il rapporto di locazione principale può venir meno anche in virtù di un negozio che si giustifica l'efficacia verso il subconduttore della sentenza che produce lo stesso risultato.

³⁹² Secondo LUISO, che una qualche efficacia verso i terzi il lodo la debba esplicitamente emergerebbe altresì dall'art. 831 c.p.c., laddove si prevede che il terzo possa proporre opposizione di terzo revocatoria nei confronti del lodo: così anche S. MENCHINI, *Sull'attitudine al giudicato*, cit., 779.

³⁹³ Escludono che possa parlarsi di esercizio di giurisdizione in senso proprio F. CARPI, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 721; S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, 4^a ed., Milano 2011, 24 ss., per il quale l'attività degli arbitri sarebbe esercizio privato di "un'attività di giudizio e di giustizia, di generale e pubblica utilità", ma non giurisdizione in senso proprio, potendo i terzi subire dal lodo solo pregiudizi di fatto; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, 2^a ed., cit., 145; ID., *Ancora sulla legge delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 971 ss., per il quale gli arbitri: "(...) svolgono un'attività di diritto privato nel loro esclusivo interesse", mentre i giudici "(...) sono investiti dallo stesso ordinamento del potere di *ius dicere* e lo esercitano istituzionalmente"; S. MARULLO DI CONDOIANI, *Sub art. 813 c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI, *Commentario alle riforme*, cit., 604 ss.

in alcun modo sulla sua “natura giuridica” – che rimarrebbe atto di natura esclusivamente privatistica, seppur non meramente negoziale, ma *decisoria e vincolante* –, ed escludendo che detta attribuzione comporti una piena equiparazione del lodo alla sentenza, in particolare sotto il profilo dell’attitudine del lodo al giudicato materiale³⁹⁴ (sebbene su quest’ultimo profilo si registri di recente un’evoluzione nel pensiero di taluni esponenti di questo orientamento³⁹⁵).

Ciò che accomuna le posizioni di questi autori è la convinzione che gli arbitri, a differenza dei giudici dello Stato, derivino il proprio potere: “(...) *direttamente e soltanto dalle parti litigiose*”, svolgendo: “(...) *un ufficio di diritto privato nell’esclusivo interesse di queste*”³⁹⁶. L’arbitrato sarebbe, cioè, un meccanismo di risoluzione delle controversie che *si fonda e si svolge sul terreno dell’autonomia negoziale dei privati*, il cui campo di esistenza coinciderebbe con l’ambito dei diritti disponibili (come sancito anche dal rinnovato testo di cui all’art. 806 c.p.c.³⁹⁷) e che *permeerebbe tutto il processo arbitrale*³⁹⁸, lodo compreso, rendendo l’arbitrato e il lodo *irriducibili* alla giurisdizione statale e alla sentenza³⁹⁹.

³⁹⁴ C. PUNZI, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, II, 2^a ed., cit., 407 ss.; ID., *Il processo civile*, cit., 234 ss.; ID., *Luci ed ombre nella riforma dell’arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2007, 404 e 430 ss., ID., *Ancora sulla legge delega in tema di arbitrato*, cit., 975; G. RUFFINI, *Patto compromissorio*, in *Riv. arb.* 2005, 711 (ma v., *infra*, l’evoluzione del pensiero dell’autore in tempi più recenti); E. ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell’arbitrato*, cit., 266 ss. Per tali autori l’equiparazione fra lodo e sentenza operata dall’art. 824 *bis* c.p.c. non implica una totale coincidenza fra i due provvedimenti, né tantomeno un’identità di natura giuridica. Contrario all’assimilazione del lodo alla sentenza anche E. FAZZALARI, *Questioni di legittimità*, cit., 663 secondo il quale un ulteriore elemento di riscontro sarebbe ricavabile dal riferimento all’*exequatur* quale passaggio indispensabile affinché il lodo acquisisca l’efficacia esecutiva; passaggio che, secondo l’autore, dovrebbe ritenersi superfluo laddove il lodo avesse un’efficacia davvero giurisdizionale.

³⁹⁵ Il riferimento è, come vedremo *infra*, soprattutto a G. RUFFINI.

³⁹⁶ C. PUNZI, *‘Efficacia di sentenza’ del lodo*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell’arbitrato (L. n. 80/2005 e d. lgs. n. 40/2006)*, *Quaderni dell’associazione italiana per l’arbitrato*, Milano 2006, 155; ID., *‘Efficacia di sentenza’ del lodo*, in *Riv. arb.* 2005, 819; ID., *Disegno sistematico*, II, 2^a ed., cit., 426.

³⁹⁷ Così C. PUNZI, *‘Efficacia di sentenza’ del lodo*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell’arbitrato*, cit., 156.

³⁹⁸ Per l’affermazione della natura integralmente privatistica dell’arbitrato, non solo con riferimento al lodo, ma anche in relazione alla fase preparatoria di tale momento, ivi inclusi la stipulazione del patto arbitrale e lo stesso processo v. E. FAZZALARI, *Ancora in tema di svolgimento del processo arbitrale*, in *Riv. arb.* 2004, 663 ss.

³⁹⁹ G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 248. Lo stesso autore (a p. 174) ribadisce come il lodo sia una pronuncia dotata di proprie caratteristiche autonome e quindi non equiparabile *in toto* ad una sentenza statale. Se dalla natura privata del lodo non discende necessariamente la sua assimilazione ad un contratto, nella misura in cui l’arbitrato, a differenza di un negozio, è strumento di eterocomposizione delle dispute e mette capo ad una *decisione* vincolante per le parti resa da un soggetto terzo rispetto ad esse, d’altra parte la funzione decisoria del lodo non

Una serie di indici normativi⁴⁰⁰, in uno con la disciplina dei lodi non definitivi e parziali e altresì l'art. 829, comma 1, n. 4 e 10 c.p.c. (ove si rinviene il riferimento al potere-dovere degli arbitri di decidere il merito delle controversie loro demandate⁴⁰¹), testimonierebbero di una via arbitrale bensì idonea a “vincolare” le parti al *dictum* arbitrale, caratterizzato dall'autonomia, decisorietà e imperatività⁴⁰² e dotato, una volta pronunciato, di vita propria e di una sua *efficacia naturale*⁴⁰³ (sicché, in quest'ottica, *ma solo in quest'ottica*, esso ben potrebbe essere accostato, e dunque “tendenzialmente assimilabile”, alla sentenza emessa da un giudice dello Stato⁴⁰⁴).

consente una sua equiparazione *tout court* ad una sentenza del giudice statale. V. anche F. CARPI, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, cit., 596, per il quale la decisione arbitrale deve essere in sé e per sé considerata e studiata come atto che vive di vita propria, dotato di una propria specifica disciplina ed efficacia in ragione del fatto che essa origina, tramite la stipulazione del patto, nella volontà delle parti. Così, prima della riforma, G. RUFFINI, *Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. proc.* 2002, 146; L. MONTESANO, *Sugli effetti del nuovo lodo arbitrale e sulle funzione della sua 'omologazione'*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1994, 822; E. FAZZALARI, *Lodo e sentenza (ancora sulla natura negoziale del lodo)*, in *Riv. dir. proc.* 1990, 378.

⁴⁰⁰ Quali gli artt. 806, 808, 808 *bis*, 820 e 822 c.p.c., richiamati da S. LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., 4 ed., 240.

⁴⁰¹ Così G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 173 ss.

⁴⁰² Così C. PUNZI, *Disegno sistematico*, II, 2^a ed., cit., 412, secondo cui il lodo avrebbe: “(...) una sua valenza imperativa, nel senso che con esso gli arbitri decidono la lite e (...) lo stesso finisce per dettare la *lex specialis* del rapporto giuridico controverso”; G. RUFFINI, *La divisibilità del lodo arbitrale*, cit., 312, per il quale il lodo avrebbe anche un contenuto imperativo, consistente nel: “(...) regolamento di rapporti che nessuna delle parti può modificare o risolvere per volontà unilaterale”; S. LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., 4^a ed., 240, per il quale il lodo avrebbe assunto la piena dignità di: “decisione autoritativa di controversia”; R. POLI, *Sull'oggetto del giudizio di impugnazione per nullità del lodo*, in AA.VV., *Studi offerti a Giovanni Verde*, cit., 629 ss., il quale ricorda che, prescindendo dalla presa di posizione sulla natura ed efficacia del lodo, sarebbe: “(...) unanimemente riconosciuto che esso decide e risolve controversie, con un accertamento idoneo a divenire tendenzialmente definitivo”.

⁴⁰³ Così G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 172, che osserva come ora non serva la vidimazione di un procedimento statale (o, per usare le parole di M. BOVE, *La giustizia privata*, 4^a ed., cit., 165: “(...) alcun atto di ricezione”), affinché l'accertamento contenuto nel lodo espliciti i suoi effetti nell'ordinamento e come la stabilità del lodo sia stata rafforzata dal legislatore del 2006 attraverso la riduzione delle possibilità di censura dell'atto (su cui v. anche E. MARINUCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale*, cit., 11; F. TOMMASEO, *Le impugnazioni del lodo arbitrale nella riforma*, cit., 199 ss.), nonché attraverso la clausola generale di sanatoria delle nullità verificatesi nel corso del procedimento (v. l'art. 829, comma 2, c.p.c.: su cui v. S. BOCCAGNA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 467). In tal senso v. anche F. CARPI, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, cit., 598, per il quale la regola sulla non impugnabilità del lodo per errori di diritto, salva diversa volontà delle parti, esalterebbe: “l'autonomia dell'arbitrato”. Per esempi di un'analogia tendenza al rafforzamento dell'efficacia del lodo in altri ordinamenti v. G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 172 ss.

⁴⁰⁴ Parla di: “(...) tendenziale assimilazione del lodo alla sentenza del giudice ordinario”, sia sotto il profilo processuale che sostanziale F. CARPI, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, cit., 594; ma lo stesso C.

Tuttavia, esso sarebbe sfornito del carattere dell'*autorità*, che solo promanerebbe dal potere dello Stato. Il *monopolio della forza*, carattere costitutivo dell'esercizio della giurisdizione – espressione della sovranità dello Stato – troverebbe infatti la sua manifestazione *già nella stessa emanazione della sentenza*: "(...) per quella forza e autorità di giudicato cui essa intrinsecamente tende"⁴⁰⁵. Solo alla sovranità statale competerebbe quella forza del giudicato idonea ad esaurire ogni potestà di giudizio sullo specifico frammento di vita oggetto della decisione e a troncargli in modo irreversibile, e ad ogni effetto, il nesso fra fattispecie concreta e fattispecie astratta⁴⁰⁶. Sarebbe dunque improprio predicare la coincidenza o l'equipollenza, *sul piano contenutistico e sostanziale*, fra gli effetti del lodo e quelli della sentenza, nonché, *sul piano della forza del comando* contenuto nella decisione da loro emessa, fra gli arbitri e il giudice dello Stato⁴⁰⁷.

Con particolare riferimento al caso di un lodo che contenga effetti abdicativi di diritti indisponibili o contrari all'ordine pubblico, l'attribuzione ad esso dell'autorità del giudicato materiale potrebbe rivelarsi "destabilizzante" dal punto di vista sistematico⁴⁰⁸, non risultando esperibile un rimedio impugnatorio quale la revocazione proponibile dal P.M. di cui all'art. 397 c.p.c.⁴⁰⁹.

PUNZI, *Disegno sistematico*, II, 2ª ed., cit., 403 afferma che, in ragione della comune funzione decisoria del lodo e della sentenza: "(...) è indubbio che il lodo produca (...) effetti sostanziali, in qualche modo ragguagliabili a quelli della sentenza".

⁴⁰⁵ Così C. PUNZI, *'Efficacia di sentenza' del lodo*, in *Riv. arb.* 2005, 832. Ma già S. SATTA, *Diritto processuale civile*, 6ª ed., Padova 1959, 631 sosteneva che, se si deve negare allo stato il monopolio del diritto, gli si deve riconoscere la riserva del monopolio della forza, che non si manifesta solo nell'esecuzione forzata, ma anche nell'emanazione della sentenza, quando questa acquisti forza e autorità di giudicato materiale. V. anche E. FAZZALARI, *Ancora in tema di svolgimento del processo arbitrale*, cit., 661 e 663 nt. 12.

⁴⁰⁶ C. PUNZI, *'Efficacia di sentenza' del lodo*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, cit., 168.

⁴⁰⁷ G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 218.

⁴⁰⁸ C. PUNZI, *'Efficacia di sentenza' del lodo*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, cit., 169; ID., *'Efficacia di sentenza' del lodo*, in *Riv. arb.* 2005, 831 ss., per il quale gli arbitri, al pari delle parti, non possono "disporre" di diritti indisponibili o in violazione dell'ordine pubblico. Al contrario, i limiti della disponibilità e dell'ordine pubblico non opererebbero per l'autorità giudiziaria.

⁴⁰⁹ C. PUNZI, *'Efficacia di sentenza' del lodo*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, cit., 169, per il quale in tal modo, mediante un lodo non più impugnabile, i privati potrebbero addirittura raggiungere un assetto di interessi in frode alla legge, non solo più resistente di quello di altri negozi, ma anche della stessa sentenza, per cui è invece prevista la revocazione straordinaria del P.M.; sul punto v. anche G. RUFFINI, *'Efficacia di sentenza' del lodo arbitrale ed impugnazione incidentale per nullità*, nt. a Cass. 16 maggio 2000, n. 6291, in *Riv. arb.* 2000, 470; ID., *L'efficacia del lodo arbitrale nell'ordinamento italiano*, in *Riv. arb.* 2019, 250 ss.; ID., *L'arbitrato come equivalente della giurisdizione statale*, cit., 39 ss.

Tale impostazione “privatistica”, da un lato, troverebbe una serie di conferme di carattere normativo⁴¹⁰ e sistematico⁴¹¹; dall’altro, non sarebbe smentita dalle norme in materia di impugnazione⁴¹², la cui introduzione – secondo la dottrina favorevole alla tesi della compiuta equiparazione tra lodo e sentenza⁴¹³ – avrebbe realizzato, assieme ad altre norme: “(...) *in modo coerente e netto il programma di assimilazione del lodo alla sentenza, indipendentemente dal suo deposito*”⁴¹⁴ –; infine, risulterebbe l’unica compatibile (sia in relazione alla fase genetica, che a quella procedimentale, che al prodotto finale dell’attività degli arbitri⁴¹⁵) con le previ-

⁴¹⁰ Ad esempio, nella norma che individua il criterio di arbitrabilità delle dispute nel carattere disponibile dei diritti deferiti in arbitrato, o che preclude agli arbitri (salvo nei casi previsti dalla legge) il potere di concedere sequestri o altri provvedimenti cautelari, o che esclude che agli arbitri competa la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio, o che continua a distinguere fra la sentenza «passata in giudicato» e il lodo «non più impugnabile». Così G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 219 ss.; C. PUNZI, *Efficacia di sentenza’ del lodo*, in *Riv. arb.* 2005, 829 ss.; E. FAZZALARI, *Questioni di legittimità costituzionale*, cit., 663 ss.; E. ODO-RISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell’arbitrato*, cit., 269 ss. V. però G. VERDE, *Bastava solo inserire una norma sui rapporti tra giudici e arbitri*, in *Guida al dir.* 2006, 8, 82, per il quale la disposizione contenuta nell’art. 813 c.p.c. sarebbe stata dettata dalla preoccupazione del legislatore di essersi spinto “troppo oltre” sul piano dell’equiparazione degli arbitri a quella del pubblico ufficiale.

⁴¹¹ Ulteriori indici potrebbero ricavarsi, secondo i “privatisti”, dagli artt. 831 e 835 c.p.c. che, nel continuare ad escludere la revocazione ordinaria nei confronti del lodo contrario a precedente sentenza e della sentenza contraria a precedente lodo, rimarcherebbero la diversità fra i due provvedimenti.

⁴¹² Il riferimento è, in particolare, all’art. 829, comma 1, n. 8, c.p.c., che attribuisce al lodo, divenuto definitivo, gli stessi effetti della sentenza passata in giudicato con riferimento all’idoneità di un lodo eventualmente in contrasto con essi ad essere annullato; all’art. 827, comma 2, c.p.c., che consente l’impugnabilità immediata del lodo a prescindere dal suo deposito; all’art. 831, comma 3, c.p.c., che contempla l’impugnabilità del lodo anche con il rimedio dell’opposizione di terzo, sia ordinaria che revocatoria.

⁴¹³ Sulla stessa linea C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, 3^a ed., Torino 2014, II, 162 ss. e III, 451 ss.; C. SPACCAPELO, *L’imparzialità dell’arbitro*, cit., 60; M. TARUFFO, in P. COMOGGIO, C. FERRI, M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, cit., 126.

⁴¹⁴ Così, espressamente, C. MANDRIOLI, A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, 21^a ed., Torino, 2011, 444. Invero, secondo i “privatisti”, tali norme si limiterebbero a rendere manifesto che: “(...) *il lodo ha una sua identità, non assimilabile totalmente a quella delle sentenze e che esso viene emesso a conclusione di un processo, che è totalmente autonomo e che non è riconducibile a una organizzazione della giustizia predisposta per risolvere tutte le controversie che possono sorgere, ma a ‘quel’ giudice, a ‘quella’ lite e a ‘quel’ processo*”: così G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 241. Le norme sulle impugnazioni, in altri termini, si limiterebbero a sottrarre il lodo arbitrale alle normali impugnative negoziali (nullità, annullabilità, rescissione, risoluzione), per assoggettarlo esclusivamente alle impugnazioni processuali di cui agli artt. 827 ss. c.p.c.

⁴¹⁵ Ma v., *contra*, C. CONSOLO, *Sul campo dissodato della compromettibilità*, cit., 241 ss., per il quale il patto compromissorio sarebbe il momento di attivazione di un processo sostitutivo di quello giurisdizionale ed occasione per il conferimento ai singoli arbitri di quei poteri che ad essi spettano.

sioni costituzionali, in particolare con gli artt. 102 e 111 Cost.⁴¹⁶.

Secondo questo orientamento, in definitiva, l'equiparazione degli effetti del lodo a quelli di una sentenza operata dall'art. 824 *bis* c.p.c. andrebbe al più intesa come conferimento, al lodo, dello *status* di "decisione" (superando, così, l'orientamento esclusivamente "negozialista" imposto dalle Sezioni Unite nel 2000), ma non aggiungerebbe molto alla nozione di "*efficacia vincolante per le parti*" di cui al precedente sistema normativo⁴¹⁷. Tale carattere decisorio e non negoziale del lodo implicherebbe bensì il suo assoggettamento alle impugnazioni di carattere "processuale" di cui all'art. 827 ss. c.p.c. (e alla procedura di correzione degli errori materiali disciplinata dal codice di rito⁴¹⁸) in luogo di quelle di tipo negoziale (e dell'azione di risoluzione per inadempimento), nonché la sua irrevocabilità e immodificabilità da parte degli arbitri una volta divenuto inoppugnabile⁴¹⁹, ma rimarrebbe comunque cosa *diversa* dall'idoneità del lodo a produrre la "*cosa giudicata sostanziale*"⁴²⁰.

Ad un'applicazione estensiva o analogica dell'art. 2909 c.c.⁴²¹, in base a una ta-

terebbero direttamente alla stregua della legge, intesa pertanto quale fonte attributiva del loro potere decisorio, che darebbe essa stessa: "(...) autorità istituzionale alla figura degli arbitri".

⁴¹⁶ C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., I, 121 e II, 409; G. MONTELEONE, *Arbitrato e giurisdizione nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giusto proc. civ.* 2006, 24, per il quale dalla riforma del 2006 si potrebbero trarre: "(...) sintomi inequivoci di incostituzionalità" dell'arbitrato, anche se una "congrua e corretta interpretazione può sempre conciliarsi con la natura dispositivo-contrattuale dell'istituto". Più radicale la posizione di E. FAZZALARI, *Questioni di legittimità*, cit., 661, per il quale l'art. 824 *bis* c.p.c.: "(...) non pare compatibile con il nostro assetto costituzionale".

⁴¹⁷ Così C. PUNZI, *'Efficacia di sentenza' del lodo*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, cit., 175; ID., *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, cit., 430 ss.; E. ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 269; G. MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, 5ª ed., Padova 2009, II, 1 ss. Su posizioni più sfumate, S. LA CHIENA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, 4ª ed., cit., 26 ss.

⁴¹⁸ C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2ª ed., cit., I, 140; G. RUFFINI, *Patto compromissorio*, cit., 720 ss.

⁴¹⁹ E. ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 269; C. PUNZI, *'Efficacia di sentenza' del lodo*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, cit., 176, per il quale l'unico modo di attribuire un senso al nuovo precetto normativo sarebbe quello di muovere dal presupposto che, se di equiparazione di efficacia o di effetti di sentenza si vuol parlare, ciò sarebbe possibile solo in relazione al regime processuale del lodo.

⁴²⁰ C. PUNZI, *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, cit., 434 ss.; ID., *'Efficacia di sentenza' del lodo*, in *Riv. arb.* 2005, 836 ss.; *Disegno sistematico*, 2ª ed., cit., 123 ss.; E. ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 253 ss.; ID., *Arbitrato rituale e "lavori pubblici"*, cit., 425 ss.; G. RUFFINI, *'Efficacia di sentenza' del lodo arbitrale*, cit., 470 ss.

⁴²¹ Ma v. P.L. NELA, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, cit., 1844, n. 11, per il quale l'accoglimento della distinzione tra effetti e autorità della sentenza non impedirebbe comunque di attribuire al lodo l'attitudine al giudicato sostanziale.

cita e solo presunta volontà del legislatore⁴²², osterebbero, infatti, secondo l'orientamento "privatistico", la natura indiscutibilmente privatistica dell'atto-lodo e del procedimento che ad esso abbia condotto, l'estraneità dell'arbitrato alla categoria delle giurisdizione pubblica esercitata da pubblici ufficiali quali sono i giudici statali, il contrasto, in dottrina, circa il corretto inquadramento dell'istituto del giudicato materiale (come un autonomo "effetto" della sentenza, consistente nell'"imperatività del contenuto della sentenza del giudice"⁴²³ o come una sua "qualità", ossia: "(...) un modo di manifestarsi e di prodursi degli effetti della sentenza medesima"⁴²⁴). Dai limiti oggettivi e soggettivi dell'accordo arbitrale e dall'origine volontaria dell'istituto di cui da sempre risentono l'arbitrato e il suo epilogo⁴²⁵, discenderebbe, dunque, da un lato, l'impossibilità di estendere gli effetti del lodo oltre l'ambito del patto compromissorio (e dunque anche ai rapporti connessi e/o dipendenti da quello oggetto della controversia⁴²⁶, pur se intercorrenti tra le stesse parti (efficacia *conformativa*)⁴²⁷); dall'altro, la preclusione di qualsivoglia efficacia

⁴²² Per G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 229, l'applicabilità dell'art. 2909 c.c. dovrebbe essere limitata alle ipotesi tassativamente previste dal legislatore. Ma v., *contra*, A. PANZAROLA, *Giudizio di ottemperanza e lodo rituale di condanna della P.A., nt. a T.A.R. Regione Puglia-Lecce, sentenza 9 ottobre 2008, n. 2800*, in *Riv. arb.* 2009, 118, per il quale la locuzione – contenuta nell'art. 824 *bis* c.p.c. – "effetti della sentenza", senz'altra specificazione, deve essere intesa: "nella sua accezione tipica e nella sua portata più vasta, comprensiva della autorità *inter partes* (...) di cosa giudicata sostanziale". Secondo l'autore, l'inidoneità al giudicato di un provvedimento sarebbe ipotizzabile solo allorquando il legislatore avesse espressamente statuito la volontà di sottrarre la decisione all'autorità della cosa giudicata *ex art.* 2909 c.c. In tal senso v. anche R. TISCINI, *I provvedimenti decisori senza accertamento*, Torino 2009, 72 ss. e 230 ss., secondo cui dall'ordinamento emergerebbe la tassatività dell'elenco dei provvedimenti *privi di attitudine al giudicato*.

⁴²³ Secondo l'impostazione carnelluttiana, seguita poi anche da autori quali G. PUGLIESE, A. ATTARDI, S. MENCHINI, A. CHIZZINI. Per riferimenti v. G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 229, nt. 140.

⁴²⁴ Così E.T. LIEBMAN, *Efficacia e autorità della sentenza*, Milano 1935, *passim*; ID., *Effetti della sentenza e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.* 1979, 1 ss.; ID., *Sentenza e cosa giudicata: recenti polemiche*, in *Riv. dir. proc.* 1980, 1 ss.; ID., *Unità del giudicato*, in *Riv. dir. proc.* 1986, 233, per il quale appunto: "(...) l'autorità della cosa giudicata non è un ulteriore e diverso effetto della sentenza, ma una qualità dei suoi effetti e a tutti i suoi effetti riferibile, precisamente la loro immutabilità" (E.T. LIEBMAN, *ivi*, 129). Hanno aderito alla ricostruzione liebmaniana, fra gli altri, G.A. MICHELI, G. FABBRINI, N. PICARDI, A. PROTO PISANI, E.F. RICCI, G. VERDE. Per puntuali riferimenti, anche in relazione all'estensione di tali categorie classificatorie al lodo arbitrale, v. G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 230, nt. 142.

⁴²⁵ C. PUNZI, *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione*, cit., 3 ss.

⁴²⁶ Per E. ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 268, financo il rapporto giuridico fondamentale rimarrebbe escluso dall'accertamento contenuto in un lodo verente su uno dei suoi effetti: ciò perché solo la sentenza, e non il lodo, sarebbe idonea a produrre un accertamento relativo all'esistenza ed alla qualificazione del rapporto giuridico fondamentale.

⁴²⁷ C. PUNZI, *'Efficacia di sentenza' del lodo*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disci-*

nei confronti di soggetti terzi, che non siano parti dell'accordo arbitrale⁴²⁸.

Negli ultimi anni, anche in ragione delle significative novità introdotte dalla riforma del 2006, nella posizione di alcuni degli autori più rappresentativi dell'orientamento "privatistico" sono riscontrabili rilevanti sviluppi ed evoluzioni.

Punzi, ad esempio, che pure è stato per anni uno dei fautori della tesi "negozialistica", è giunto a ritenere *ormai superata la classica alternativa tra contrattualità e giurisdizionalità dell'arbitrato*, in considerazione dell'attuale crisi delle coordinate sovranità, territorio e giurisdizione, che avrebbe condotto ad uno sgretolamento del principio della giurisdizione: "(...) *quale emanazione esclusiva della sovranità*"⁴²⁹ e del dogma della statualità della giurisdizione⁴³⁰. Sia sul piano interno che su quello internazionale sarebbe cioè emersa, negli ultimi anni, una: "(...) *tendenza alla delocalizzazione della giurisdizione*"⁴³¹, che, rompendo il collegamento necessitato tra sovranità e giurisdizione (risalente all'epoca della formazione dello Stato moderno)⁴³², avrebbe visto il proliferare, accanto alla giurisdizione statale, di numerosi meccanismi di risoluzione delle controversie non statuali (extragiudiziali, comunitari, sovranazionali), di cui l'arbitrato sarebbe uno degli

plina dell'arbitrato, cit., 169 ss., per il quale la c.d. efficacia positivo-conformativa del giudicato mal si attaglierebbe al lodo arbitrale, che risente dei limiti dell'accordo arbitrale, di talché l'efficacia del lodo non dovrebbe potersi estendere anche a fattispecie estranee a quella pattuizione.

⁴²⁸ C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2ª ed., I, cit., 120; ID., *Efficacia di sentenza' del lodo*, in *Riv. arb.* 2005, 833 ss.; E. ODORISIO, *Prime osservazioni*, cit., 267; M.P. GASPERINI, *Su una proposta di applicazione analogica dell'art. 59 L. 69/2009*, cit., 388 ss.

⁴²⁹ Così C. PUNZI, *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione*, cit., 3 ss.

⁴³⁰ C. PUNZI, *Le nuove frontiere dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 2015, 1 ss.; ID., *La natura dell'arbitrato e la contrapposizione di un arbitrato libero all'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 1 ss. In questo senso v. anche G. VERDE, *Diritto processuale civile*, Bologna 2010, 127; ID., *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.* 2003, 371 ss.; N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano 2007, 105 ss.; G. MONTELEONE, *Evoluzione o involuzione della giurisdizione?*, in *Giusto proc. civ.* 2008, 609 ss. ed ora in *Scritti sul processo civile*, I, Roma 2014, 399 ss.

⁴³¹ Così N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, cit., 180, che sottolinea come la stessa Corte costituzionale abbia constatato una: "(...) importante tendenza alla delocalizzazione della giurisdizione" (v., in particolare, Corte cost. 18 ottobre 2000, n. 428); P. BIAVATI, *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, Milano 1997, 115 ss.; G. VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*, in *Corr. giur.* 2014, 92 ss., per il quale il concetto di giurisdizione: "(...) come attributo della sovranità, si è indebolito. Oggi la giurisdizione non è più un attributo imprescindibile della sovranità, ma è sentita come un servizio che lo Stato è tenuto a fornire ai cittadini"; la giurisdizione si sarebbe andata: "(...) progressivamente distaccando dalla sovranità statale ed anche quest'ultima si è sgretolata, perforata dalle istanze sopranazionali e dalle tensioni interne alle vicende dei singoli Stati".

⁴³² Come esempi di questo progressivo sgretolamento C. PUNZI menziona, da un lato, la l. n. 218 del 1995 (il cui art. 4 ha abolito il divieto di deroga convenzionale alla giurisdizione italiana e il cui art. 64 ha introdotto il principio del riconoscimento automatico della sentenza straniera); dall'altro, la progressiva espansione dell'ordinamento comunitario.

esempi più lampanti⁴³³. Tale progressiva disgregazione delle idee tradizionali di giurisdizione, stato e sovranità, tuttavia, lungi dall'aver determinato l'avvicinamento dell'arbitrato alla giurisdizione, avrebbe, al contrario, favorito l'emancipazione dello *ius dicere* dal modello statale della giurisdizionalità, che sarebbe andato sempre più caratterizzandosi come funzione *diffusa* in una società organizzata a diversi livelli, extrastatale ed extraterritoriale⁴³⁴, quale "servizio" offerto ai cittadini⁴³⁵. Tale autonomia e estraneità dell'arbitrato rispetto alla giurisdizione statale si rifletterebbero in una insopprimibile *alterità* del lodo rispetto alla sentenza, che non tollerebbe un'irretrattabilità del lodo equiparabile alla resistenza del giudicato statale, in particolare nei casi di contrasto con l'ordine pubblico o di decisione su diritti indisponibili⁴³⁶.

Dal canto suo, Ruffini⁴³⁷, pur concordando con Punzi sul fatto che sarebbe fuorviante continuare a prospettare una contrapposizione tra teoria *privatistica* e teoria *giurisdizionalistica* dell'arbitrato, ritiene che, una volta abbandonata l'idea per cui la giurisdizione è un attributo esclusivo della sovranità dello Stato, ben potrebbe affermarsi che gli arbitri, pur nell'esercizio di un potere privato, *svolgano a tutti gli effetti una funzione giurisdizionale*. In quest'ottica, il lodo dovrebbe inquadrarsi come fattispecie precettiva autonoma, *diversa sia dalla sentenza che dal negozio*, differenziandosi, dalla prima, perché non è il frutto dell'esercizio di un potere pubblicistico e, dal secondo, perché è comunque il risultato di un giudizio formulato da un organo terzo ed imparziale, a cui le parti hanno attribuito il potere di decidere una controversia su loro pretese giuridiche contrapposte e all'esito di un procedimento informato al principio del contraddittorio⁴³⁸.

⁴³³ C. PUNZI *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione*, cit., 4.

⁴³⁴ Così anche G. MONTELEONE, *Arbitrato e giurisdizione: un inopportuno ritorno al passato*, nt. a Cass. 25 ottobre 2013, n. 24153, ord., in *Giusto proc. civ.* 2014, 201, che evidenzia come il Giudice delle Leggi, in nessuna sentenza recente o passata, abbia mai affermato che l'arbitrato sia espressione di funzione giudiziaria, avendo al contrario statuito che la compatibilità dell'arbitrato con il vigente assetto costituzionale discenderebbe proprio dal fatto che esso è manifestazione di autonomia negoziale (non, dunque, perché esso integri un esercizio di giurisdizione da parte degli arbitri). Di G. MONTELEONE v. anche *Arbitrato e giurisdizione nella giurisprudenza*, cit., 18 ss.

⁴³⁵ Così G. VERDE, *Sul monopolio dello Stato in tema di giurisdizione*, cit., 371 ss., 384.

⁴³⁶ Fattispecie che, ai sensi dell'art. 839 c.p.c., impedirebbero l'ingresso dei lodi stranieri nel nostro ordinamento: C. PUNZI, *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione*, cit., 11.

⁴³⁷ G. RUFFINI, *L'efficacia del lodo arbitrale nell'ordinamento italiano*, in *Riv. arb.* 2019, 241; ID., *L'arbitrato come equivalente della giurisdizione statale: linee evolutive*, in *Riv. dir. proc.* 2018, 1 ss.

⁴³⁸ In tal senso, pur con diversità di sfumature, v. M. FORNACIARI, *Gli effetti del lodo e il falso problema della natura negoziale oppure giurisdizionale dell'arbitrato*, in *Riv. arb.* 2015, 247 ss.; M. GRADI, *Cognizione sulla potestas iudicandi degli arbitri nelle fasi di impugnazione del lodo arbitrale*, in *Giur. it.* 2016, 1695 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, Milano 2015, 108 ss., 217; G. VERDE, *L'arbitrato e la giurisdizione ordinaria*, in G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato*, 3ª ed., 1 ss.

Tale inquadramento del fenomeno arbitrale induce Ruffini, da un lato, a ribadire che sussiste tutt'ora una netta contrapposizione tra arbitri e autorità giudiziaria statale⁴³⁹, non implicando il riconoscimento della funzione giurisdizionale degli arbitri: “(...) *minimamente riconoscimento della natura pubblicistica dei poteri esercitati dagli arbitri*” e sussistendo tutt'ora delle differenze tra autorità del giudicato arbitrale ed autorità del giudicato statale⁴⁴⁰ (in particolare in dipendenza del fatto che gli arbitri, pur se riconducibili al novero delle autorità giurisdizionali nel senso di cui all'art. 23, l. 11 marzo 1953 n. 87, deriverebbero i loro poteri direttamente dalle parti e non dalla legge⁴⁴¹); dall'altro, tuttavia, a riconoscere, in base ad una lettura sistematica delle nuove norme⁴⁴²: “(...) *l'attitudine del lodo arbitrale rituale, divenuto inoppugnabile in difetto di impugnazione nei termini, a produrre l'efficacia tipica del giudicato sostanziale tipicamente ricondotto alle sentenze dell'autorità giudiziaria passate in giudicato formale*”⁴⁴³.

Da ciò discenderebbe una serie di rilevanti conseguenze, tra cui: l'efficacia non solo *preclusiva*, ma altresì *conformativa* del lodo non più impugnabile; l'estensione del giudicato materiale del lodo al dedotto e al deducibile e del giudicato sul singolo effetto al rapporto giuridico fondamentale, secondo lo schema della pregiudizialità logica; l'impossibilità, per le parti, di accordarsi, dopo che il lodo sia divenuto inoppugnabile, per sottoporre nuovamente la lite decisa ad altri arbitri o

⁴³⁹ Come emergerebbe da una serie di norme introdotte dalla riforma del 2006, tra cui, ad esempio, l'art. 813 c.p.c. (che esclude che gli arbitri abbiano la qualifica di pubblico ufficiale). In tal senso v. anche G. VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*, in *Corr. giur.* 2014, 94, per il quale: “Ciò non vuol dire che il giudice privato sia completamente assimilabile al giudice statale. A lui, in quanto privato, non può essere delegato l'esercizio della forza e non può formare atti pubblici. Il che non può non incidere sulle regole del procedimento che si svolge dinanzi a lui e comporta necessariamente che intervenga successivamente lo Stato per rendere la decisione arbitrale (il lodo) esecutiva e per equiparare il documento in cui essa è raccolta ad un documento pubblico”.

⁴⁴⁰ G. RUFFINI, *L'efficacia del lodo arbitrale nell'ordinamento italiano*, cit., 243, che menziona la necessità, per la legittimazione del potere degli arbitri – ma non dei giudici – di una pattuizione tra le parti, nonché il limite dell'arbitrabilità delle dispute – assente per i giudizi dinanzi al giudice statale –, e, infine, i limiti rispetto ai terzi.

⁴⁴¹ *Contra*, C. CONSOLO, *Sul campo dissodato*, cit., 241 ss.; R. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, cit., 125 ss., 134 ss., 138 ss., 141 ss.; M.A. SERRA, *L'impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, cit., 136 ss.; A. CASTAGNOLA, C. CONSOLO, E. MARINUCCI, *Sul dialogo (impossibile?) fra Cassazione e dottrina*, cit., 50 ss., sulla scia di un'idea in passato già enucleata da L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, 3, III, Milano s.d. (1910), 52, per il quale appunto il patto arbitrale non rappresentava la fonte attributiva del potere degli arbitri, ma il presupposto per il conferimento ad essi, direttamente dalla legge, di un potere giurisdizionale.

⁴⁴² Tra cui, in particolare, gli artt. 669 *novies* c.p.c.; 819 c.p.c.; 819 *bis*, comma 1, n. 3, c.p.c.; 115, comma 2, lett. E), c.p.a.

⁴⁴³ G. RUFFINI, *L'efficacia del lodo arbitrale nell'ordinamento italiano*, cit., 245.

al giudice togato; la rilevabilità, anche *ex officio*, da parte di un giudice o di un arbitro successivamente aditi sulla medesima causa, dell'eccezione di giudicato arbitrale; l'impugnabilità *ex art. 360, n. 3, c.p.c.*, per violazione dell'art. 2909 c.c., della sentenza con cui il giudice statale non si sia conformato al *dictum* arbitrale sulla situazione dipendente, nonostante la produzione del lodo nel corso del giudizio. Ruffini si spinge financo a ritenere che, in ragione dell'assimilabilità degli effetti processuali del lodo a quelli della sentenza, un lodo, non ancora passato in giudicato formale, sia idoneo a fondare un'eccezione di litispendenza rilevabile d'ufficio, capace di paralizzare il successivo processo relativo alla medesima causa, valendo la regola della reciproca indifferenza tra le due procedure, rispettivamente arbitrale e giudiziale, sulla medesima controversia (confermata dal combinato disposto dei nuovi artt. 817 e 819 *ter* c.p.c.), *solo fino a quando, in uno dei due giudizi, non sia intervenuta una decisione*⁴⁴⁴.

Altri autori, infine, pur ribadendo la natura "privatistica" dell'atto-lodo, non vi ravvisano alcun ostacolo all'attribuzione, ad esso, degli effetti propri della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, anche per quanto attiene all'idoneità al giudicato materiale. Ciò non tanto in virtù di una presunta *trasformazione* della natura del lodo o di un suo presunto assorbimento *nell'alveo pubblicistico della giurisdizione*, quanto in virtù della necessità di rispettare alcune scelte insindacabili del legislatore, lette in chiave sistematica e con una particolare attenzione ad esigenze di carattere pratico-applicativo⁴⁴⁵.

Luiso, ad esempio, come visto, ritiene incontestabile che il lodo *non sia atto disciplinato dal diritto pubblico*, e quindi *non sia espressione di un potere autoritativo*, non potendo l'attività arbitrale in alcun modo essere fatta rientrare nell'art. 102

⁴⁴⁴ Così già G. TARZIA, *Efficacia del lodo e impugnazioni*, cit., 14 ss.; C. CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 191. A tale conclusione non osterebbe, per G. RUFFINI, la circostanza che, prima dell'emanazione del lodo, non sia stata sollevata tempestivamente l'eccezione di patto arbitrale, né il coordinamento tra arbitrato e giurisdizione contemplato dall'art. 819 *ter*, comma 1, c.p.c. (ai sensi del quale la mancata proposizione dell'eccezione esclude la competenza dell'arbitro limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio). Secondo G. RUFFINI, la norma ricolleggerebbe l'inefficacia della convenzione arbitrale sulla controversia devoluta al giudice non già alla mancata tempestiva formulazione dell'eccezione, bensì alla successiva decisione nel merito della predetta controversia da parte del giudice stesso, con la conseguenza che, da un lato, la mancata o tardiva formulazione dell'eccezione di compromesso non dovrebbe impedire alle parti di instaurare un giudizio arbitrale avente ad oggetto la medesima controversia e, dall'altro, che il lodo emesso dagli arbitri prima della decisione della controversia da parte del giudice dello stato: "(...) producendo gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria", impedirebbe la prosecuzione del giudizio dinanzi alla stessa pendente.

⁴⁴⁵ Si veda ad esempio S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, 3^a ed., Milano 2007, 210, per il quale: "(...) in quanto il lodo non è sentenza, è stata necessaria una espressa e positiva statuizione per attribuirgliene tuttavia non tutti gli effetti ma (...), solo taluni effetti". In tal senso v., prima della riforma, L. MONTESANO, *Sugli effetti del nuovo lodo arbitrale e sulle funzioni della sua 'omologazione'*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1994, 821 ss.

Cost. (che, appunto, riserva la funzione giurisdizionale alla magistratura⁴⁴⁶). Tuttavia, l'autore non ravvisa ostacoli a che i medesimi risultati, che – *se prodotti in via autoritativa*, attraverso il diritto pubblico – *sono riservati alla magistratura*, possano dalla legge essere attribuiti *anche ad attività non autoritative*⁴⁴⁷. La natura privata del lodo, in altri termini, *non osterebbe all'attribuzione allo stesso di effetti equiparati alla sentenza*⁴⁴⁸. In linea con la sua nota concezione degli effetti *ultra partes* della sentenza⁴⁴⁹, Luiso ritiene che, per quanto riguarda la resistenza di una decisione arbitrale allo *ius superveniens*⁴⁵⁰, al lodo arbitrale non dovrebbe applicarsi il regime *generico* dei contratti – rispetto ai quali non vi è dubbio che soccombanò rispetto allo *ius superveniens* – ma quello dei contratti che hanno come causa⁴⁵¹ la risoluzione di una controversia⁴⁵². Sarebbe infatti pacifico, in giurisprudenza, che lo *ius superveniens* trovi ostacolo, in egual misura, vuoi nella transazione, vuoi nella sentenza⁴⁵³. Ed anche il legislatore, quando disciplina l'efficacia di una norma retroattiva, accomunerebbe costantemente la prima alla seconda⁴⁵⁴.

Sempre nell'ambito di un parallelismo tra lodo arbitrale e transazione, Luiso non ravvisa ostacoli a che anche al lodo arbitrale, oltre che alla sentenza, sia riconosciuta l'idoneità alla cosa giudicata, non condividendo l'assunto secondo cui solo alla giurisdizione competerebbe: "(...) *quella forza, la forza del giudicato, ido-*

⁴⁴⁶ In tale ottica, secondo F.P. LUISO, in tanto si può parlare di "giurisdizione arbitrale" in quanto si consideri la funzione giurisdizionale solo sotto il profilo contenutistico (*ad instar* di quanto fatto dalla Corte costituzionale nella decisione 28 novembre 2001, n. 376): così LUISO, *L'art. 824 bis c.p.c.*, cit., 2.

⁴⁴⁷ F.P. LUISO, *L'art. 824 bis c.p.c.*, *ibidem*.

⁴⁴⁸ F.P. LUISO, *L'art. 824 bis c.p.c.*, *ibidem*.

⁴⁴⁹ F.P. LUISO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano 1981, *passim*.

⁴⁵⁰ Ivi comprendendo anche le sentenze della Corte costituzionale che dichiarino l'illegittimità della normativa sostanziale che disciplinava il rapporto prima della pronuncia del lodo.

⁴⁵¹ O, se si vuole, come scopo: G. GITTI, *I contratti di composizione delle liti. La transazione*, in P. RESCIGNO, E. GABRIELLI (a cura di), *Trattato dei contratti*, Torino 2005, 86.

⁴⁵² E. D'ALESSANDRO, *Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale*, cit., 533, nt. 7; ID., *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI, *Commentario*, cit., 964, nt. 7.

⁴⁵³ Così Cass. 17 gennaio 2001, n. 576; Cons. Stato, sez. VI, 18 ottobre 1993, n. 728; Cass. 4 luglio 1992, n. 8174; Cass. 23 marzo 1991, n. 3270, in *Giur. it.* 1992, I, 1, 1139.

⁴⁵⁴ V., ad es., l'art. 53, l. 3 maggio 1982, n. 203 e l'art. 37 d.p.r. 26 aprile 1986, n. 131. L'argomento relativo alla resistenza della transazione allo *ius superveniens*, piuttosto trascurato dalla moderna dottrina, era invece ben presente e discusso dalla dottrina più antica. Per riferimenti v. F.K. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, VII, Torino 1896, 516-520; A. BUTERA, *Transazione*, in *Dig. it.* XXIII, 1, Torino 1916, 1750. V., peraltro, R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano 1991, 188, per il quale anche la transazione opera recidendo il "nesso di condizionalità fra fattispecie concreta ed effetto giuridico previsto dalla norma astratta di legge", sostituendo conseguentemente quest'ultimo con il precetto dell'autonomia privata.

nea ad esaurire ogni potestà di giudizio su quello specifico frammento di vita e a troncare in modo irreversibile e ad ogni effetto il nesso fra la fattispecie concreta e quella astratta”⁴⁵⁵. Il fatto che al medesimo risultato pervenga anche la transazione, confermerebbe che non la forza, ma il contenuto dell’atto, determinato dalla funzione dello stesso, determinerebbe l’effetto in questione⁴⁵⁶. Tale attitudine al giudicato (con i correlati predicati della irrevocabilità e dell’immutabilità con riferimento alla situazione dedotta), si manifesterebbe anche in effetti (riflessi) vincolanti sui diritti dipendenti⁴⁵⁷.

La dicotomia *contrattualità-negozialità*, da un lato, e *giurisdizionalità*, dall’altro, risultano sfumate anche nel pensiero di Cavallini, che, partendo anch’egli dal riconoscimento della natura *essenzialmente privatistica* del procedimento arbitrale e della stessa pronuncia arbitrale, perviene ad attribuire al lodo arbitrale, pur con argomentazioni diverse da quelle di Luiso, effetti tendenzialmente pieni, tra cui l’idoneità al giudicato⁴⁵⁸. L’autore, distingue tra *natura* ed *efficacia* di un atto e rigetta in particolare il ragionamento delle Sezioni Unite nella decisione n. 527 del 2000, secondo cui la non giurisdizionalità del fenomeno arbitrale non potrebbe che tradursi in una risoluzione di una disputa mediante una *regolamentazione negoziale degli interessi in conflitto*. In arbitrato, infatti, non si avrebbe meramente l’incontro tra le volontà delle parti, ma un giudizio privato, condotto da un terzo imparziale, che, pur derivando il potere da un accordo delle parti, *si impone sulla loro volontà*, essendo legittimato a pronunciare una decisione idonea a configurarsi come norma attributiva di doveri anche per il futuro.

La particolarità della ricostruzione di Cavallini risiede in ciò, che il fondamento del vincolo (potenzialmente incontrovertibile) del lodo non andrebbe ravvisato nell’*imperium* (che è prerogativa solo del giudice statale), bensì nella norma di legge “cornice” di cui all’art. 1372 c.c. Essa, proprio perché dettata in punto di effettività del *vinculum* della manifestazione di autonomia privata per eccellenza, consentirebbe ad un prodotto decisorio, dotato (sempre dalla legge) degli stessi effetti di una sentenza, di imporsi come norma sostitutiva di quella violata, che ha costituito l’oggetto del giudizio arbitrale⁴⁵⁹. L’art. 1372 c.c., in altri termini, san-

⁴⁵⁵ Così C. PUNZI, ‘Efficacia di sentenza’ del lodo, in *Riv. arb.* 2005, 832.

⁴⁵⁶ F.P. LUISO, *L’art. 824 bis c.p.c.*, cit., 5. Sul punto v. anche A. BRIGUGLIO, *La pregiudizialità costituzionale*, cit., 659 ss.

⁴⁵⁷ C. PUNZI, ‘Efficacia di sentenza’ del lodo, in *Riv. arb.* 2005, 833 ss., per il quale l’art. 2909 c.c. collega il “fare stato ad ogni effetto” solo alla sentenza. *Contra* F.P. LUISO, *L’art. 824 bis c.p.c.*, cit., 7, nt. 9, per cui l’art. 2909 c.c., nell’affermare che l’accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato ad ogni effetto, *non riserverebbe in alcun modo* alla sola sentenza una tale efficacia.

⁴⁵⁸ C. CAVALLINI *L’arbitrato rituale. Clausola compromissoria*, cit., 31 ss.

⁴⁵⁹ C. CAVALLINI, *op. ult. cit.*, 37.

cirebbe la *forza di legge* al vincolo, per i contraenti del patto arbitrale, di adempiere alla futura decisione degli arbitri: decisione che, essendo frutto del giudizio di un organo terzo ed imparziale, non si limiterebbe a produrre effetti di atto di autonomia privata, ossia *tout court* negoziali (al pari di quanto avviene per un contratto)⁴⁶⁰, ma quelli di *accertamento di un diritto controverso*, di norma riconducibili alla tutela giurisdizionale, ossia al processo ordinario di cognizione. Ciò non muterebbe in alcun modo la natura *privatistica* del patto arbitrale e dello stesso lodo, ma consentirebbe di collegare allo stesso *effetti equiparabili a quelli di una sentenza*⁴⁶¹.

Dal momento che tra le peculiarità del lodo vi è la formazione di un *decisum* che consiste nell'accertamento di un diritto controverso, tale accertamento, per essere *alternativo* e *sostitutivo* di quello promanante dalla sentenza del giudice statale (come sostenuto dalla Corte costituzionale e dalle Sezioni Unite nelle decisioni del 2013), non potrà che sostanziare la stessa valenza normativa di quest'ultima, tra cui rientrerebbe senz'altro l'attitudine al giudicato⁴⁶².

6.4. Alcune riflessioni sugli effetti del lodo arbitrale

L'esposizione che precede ci pare abbia fatto emergere come il dibattito sulla natura giuridica dell'arbitrato e del lodo arbitrale, e altresì quello sull'esatta portata degli effetti di quest'ultimo, sia tutt'altro che esaurito a seguito della riforma del 2006. Da questo punto di vista, la formulazione dell'art. 824 *bis* c.p.c., sebbene abbia indubbiamente contribuito a diradare alcuni dei molti dubbi generati dalla equivoca formulazione della corrispondente norma ante-riforma (che parlava di "*efficacia vincolante*" del lodo), non è per nulla risolutiva⁴⁶³. Non è insomma questa: "(...) *la norma da cui si arguisce la preferenza del legislatore delegato per la teoria giurisdizionale*"⁴⁶⁴).

Cimentarsi con tale problematica qualificatoria è compito estremamente ar-

⁴⁶⁰ C. CAVALLINI, *op. ult. cit.*, 38.

⁴⁶¹ Per l'autore si potrebbe affermare che: "(...) il lodo rituale dia origine a un *tertium genus* ove si ricompongono due aspetti (solo) apparentemente inconciliabili. Quello della natura privata del patto arbitrale, da cui scaturisce un processo non giurisdizionale sfociante in un *decisum* sottoscritto da giudici privati (...) e quello di accertamento di una *res litigiosa*, proprio del processo ordinario giurisdizionale di cognizione (...)".

⁴⁶² C. CAVALLINI, *op. ult. cit.*, 39.

⁴⁶³ Per C. PUNZI, '*Efficacia di sentenza' del lodo*, in *Riv. arb.* 2005, 829, non si potrebbe che negare l'idoneità di una: "(...) formula linguistica, pur consacrata in un precetto normativo", a "configurare una nuova realtà per l'arbitrato".

⁴⁶⁴ Così E. D'ALESSANDRO, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI, *Commentario alle riforme*, cit., 966.

duo, perché l'opzione in favore di una o dell'altra ricostruzione implica la risoluzione di una serie di questioni ad essa pregiudiziali⁴⁶⁵: dalla individuazione della nozione di giurisdizione (disticandosi tra le alternative di privilegiare l'aspetto soggettivo su quello oggettivo o viceversa; l'aspetto strutturale su quello funzionale o viceversa); all'inquadramento del tema della "natura giuridica" di un atto in relazione ai suoi effetti (come sinonimo di funzione dell'atto⁴⁶⁶ o come espressione sintetica degli effetti giuridici prodotti dall'atto⁴⁶⁷); dal chiarimento delle finalità del processo alla nozione di giudicato e così via. Così, ad esempio, adottando una *nozione ampia e funzionale* di "giurisdizione" e ritenendo che la natura giuridica di un atto si determini in base alla sua funzione, si dovrebbe giocoforza concludere nel senso che il lodo, in quanto atto di risoluzione eteronoma di una lite, abbia natura giurisdizionale. Se, al contrario, si privilegia la prospettiva della giurisdizione *in senso stretto* e si ritiene che la natura giuridica di un atto esprima, in forma sintetica, gli effetti da questi prodotti, risulta più problematico ricondurre il lodo alla categoria della giurisdizione, non essendo esso dotato di tutte le caratteristiche tipiche della sentenza statale⁴⁶⁸.

V'è peraltro da chiedersi se la risoluzione della questione dell'inquadramento teorico-dogmatico del fenomeno arbitrale, e della pronuncia arbitrale in particolare, sia davvero decisiva per risolvere le numerose problematiche applicative poste dalla nuova normativa⁴⁶⁹, in particolare quelle attinenti al tema del conflitto tra arbitrato e giurisdizione statale.

⁴⁶⁵ Così G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 249.

⁴⁶⁶ Nella dottrina italiana, ritengono che la natura del lodo sia indipendente dai suoi effetti S. MENCHINI, *La natura e la disciplina dell'eccezione*, cit., 295, per il quale si dovrebbe: "(...) tenere distinto il problema relativo alla natura di un atto giuridico rispetto a quello riguardante gli effetti da esso prodotti"; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, 6ª ed., V, Milano 2011, 73 ss.

⁴⁶⁷ Così E.F. RICCI, *La "natura" dell'arbitrato rituale*, cit., 260, per il quale: "(...) la 'natura' di un atto è sempre e per definizione quella determinata dai suoi effetti"; ID., *La never ending story*, cit., 560, ove l'autore osserva che: "(...) quando si parla della 'natura' di un atto, si esprimono in forma sintetica i suoi effetti. Dire che il lodo conserva una certa 'natura' anche se ne cambiano gli effetti, pertanto, significa compiere un'affermazione non comprensibile"; ID., *La Cassazione insiste sulla natura 'negoziale'*, cit., 1240; M. MARINELLI, *La natura dell'arbitrato irrituale*, cit., 112; S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, cit., 202, nt. 82; G.F. RICCI, *Ancora sulla natura e sugli effetti del lodo*, cit., 185 ss., per il quale: "(...) anche se non si vuol credere che la natura di un istituto si possa cogliere solo sul piano degli effetti, bisogna in ogni caso ammettere che ciò che conta per qualificarlo è solo l'esame di questi ultimi".

⁴⁶⁸ Così G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 250 ss.; E. ODORISIO, *Arbitrato rituale e "lavori pubblici"*, cit., 422.

⁴⁶⁹ Per G.F. RICCI, *Ancora sulla natura e sugli effetti del lodo*, cit., 185 sarebbe: "(...) inutile continuare a discutere sulla natura del lodo rituale, se esso sia negozio o sentenza e sugli ulteriori rilievi connessi (...). Simili rilievi finiscono per essere solo petizioni di principio, la cui inutilità è evidente". Già prima della riforma v. E.F. RICCI, *La never ending story*, cit., 559, per il quale il proble-

Invero, numerosi indici normativi e sistematici concorrono a configurare il lodo arbitrale quale pronuncia che, in ragione di un regime tutt'affatto peculiare cui risulta sottoposta rispetto a quello generalmente applicabile alla sentenza emessa dal giudice statale, presenta caratteri *ibridi*, difficilmente riconducibili, in senso rigoroso, ad una categoria giuridica definita (sentenza, decisione, negozio, contratto)⁴⁷⁰. Ciò implica che l'esatta individuazione degli effetti della pronuncia arbitrale, più che discendere come conseguenza necessitata da un'asserita "natura giuridica" dell'atto-lodo piuttosto che da un'altra⁴⁷¹ (che, per quanto possa rileva-

ma della "natura" pubblica o privata dell'arbitrato (quali che siano le discussioni svoltesi in passato) sarebbe oggi puramente retorico. Anche G. RUFFINI, *L'arbitrato come equivalente della giurisdizione statale*, cit., 38 ritiene che le differenze attuali tra privatisti e giurisdizionalisti non sarebbero poi così grandi, non essendo più in discussione, tra gli altri profili, il *carattere decisorio del lodo*, il suo esclusivo assoggettamento alle impugnazioni processuali ordinarie disciplinate dal codice di rito e *la sua attitudine a ottenere il requisito dell'immutabilità e a passare formalmente in giudicato*. Sull'attenuazione della rilevanza del dibattito sulla natura giuridica del fenomeno arbitrale e del lodo in particolare rispetto alla soluzione di numerose questioni pratico-applicative, si pensi anche al tema del controllo operato sul patto arbitrale dal giudice dell'impugnazione. Sebbene, per taluni, la qualificazione di detto controllo sia influenzata dalla soluzione sulla natura dell'arbitrato, che sarebbe dunque alternativamente definibile, ove si aderisca alla tesi della natura privatistico negoziabile, in termini di 'errore di giudizio' (sull'art. 1362 ss. c.c.), oppure, ove si aderisca alla tesi "giurisdizionalista", in termini di "errore di attività" (così E. MARINUCCI, *Motivi di impugnazione del lodo arbitrale rituale e poteri della Corte d'appello*, in *Giur. it.* 2015, 172 ss.), appare preferibile la tesi di chi ritiene che la disputa sulla natura giuridica dell'arbitrato non possa in realtà significativamente incidere sulla ricostruzione del patto arbitrale: ciò perché è lo stesso potere dell'arbitro a derivare dalla convenzione arbitrale e non viceversa. Esisterebbe, in altri termini, una priorità logica – e naturale – del patto arbitrale rispetto all'arbitrato, di talché la natura del primo non possa in alcun modo misurarsi sulla natura del secondo. Rimarrebbe in ogni caso indiscutibile la portata squisitamente processuale della convenzione arbitrale. In tal senso v. A. ANIELLO, *Alcune rilevanti questioni in tema di arbitrato: i profili dell'exceptio compromissi e la sottile linea tra un oggetto del processo disponibile e non disponibile*, in *Riv. arb.* 2018, 707 ss.; nello stesso senso v. anche M. GRADI, *Cognizione sulla "potestas iudicandi" degli arbitri nelle fasi di impugnazione del lodo arbitrale*, nt. a Cass. 23 febbraio 2016, n. 3481, in *Giur. it.*, 7, 1961.

⁴⁷⁰ V. F. CARPI, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, cit., 478, per il quale: "Ma, a ben pensare, il lodo non è sentenza, perché manca dell'*imperium* proprio della giurisdizione, e non è neppure contratto o negozio giuridico, perché è decisione di una controversia che dall'accordo compromissorio trae origine e su esso si fonda, proprio perché l'accordo è 'legittimato' dall'ordinamento, con la normativa specifica e con la norma cardine dell'art. 1321 c.c. Le conseguenze, gli effetti, derivano dalla disciplina *ad hoc*, senza necessità di rincorrere il pendolo ora menzionato, che può continuare ad oscillare". V anche F. MAZZARELLA, G. TESORIERE, *Guida al processo civile riformato*, Padova 2013, 614, per i quali l'arbitrato costituirebbe un *tertium genus* tra contratto e giurisdizione, senza essere appieno né l'uno, né l'altro, ma partecipando dei caratteri di entrambi.

⁴⁷¹ Così anche A. BRIGUGLIO, *Merito e metodo nella pronuncia della Consulta*, cit., 673 ss., per il quale: "(...) l'arbitrato, quale istituto positivo e fenomeno concreto regolato da norme di legge, è eguale a sé stesso come la rosa della STEIN; che abbisogna di soluzioni, progressivamente ricondotte a sistema, di numerosi problemi irrisolti (...); che altri problemi altrettanto spinosi (...) andranno

re, riteniamo non poter essere altro che “privatistica”), deve essere ricostruita, *in primis*, in base alle norme rilevanti⁴⁷², interpretate non solo alla luce dei principi fondamentali del “sistema arbitrato”⁴⁷³ (tra cui rientra senz’altro il fondamento volontaristico dell’istituto⁴⁷⁴) e in chiave sistematica (tenendo cioè conto della reciproca interazione delle norme rilevanti e del loro coordinamento con quelle che regolano l’esercizio della funzione giurisdizionale da parte dei giudici statali), ma altresì valorizzando l’evoluzione giurisprudenziale più recente (in particolare più volte menzionate prese di posizione della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione).

In tal senso, che alla natura privata (sebbene *non negoziale*, ma *decisoria*) del lodo, si affianchino una serie di effetti tipici della sentenza pronunciata dall’autorità giudiziaria non costituisce punto un’anomalia⁴⁷⁵, essendo in linea con le scelte fatte dal nostro ordinamento di considerare *l’autonomia privata* (non solo in ambito sostanziale, ma altresì processuale) come valore fondamentale e costituzionalmente garantito. Un’autonomia che, una volta esercitata, è posta – sotto il profilo dell’efficacia – sullo stesso piano della corrispondente attività “pubblicistica” esercitata tramite gli organi statuali di giurisdizione. A tale conclusione si perviene senza necessariamente ritenere che l’attribuzione di determinati effetti ad un atto che, in sé, ha una “natura giuridica” non del tutto assimilabile a quella condivisa da quegli effetti, implichi un qualsivoglia mutamento retrospettivo di quella medesima “natura”⁴⁷⁶. Senza contare che la stessa disputa pubblico-privato ap-

risolti attraverso la loro concatenazione, senza affidarsi *sic et simpliciter* alle scelte di campo, ma semmai scegliendo un campo – fors’anche neutro e cioè davvero consono alla specificità dell’arbitrato – dopo la loro soluzione”.

⁴⁷² Così anche S. LA CHINA, *L’arbitrato. Il sistema e l’esperienza*, Milano 1999, 146: “Meglio è, se si vuol comprendere ciò che v’ha di caratteristico, di individuante e differenziante, in un istituto o figura giuridica, esplorarne i connotati positivi, per diretta lettura dei testi normativi e per l’esperienza delle diverse conseguenze giuridiche, senza preoccuparsi continuamente del riferimento e del paragone con un qualche altro istituto”.

⁴⁷³ Come suggerisce C. PUNZI, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, 2^a ed., cit., I, 116 e II, 402.

⁴⁷⁴ Così E. ODORISIO, *Arbitrato rituale e “lavori pubblici”*, cit., 423, per il quale: “(...) l’origine negoziale dell’arbitrato è una realtà insopprimibile con la quale l’interprete non può non fare i conti, soprattutto quando si tratta di determinare gli effetti del prodotto finale dell’attività degli arbitri”.

⁴⁷⁵ In quest’ottica intermedia, il lodo sarebbe un atto (funzionalmente) giurisdizionale, trattandosi di una decisione eteronoma di una controversia, di natura autonoma in quanto atto dotato di un proprio regime e di specifici effetti e di natura privata, perché emanato da soggetti che non sono pubblici ufficiali né incaricati di un pubblico servizio, a conclusione di un processo privato svoltosi al di fuori dell’organizzazione giudiziaria statale. Così G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 252. Per fattispecie simili in altri ordinamenti v. G. BONATO, *op. cit.*, 203 ss.

⁴⁷⁶ *Contra*, come visto, E.F. RICCI, *La never ending story*, cit., 560 ss., per il quale, sostenere che il lodo conserva una certa ‘natura’ anche se ne cambiano gli effetti significa: “(...) compiere un’affermazione non comprensibile”.

pare oziosa, dal momento che l'arbitrato, per quanto sia indiscutibilmente un fenomeno plasmato dalla autonomia delle parti, è purtuttavia *ab origine* contemplato, previsto e disciplinato da norme di legge, e dunque, in quest'ottica, fenomeno ontologicamente (o, se si preferisce, *imprescindibilmente*) pubblicistico. È l'ordinamento, in altri termini, a consentire alle parti di esercitare il loro potere di autonomia nel campo della risoluzione delle controversie.

D'altra parte, il carattere *alternativo* e *pienamente sostitutivo* della giurisdizione arbitrale rispetto alla giurisdizione statale (predicato in maniera espressa sia dalla Corte costituzionale nella decisione n. 223/2013, sia dalla Corte di Cassazione nell'ordinanza n. 24153/2013), in tanto può concretizzarsi, in quanto i risultati cui conduce l'opzione per la giustizia privata (e dunque gli effetti del lodo pronunciato nell'ambito di quel sistema alternativo di giustizia), siano effettivamente *equipollenti* a quelli conseguibili nel caso di accesso alla via pubblica.

È bensì vero che, nell'art. 824 *bis* c.p.c., manca un qualsivoglia: "(...) *appiglio testuale da cui far discendere, con certezza, l'attitudine del lodo arbitrale a conseguire la forza del giudicato sostanziale, che l'art. 2909 c.c. ricollega all'accertamento contenuto nelle sentenze del giudice statale*"⁴⁷⁷, non essendo in tal senso dirimenti né i vari indici richiamati da una parte della dottrina⁴⁷⁸, né la proponibilità, avverso il lodo, di impugnazioni straordinarie, quali la revocazione di cui ai nn. 1, 2, 3 e 6 dell'art. 395 c.p.c.⁴⁷⁹ o l'opposizione di terzo, sia ordinaria che revocatoria⁴⁸⁰. Da

⁴⁷⁷ Così C. PUNZI, 'Efficacia di sentenza' del lodo, in *Riv. arb.* 2005, 835.

⁴⁷⁸ Tra cui le norme sull'immediata impugnabilità del lodo indipendentemente dal suo deposito (su cui v. S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, cit., 54 ss. il quale, pur aderendo alla prospettiva giurisdizionalista, concorda sul fatto che l'immediata impugnabilità del lodo: "(...) non sembra costituire, di per sé, un argomento a favore dell'avvenuta equiparazione" con la sentenza) e sulla previsione (pure modellata sulla disciplina dell'impugnazione della sentenza) di un termine breve e di un termine lungo per proporre impugnazione per nullità.

⁴⁷⁹ Quanto alla revocazione (su cui v. F. CAMPIONE, *Un itinerario (non solo) giurisprudenziale sulla revocazione del lodo*, in *Riv. arb.* 2011, 715 ss.) non sarebbe la natura giurisdizionale del lodo a rappresentare la *condicio sine qua non* per la sua esperibilità avverso quello divenuto definitivo, dal momento che tale rimedio risulta esperibile, *mutatis mutandis*, financo nei confronti di atti negoziali che prevedono l'intervento di un terzo. Osserva in proposito F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, 6ª ed., cit., 14 ss.; ID., *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia?*, in www.judicium.it, che sussiste una certa analogia tra alcuni dei motivi di revocazione straordinaria ex art. 395 c.p.c. e i casi di invalidità, ad esempio, di una transazione o di un arbitraggio (i motivi del dolo del giudice o dell'arbitro sarebbero analoghi a quello della malafede dell'arbitratore ex art. 1349, comma 2, c.c.). V., in proposito, E. GABRIELLI, *Art. 1349 c.c.*, in E. GABRIELLI (a cura di), *Commentario del codice civile*, in E. NAVARRETTA, A. ORISTANO (a cura di), *Dei contratti in generale*, Torino 2011, 852.

⁴⁸⁰ Quanto all'opposizione di terzo, è da tempo un dato acquisito che, per quanto riguarda quella ordinaria ex art. 404, comma 1, c.p.c., la sua *ratio* non avrebbe nulla a che fare con il *giudicato in sé*, con l'accertamento incontrovertibile tra le parti, quanto piuttosto con l'esecutività della

questo punto di vista, non sarebbe irragionevole ritenere che l'attitudine del lodo al giudicato e l'equivalenza, sotto questo profilo, tra lodo arbitrale e sentenza, dovrebbero essere: "(...) *espressamente riconosciut[e] dal legislatore o comunque ricavabil[i] da sicure indicazioni positive*", non potendo invece discendere da un'interpretazione integrativa dell'art. 824 *bis* c.p.c.⁴⁸¹, al fine di: "(...) *piegare artificiosamente il sistema positivo ad una idea preconcepita*"⁴⁸² – come ammesso anche da autori pur favorevoli a ricostruire l'arbitrato e il lodo in chiave "giurisdizionalista"⁴⁸³ –. Anche perché, quando il legislatore ha inteso estendere l'efficacia e autorità del giudicato, ai sensi dell'art. 2909 c.c., al di fuori del contesto del giudizio ordinario di cognizione e a pronunce diverse da quelle emesse a seguito di quest'ultimo (come nel caso delle pronunce rese al termine di un procedimento somma-

decisione resa *inter alios* e pregiudizievole per il terzo. Si tratterebbe, in altri termini, di uno strumento volto ad impedire il c.d. *danno da esecuzione* (in tal senso v. S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, 2ª ed., Milano 1966, 352 ss. per cui: "(...) il pregiudizio del terzo non può essere dato dal giudicato per sé stesso (...), ma da qualche cosa di diverso, che incide direttamente e immediatamente sulla posizione del terzo"; PUNZI, *La tutela del terzo nel processo esecutivo*, Milano 1971, 163 ss.; S. SATTA, C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, 13ª ed., cit., 554 per cui: "(...) il giudicato di cui parla la norma non può essere l'accertamento tra le parti, perché questo con l'esecutività non avrebbe nulla in comune"). Con riferimento all'opposizione di terzo revocatoria, essa, nella sostanza, non farebbe che: "(...) adattare al processo un rimedio nato sul terreno della disciplina dei contratti" (così E.F. RICCI, *La "funzione giudicante"*, cit., 379, per il quale l'esperibilità dell'opposizione revocatoria nei confronti del lodo non è significativa ai fini della sua equiparazione effettuale alla sentenza). Per quanto riguarda il riferimento alla categoria dei creditori, si tratterebbe null'altro che di una vera e propria azione pauliana applicata al processo (così G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 254), mentre, per quanto riguarda la categoria degli aventi causa, essa include soggetti titolari di situazioni dipendenti da quella decisa che sono esposti ad un giudicato reso *inter alios*, né più né meno di quanto lo sarebbero rispetto ad un atto negoziale (F.P. LUISO, *Opposizione di terzo*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma 1990, 6 ss.). D'altra parte, vi è in dottrina chi prospetta l'esperibilità del rimedio dell'opposizione di terzo revocatoria anche nei confronti di provvedimenti non idonei a produrre la cosa giudicata (così C. CECHELLA, *L'opposizione del terzo alla sentenza*, Torino 1995, 127), sulla scia di quanto avviene nell'ordinamento francese, in cui la *tierce opposition* è ammessa non solo verso provvedimenti aventi autorità di cosa giudicata 'au fond', ma anche contro quelli dotati della sola autorità di cosa giudicata 'au provisoire', quali le ordinanze di *référé*, nonché i provvedimenti di giurisdizione volontaria (la c.d. *jurisdiction gracieuse*): v. C. LEFORT, *Le tiers dans le nouveau code de procédure civile*, in AA.VV. *Libri amicorum Raymond Martin*, Bruxelles 2004, 153 ss.; R. PERROT, *Les aspects nouveaux de la tierce opposition en droit judiciaire français*, in AA.VV., *Studi in onore di Antonio Segni*, III, Milano 1967, 674 ss. Anche nel caso del rimedio in discorso, in definitiva, la *ratio* consisterebbe nell'impedire che le parti procedano all'attuazione della pronuncia arbitrale, incidendo così sul diritto del terzo.

⁴⁸¹ Così G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 227.

⁴⁸² G. RUFFINI, *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza*, cit., 57.

⁴⁸³ S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, cit., 212, nt. 99; E. D'ALESSANDRO, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI, *Commentario alle riforme*, cit., 966.

rio di cognizione), si è esposto *in maniera espressa* (ad esempio, nell'art. 702 *quarter* c.p.c.⁴⁸⁴).

Ciò detto, ci pare innegabile che la decisione della Corte costituzionale n. 376 del 2001, con cui è stato riconosciuto, *anche in capo agli arbitri*, il potere di sollevare la questione di costituzionalità delle leggi, abbia gettato le basi per scavalcare, o quantomeno aggirare, finalmente, il muro che si frapponeva tra una pronuncia resa da giudici privati e la sua attitudine al giudicato materiale *alla stessa stregua di una sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria statale*.

Invero, l'art. 1 comma 1, l. cost. 9 febbraio 1948, n. 1 e l'art. 23, l. 11 marzo 1953, n. 87 riservano al "giudice" e "all'autorità giurisdizionale" il potere di sollevare la questione di costituzionalità. L'aver ricondotto gli arbitri nel novero di queste autorità, sottolineando che per aversi "giurisdizione" ciò che rileva è il *concreto esercizio di un certo tipo di funzione*, con determinate caratteristiche, rinvenibili tanto nell'arbitrato quanto nell'ambito della giurisdizione statale, presuppone l'individuazione dell'*"in sé"* della funzione giurisdizionale non tanto nell'*imperium* (che è bensì prerogativa esclusiva dell'autorità giudiziaria statale, ma cui la Corte costituzionale non ha dedicato nemmeno un cenno), ma nella *iusdictio*, intesa come potere di risolvere una disputa nell'ambito di un procedimento normativamente disciplinato e mediante l'applicazione del diritto, nel rispetto delle garanzie del giusto processo⁴⁸⁵. Tale impostazione contiene *in nuce* il potenziale riconoscimento, *anche in capo agli arbitri*, del potere di emettere provvedimenti idonei a "fare stato" ai sensi dell'art. 2909 c.c., che rappresenta il fulcro, l'essenza e la finalità della funzione del giudicare, non essendo concepibile una giustizia che non perviene ad un accertamento incontrovertibile, dato che sarebbe permanentemente soggetta ad una sua potenziale successiva "sconfessione".

È alla luce di tali principi che parte della dottrina ha definito la tutela arbitrale come *giurisdizione privata* (o tutela non giurisdizionale dei diritti), equivalente, negli esiti – in questo senso, dunque, *giurisdizionale* – a quella propria (ma, evidentemente, *non in via esclusiva*) dei giudici ordinari. Dal *dictum* della Corte costituzionale discende altresì la conferma che, nel nostro ordinamento, il sistema rimediabile di protezione dei diritti non è confinato entro gli stretti limiti di cui all'art. 102 Cost., ma può contare su meccanismi *esterni alla giurisdizione statale*,

⁴⁸⁴ Che appunto recita: "L'ordinanza emessa ai sensi del sesto comma dell'articolo 702 *ter* produce gli effetti di cui all'articolo 2909 del codice civile".

⁴⁸⁵ In tal senso v. anche R. VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza*, cit., 2890 ss., per il quale l'identificazione della giurisdizione con il potere di emanare decisioni forzatamente eseguibili non solo sarebbe estranea alla nostra storia millenaria, ma pretenderebbe di "assolutizzare" quella che, semmai e soltanto da un secondo circa, è la connotazione tipica della sola sentenza di condanna, sicché non v'è nulla di rivoluzionario, o di eversivo del sistema, nel dire che l'arbitro esercita un potere giurisdizionale.

di natura *privatistica* e affidati all'*autonomia delle parti*⁴⁸⁶. Una conclusione che discende dalla più volte ribadita compatibilità del fenomeno arbitrale con la Costituzione e le sue previsioni e che ha rappresentato, *ex ante*, il fondamento teorico di una norma (l'art. 824 *bis* c.p.c.) – di lì a poco effettivamente introdotta dal legislatore della riforma del 2006 –, per la quale il lodo arbitrale e la sentenza statale, pur derivando da procedure di origine, carattere, struttura e caratteristiche diverse (gli uni privati, gli altri pubblici), potevano considerarsi idonei a produrre effetti equivalenti⁴⁸⁷.

Sebbene con l'introduzione dell'art. 824 *bis* c.p.c. il legislatore abbia inteso, più che risolvere una volta per tutte il problema dell'inquadramento teorico-dogmatico del fenomeno arbitrale e del lodo arbitrale, soprattutto contrastare l'orientamento radicalmente privatistico-negoziale inaugurato dalle Sezioni Unite con la decisione n. 527 del 2000⁴⁸⁸ e, più in generale, superare le molte ambiguità che la norma previgente in tema di efficacia del lodo⁴⁸⁹ aveva provocato⁴⁹⁰, il summenzionato carattere *alternativo* e *sostitutivo* dell'arbitrato (rispetto alla giurisdizione statale) e dunque del lodo (rispetto alla sentenza giudiziale), in uno con il superamento della prospettiva meramente negoziale del lodo, dovrebbero pacificamente condurre ad inquadrare il lodo arbitrale quale *provvedimento decisivo autonomo*, espressione della *iurisdictio* privata riconosciuta dall'ordinamento, con effetti immediatamente vincolanti per le parti.

Se, con esso, le parti possono aspirare ad ottenere una tutela equivalente a

⁴⁸⁶ Ne costituirebbero ampia riprova le norme sugli effetti sostanziali della domanda di accesso ad arbitri e sulla sua idoneità ad essere trascritta, nonché sugli effetti interruttivi e sospensivi della prescrizione derivanti dalla notifica della domanda di arbitrato, analoghi a quelli prodotti dalla domanda giudiziale.

⁴⁸⁷ V. C. CAVALLINI, *L'arbitrato rituale. Clausola compromissoria*, cit., 136, per il quale, dalla decisione della Corte costituzionale n. 376 del 2001, discenderebbe il principio secondo cui la tutela arbitrale dei diritti, pur dovendosi collocare *al di fuori* dell'art. 102 Cost., non per questo si pone *in violazione* di tale disposizione.

⁴⁸⁸ Così, esplicitamente, G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 2^a ed., Torino 2006, 152, secondo cui, con l'art. 824 *bis* c.p.c., si sarebbe inteso mettere a tacere la voce di coloro i quali affermavano la natura negoziale dell'arbitrato rituale; G.F. RICCI, *Ancora sulla natura e sugli effetti del lodo*, cit., 177, per il quale: "(...) la tesi contrattualistica del lodo rituale non può più giustificarsi, neppure osservando che la parificazione del lodo alla sentenza getterebbe un'ombra di incostituzionalità sull'intero istituto arbitrale, sul presupposto che la giurisdizione è attribuita dalla nostra Carta fondamentale ai giudici dello Stato e fra essi non rientrano gli arbitri".

⁴⁸⁹ L'ultimo comma della precedente versione dell'art. 823 c.p.c. recitava, infatti: "*Il lodo ha efficacia vincolante tra le parti dalla data della sua ultima sottoscrizione*".

⁴⁹⁰ Come illustrato *supra*, al par. 6.1.3., l'espressione "efficacia vincolante" si era infatti prestata a molteplici e contrastanti interpretazioni. Il nuovo testo dell'art. 824 *bis* c.p.c., quantomeno, fa chiarezza su questo aspetto, ossia sulla non riconducibilità dell'efficacia del lodo a quella di un atto negoziale o di un contratto.

quella ottenibile mediante il ricorso alla giurisdizione statale, ad esso non può che riconoscersi l'idoneità a godere di una stabilità non dissimile da quella tipicamente associabile al giudicato materiale delle sentenze statali passate in giudicato formale (come del resto emerge dall'art. 819 c.p.c. e, soprattutto, dall'art. 829, comma 1, n. 8, c.p.c.), e altresì ad integrare la *lex specialis* del rapporto giuridico controverso⁴⁹¹. Ragionare diversamente finirebbe per configurare l'arbitrato non come un rimedio effettivamente *sostitutivo* e *fungibile* della giurisdizione ordinaria, ma come una sorta di *minus quam iurisdictio*, in qualche modo a quest'ultima sottordinata. Inevitabili corollari di tale impostazione ci pare dovrebbe dunque essere l'idoneità del lodo definitivo: a coprire il dedotto e il deducibile; ad estendersi al rapporto fondamentale, ove relativo ad uno dei suoi effetti; ad esplicitare non solo l'efficacia *preclusiva*, ma altresì quella *conformativa* (ossia a vincolare un arbitro o un giudice che successivamente dovessero trovarsi a decidere di un rapporto dipendente rispetto a quello coperto dal lodo definitivo). Affinché tale stabilità sia reale ed effettiva e non meramente apparente, un lodo definitivo non potrà poi che avere la medesima resistenza allo *ius superveniens* (ivi incluse le sentenze della Corte costituzionale che dovessero dichiarare l'illegittimità costituzionale di una o più norme poste dagli arbitri a fondamento della loro decisione). A ciò andrebbero altresì aggiunti quegli effetti, visti tradizionalmente come "ammennicoli" del giudicato⁴⁹², quali quello interruttivo-sospensivo della prescrizione del diritto dedotto in giudizio, come espressamente previsto dall'art. 2945, comma 4, c.c.; l'efficacia della decisione nei confronti del successore a titolo particolare nel diritto controverso, di cui all'art. 111, comma 4, c.p.c. (come del resto espressamente previsto dall'art. 816 *quinquies*, comma 3, c.p.c.); la conversione della prescrizione breve in decennale di cui all'art. 2953 c.c.

Per quanto riguarda, poi, la questione, non poco discussa in dottrina, riguardante l'efficacia di un lodo, divenuto definitivo, che abbia pronunciato su controversia non arbitrabile o che contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico, da taluni addotta come prova dell'impossibilità di equiparare la definitività di un lodo inoppugnabile al giudicato materiale proprio delle sentenze passate in

⁴⁹¹ In via preliminare va notato che, trattandosi di una decisione eteronoma di una controversia, il lodo rituale è idoneo a produrre tutti quegli effetti, attribuiti della sentenza statale, che non appartengono a quest'ultima in ragione del suo carattere autoritativo e pubblicistico. Da questo punto di vista, i due provvedimenti sono chiaramente dotati di effetti analoghi: così E. ODORISIO, *Arbitrato rituale e "lavori pubblici"*, cit., 413, per il quale sarebbe senza fondamento la tesi secondo cui: "(...) se il legislatore ha attribuito al lodo alcuni effetti della sentenza, allora il lodo deve necessariamente produrre tutti gli effetti tipici della sentenza".

⁴⁹² L'espressione è di V. ANDRIOLI, *Il principio di diritto enunciato dalla corte di cassazione*, in *Riv. dir. proc.* 1952, 280 ss. spec. 284; v. anche D. DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato*, Torino 2008, 202 ss.

giudicato, riteniamo che le due questioni vadano tenute distinte. Infatti, l'una riguarda la violazione della normativa processuale che governa l'allocatione della *potestas iudicandi*, rispettivamente, tra gli arbitri e il giudice statale e, più in generale, la delimitazione dello spazio di autonomia concesso ai privati in relazione alla facoltà loro riconosciuta di far decidere le loro dispute *al di fuori del perimetro della giurisdizione statale*, mentre l'altra non attiene al profilo dell'individuazione dell'organo competente a decidere una determinata controversia, quanto, piuttosto, alla *giustizia della decisione in sé*, sia essa resa da un giudice statale o dall'arbitro.

Con riferimento alla prima questione, ci pare inevitabile concludere per l'inefficacia di un lodo reso in una materia non arbitrabile. In tal caso, infatti, non può operare il principio di conversione dei motivi di nullità in motivi di gravame (che, in riferimento all'arbitrato, implica l'onere per la parte di censurare tutti i vizi attinenti alla *potestas iudicandi* dell'arbitro con l'impugnazione per nullità del lodo, pena, altrimenti, la sanatoria del vizio). Non tanto perché l'art. 817, comma 2, c.p.c. fa espressamente salvo il caso di controversia non arbitrabile rispetto alla preclusione ivi menzionata (e consistente nell'impossibilità di impugnare il lodo) in cui incorre la parte che non eccepisce nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri l'incompetenza di questi per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato (perché ciò che emerge dalla norma è semplicemente la facoltà, riconosciuta alla parte, di impugnare *in ogni caso* il lodo che abbia deciso su materia non impugnabile, anche ove quella stessa parte abbia omesso di sollevare la relativa eccezione nell'ambito del giudizio arbitrale); quanto perché una decisione resa dagli arbitri su materia che ad essi non poteva essere deferita costituisce un'indiretta violazione di principi fondamentali dell'ordinamento, di rango costituzionale, codificati all'art. 25 (*"Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge"*) e all'art. 102 Cost., commi 1 e 2 (secondo cui, rispettivamente: *"La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario"* e *"Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali"*). Una decisione resa da un arbitro in materia non arbitrabile rappresenterebbe, ad un tempo, la violazione di prerogative sovrane (qual è l'esercizio della funzione giurisdizionale in materie riservate alla cognizione dell'autorità giudiziaria statale) e la pronuncia di un organo totalmente sfornito di qualsivoglia legittimazione a pronunciarsi in quell'ambito. Una decisione, dunque, *tamquam non esset*, non solo inefficace, ma addirittura inesistente, come tale contestabile in qualsivoglia sede senza limiti di tempo⁴⁹³.

⁴⁹³ Alla medesima conclusione perviene F.P. LUIO, *L'art. 824 bis c.p.c.*, cit., 11, per il quale: *"(...) in materia di diritti indisponibili il lodo è radicalmente nullo / inesistente, ed improduttivo di effetti ancorché non impugnato. (...) la invalidità del lodo perché pronunciato in materia di diritti indisponibili si sottrae all'onere dell'impugnazione, e può essere rilevata – come la sentenza*

Discorso diverso, invece, per un lodo divenuto definitivo che contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico. In tal caso, infatti, è la violazione in sé della norma posta a tutela dell'ordine pubblico a rappresentare un *vulnus*, non, invece, la fonte da cui tale *vulnus* proviene. Non si dovrebbe, dunque, distinguere tra lodo e sentenza, ma applicare, al primo, lo stesso regime applicabile per la seconda. Punzi rileva che ciò non sarebbe possibile, in quanto solo per la sentenza divenuta definitiva è previsto il rimedio di cui all'art. 397 c.p.c. (“*Revocazione proponibile dal pubblico ministero*”). Tuttavia, da un lato, l'art. 397 c.p.c. non copre tutti i casi in cui una sentenza passata in giudicato sia in contrasto con le norme di ordine pubblico, ma solo quelli per i quali l'intervento del pubblico ministero risulti obbligatorio a norma dell'art. 70, comma 1, c.p.c., sicché, ove una tale sentenza sia pronunciata al di fuori di quei casi, non potrebbe che cristallizzarsi definitivamente. Dall'altro, anche nei casi in cui l'intervento del pubblico ministero è obbligatorio a norma dell'art. 70, comma 1, c.p.c., non è detto che siano sempre integrate le condizioni di cui ai nn. 1 (“(...) *quando la sentenza è stata pronunciata senza che egli sia stato sentito*”) e 2 dell'art. 397 c.p.c. (“(...) *quando la sentenza è l'effetto della collusione posta in opera dalle parti per frodare la legge*”), cui detto articolo subordina la revocabilità della sentenza.

Ne deriva che la permanenza nell'ordinamento, come *regula iuris* incontrovertibile del caso concreto, di una sentenza passata in giudicato contenente disposizioni contrarie all'ordine pubblico è fenomeno del tutto fisiologico. Lo dimostra il fatto che la contrarietà all'ordine pubblico delle statuizioni arbitrali sia individuata come motivo d'impugnazione del lodo, con la conseguenza che, una volta decorsi i termini per l'impugnazione della decisione, questa si consolidi e cristallizzi senza possibilità di ulteriore contestazione.

Il principio è stato ribadito, del resto, dalla celebre sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Eco Swiss*⁴⁹⁴. In tal caso, la Corte ha dapprima osservato che un giudice nazionale deve accogliere un'impugnazione per nullità di un lodo arbitrare fondata sulla violazione delle norme di *ordine pubblico europeo* (nella specie trattavasi di violazioni dell'art. 85 del Trattato CEE), tutte le volte in cui debba accogliere un'impugnazione siffatta *in base alle proprie norme di diritto processuale*

c.d. inesistente – in ogni tempo, luogo e da parte di chiunque”. Per PUNZI, *Ancora sulla legge delega*, cit., 988, l'inidoneità alla formazione del giudicato emergerebbe altresì nell'ipotesi in cui gli arbitri abbiano pronunciato un lodo ormai incontrovertibile, risolvendo *incidenter tantum* una questione pregiudiziale non suscettibile di compromesso (facoltà loro riconosciuta dal novellato art. 819 c.p.c.), la quale sia stata successivamente decisa in modo difforme in sede giurisdizionale: questo perché il successivo giudicato statale sul rapporto pregiudiziale non compromettibile sarebbe in grado di travolgere la precedente decisione arbitrale.

⁴⁹⁴ Decisione della Corte di Giustizia del 1° giugno 1999, nel caso C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd* contro *Benetton International NV*.

nazionale, fondata sulla violazione delle norme *nazionali* di ordine pubblico. Ha tuttavia chiarito che il diritto comunitario non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme di diritto processuale nazionale⁴⁹⁵ *nemmeno nel caso in cui un contratto, la cui validità giuridica è stata stabilita dal lodo arbitrale interlocutorio, sia tuttavia nullo ai sensi dell'art. 85 del Trattato CE (divenuto art. 81 TFEU)*, purché il termine d'impugnazione fissato non renda eccessivamente *difficile* o praticamente *impossibile* l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario. Ciò significa che, ove il sistema nazionale di impugnazione dei lodi contempli termini di impugnazione ragionevoli ed equi, la mancata impugnazione (o, il che è lo stesso, il rigetto dell'impugnazione) implicherà *l'incontrovertibilità della decisione arbitrale*, anche ove questa contenga disposizioni contrarie all'ordine pubblico (nel caso deciso dalla Corte di Giustizia, *euro-unitario*).

La sostanziale equivalenza degli effetti del lodo divenuto inoppugnabile rispetto a quelli della sentenza passata in giudicato presenta invece maggiori criticità nel rapporto con i terzi. Come si è già avuto occasione di illustrare in precedenza, la dottrina è divisa sull'equiparabilità, anche sotto questo profilo, del lodo alla sentenza giudiziale⁴⁹⁶. Va subito detto che tali criticità non dipendono tanto dalla natura *privata* (o *ibrida*) del lodo rispetto alla natura, senz'altro *pubblicistica*, della sentenza. In altri termini, non è l'asseritamente *diversa natura* del primo rispetto alla seconda a rappresentare l'elemento decisivo per escludere *a priori* (o limitare sensibilmente) un'efficacia *ultra partes* del lodo arbitrale.

Dalla riflessione della dottrina processualistica che si è occupata del tema dell'efficacia *ultra partes* della sentenza, infatti (e al netto della – anche notevole – diversità di impostazione che caratterizza le soluzioni degli autori che in linea di principio e da diverse prospettive si sono espressi a favore della configurabilità di detta efficacia *ultra partes*⁴⁹⁷) emerge, salvo alcune, pur autorevoli, eccezioni, una tendenziale svalutazione del *profilo soggettivo* dell'organo che ha pronunciato la sentenza passata in giudicato (e, in particolare, della sua natura e carattere pubblicistici), *in favore di un rilievo molto più significativo attribuito* (oltre che all'ele-

⁴⁹⁵ Nel caso di specie, si trattava di disposizioni ai sensi delle quali un lodo arbitrale interlocutorio, avente natura di decisione definitiva, che non avesse formato oggetto di un'impugnazione per nullità entro il termine di legge, acquisiva l'autorità di cosa giudicata e non poteva più essere rimesso in discussione da un lodo arbitrale successivo.

⁴⁹⁶ Per riferimenti alle diverse posizioni in dottrina v. L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 824 bis c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 790 ss.

⁴⁹⁷ La tematica dei limiti soggettivi del giudicato civile è tra i problemi più complessi, nonché studiati, del diritto processuale civile, non solo italiano, vantando un dibattito dottrinale e giurisprudenziale che dai giorni nostri risale fin al diritto romano. La bibliografia sul tema, come è noto, è vastissima. Per una rassegna delle diverse posizioni della dottrina e della giurisprudenza ci limitiamo a rinviare, per tutti, a S. MENCHINI, *Regiudicata civile*, in *Dig. disc. priv.*, XVI, Torino 1997, 452 ss.

mento, comunemente ritenuto *condicio sine qua non*, della necessità che tra il diritto/rapporto deciso e quello facente capo al terzo sussista, sul piano sostanziale, un nesso di *subordinazione* o di *pregiudizialità dipendenza*, tale per cui il primo rientri (in senso lato) nella fattispecie costitutiva del secondo) *a profili ed elementi che caratterizzano la procedura che a quella sentenza abbia condotto*; ossia al fatto che la pronuncia sia il prodotto di un procedimento svoltosi nel contraddittorio delle parti, condotto da un soggetto terzo ed imparziale rispetto ad esse, al fine dell'applicazione delle norme di legge, *ossia da elementi che si ritrovano pacificamente anche nel fenomeno arbitrale*. In altre parole, il profilo soggettivo dell'organo giudicante e la natura dell'atto-fonte produttivo degli effetti destinati a riverberarsi sul rapporto facente capo al terzo, risultano in definitiva *marginali o addirittura irrilevanti*. Senza addentrarci in un'analisi che sarebbe troppo estesa nell'economia della presente ricerca, ci limitiamo ad alcuni brevi cenni.

Alcuni autori (tra cui Betti⁴⁹⁸, Fabbrini⁴⁹⁹ e Picardi⁵⁰⁰), nell'esistenza del suddetto *nesso di subordinazione* (dipendenza) sul piano sostanziale fra rapporti, individuano addirittura *l'unico requisito* per il manifestarsi dell'efficacia *riflessa*, la quale si produrrebbe dunque *in maniera pressoché automatica*⁵⁰¹, *indipendentemente* dalla tipologia dell'atto che incide sul rapporto condizionante o pregiudiziale⁵⁰².

Fabbrini, ad esempio, afferma che la sentenza contiene sempre e solo l'accertamento di una *volontà di legge*, specificatasi ed operante *prima* dell'insorgere della controversia in virtù del gioco delle fattispecie materiali, e, di conseguenza, *nessun effetto deriva [ex novo]* da essa, poiché essi continuano a discendere dalle norme sostanziali accertate. La sentenza sul rapporto pregiudiziale, dunque, secondo Fabbrini: "(...) *non si presenta nella sua essenza specifica di pronuncia del giudice, di atto autoritativo degli organi statali, ma invece nella generica veste di atto giuridica-*

⁴⁹⁸ E. BETTI, D. 42, I, 63, *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata*, Macerata 1923, 144, 211; ID., *Cosa giudicata e ragion fattasi*, in *Riv. dir. comm.* 1929, I, 544 ss.; ID., *Diritto processuale civile italiano*, Milano 1932, 603 ss.

⁴⁹⁹ G. FABBRINI, *Contributo alla teoria dell'intervento adesivo*, Milano 1964, 163 ss.

⁵⁰⁰ N. PICARDI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Milano 1968, 271.

⁵⁰¹ La subordinazione di cui parla E. BETTI, in particolare, come osservato da E.T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano, 1983, 69, sarebbe: "(...) determinata dal *diritto sostanziale* e si spieg[herebbe] per la stessa struttura del rapporto giuridico e per le relazioni dei vari soggetti rispetto al medesimo, per connessioni ed interferenze tra più rapporti giuridici, in virtù delle quali le vicende dell'uno influiscono su quelle dell'altro".

⁵⁰² G. FABBRINI, *Contributo alla teoria*, cit., 163 ritiene che la riflessione della sentenza verso terzi – operante su un piano del tutto diverso dalla regola contenuta nell'art. 2909 c.c. – avvenga in virtù di: "(...) un meccanismo caratteristico, compreso sul piano del diritto sostanziale e *fornito di assoluta automaticità*, nel senso che, dovendo, per presupposto, il rapporto tra le parti essere elemento della fattispecie costitutiva del rapporto del terzo, all'accertamento di quello seguirà, come *conseguenza automatica*, la fissazione di uno o più elementi della fattispecie costitutiva di questa".

mente rilevante”⁵⁰³. È evidente che ove la produzione di effetti *ultra partes* si fondi unicamente sulla particolare concatenazione dei rapporti sostanziali e sia fatta discendere da una volontà di legge accertata da un atto giuridicamente rilevante, si aprirebbe la via all’attribuzione di analoga efficacia a tutti quegli atti, giudiziali e non (tra cui il lodo arbitrale) che della sentenza del giudice condividono il contenuto.

Altri autori (tra cui Pugliese e Proto Pisani), pur nella diversità delle rispettive posizioni, possono essere accomunati per il fatto di ricondurre la potenzialità espansiva degli effetti della sentenza ad un fondamento rigorosamente “normativo” e soprattutto per la sostanziale adesione a quell’orientamento che individua nel nesso di *pregiudizialità-dipendenza* la condizione *necessaria e sufficiente* per l’efficacia *ultra partes* della sentenza⁵⁰⁴, senza che alcuna particolare rilevanza sia attribuita alla natura, pubblicistica o privatistica, dall’atto incidente sulla situazione pregiudiziale. Anche in tal caso, dunque, se la *ratio* dell’efficacia *ultra partes* della decisione è ravvisabile unicamente sul piano dei rapporti sostanziali tra le diverse cause, non vi sarebbe ragione per discriminare *a priori* tra lodo e sentenza.

La ben nota tesi di Luiso è quella che forse più di tutte crea i presupposti per un avvicinamento tra *lodo e sentenza*, eliminando ogni ostacolo alla loro equiparazione *quoad effectum*, anche e soprattutto per quanto attiene ai rapporti con i terzi⁵⁰⁵. L’autore nega risolutamente che la sentenza, in quanto provvedimento di natura pubblicistica pronunciato da un soggetto investito di poteri pubblici, abbia un ruolo privilegiato in relazione alla tematica della sua efficacia *ultra partes*, assimilando, sotto questo profilo, l’efficacia della sentenza a quella di un qualunque atto negoziale avente carattere dispositivo. Secondo Luiso (in ciò seguito dal

⁵⁰³ G. FABBRINI, *Contributo alla teoria*, cit., 117.

⁵⁰⁴ Come osservato da G. MONTELEONE, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Padova 1978, 69, in relazione in particolare alle posizioni del G. PUGLIESE (di cui v., in particolare, *Giudicato civile: storia e diritto vigente*, Milano 1968; ID., *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano 1969, 786 ss.; ID., *Giudicato civile (storia)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano 1969, 728 ss.). A. PROTO PISANI, dal canto suo, ritiene che tutte le norme che prevedono, con sfumature diverse, la soggezione del terzo titolare di un rapporto dipendente all’accertamento giudiziale compiuto, in un processo svoltosi *inter alios*, sul rapporto pregiudiziale (il riferimento è in particolare agli artt. 2908 e 2909 c.c., all’art. 404, comma 2, c.p.c., all’art. 295 c.p.c., all’art. 1485 c.c., all’art. 2859 c.c., all’art. 1595 c.c., agli artt. 2652 e 2653 c.c.), siano in realtà l’espressione di un *principio generale* secondo cui ad ogni ipotesi di *pregiudizialità-dipendenza* conseguirebbe *sempre ed automaticamente* un fenomeno di riflessione del giudicato. Il pensiero di A. PROTO PISANI su questi temi è rinvenibile, in particolare, in *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli 1965; ID., *Trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli 1968, 264 ss.; ID., *Appunti sui rapporti tra i limiti soggettivi di efficacia della sentenza civile e la garanzia costituzionale del diritto di difesa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, 1216-1266.

⁵⁰⁵ F.P. LUISEO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso terzi*, Milano 1981.

Menchini⁵⁰⁶), la soggezione del (rapporto permanentemente dipendente facente capo al) terzo al giudicato *inter alios* – oltre che laddove espressamente previsto dal diritto positivo⁵⁰⁷ – si avrebbe anche in caso di nesso di dipendenza venuto in essere prima dell’inizio della lite, tutte le volte in cui quel terzo risulti (comunque) esposto agli effetti di un atto di disposizione (negoziale) del titolare del rapporto pregiudiziale⁵⁰⁸. L’equiparazione, *sub specie qua*, tra atto giurisdizionale e atto negoziale consegue, nell’elaborazione dell’autore, sulla scia di posizioni simili già avanzate in passato dalla prevalente dottrina tedesca e altresì nell’ambito della dottrina francese⁵⁰⁹, ad un superamento del principio del “valore assoluto” della sentenza e *alla sua svalutazione come fonte di effetti asseritamente privilegiata*, sol perché emanata da un’autorità pubblica⁵¹⁰, soprattutto alla luce del fatto che, nel processo civile, il condizionamento del giudice all’attività delle parti è relevantissimo: l’idea che attraverso il processo si giunga ad una ricostruzione completa ed oggettiva della realtà giuridica sarebbe invero una chimera. Da questo punto di vista, l’accertamento (o la modificazione) della situazione sostanziale contenuto in una sentenza non presenterebbe un’*attendibilità* intrinseca maggiore (in termini di corrispondenza alla “verità” fattuale) di quella ottenibile attraverso un negozio⁵¹¹.

⁵⁰⁶ S. MENCHINI, *Regiudicata civile*, in *Dig. disc. priv.*, XVI, Torino 1997, 451 ss. che, in relazione alle c.d. situazioni sostanziali uniche plurisoggettive, in relazione alle quali la legittimazione ad agire appartiene disgiuntamente a ciascun contitolare, ammette un’estensione del giudicato solo in *bonam partem*, salva l’ipotesi di litisconsorzio necessario per la quale si profila la sanzione della nullità per la sentenza emanata senza la partecipazione di tutti i litisconsorti. Anche le sentenze emesse in giudizi in cui si tutelano interessi superindividuali o pubblici (quelli, ad esempio, in materia di stato e nullità dei brevetti) si presterebbero ad avere efficacia *erga omnes*.

⁵⁰⁷ Come, ad esempio, dall’art. 1595 c.c., dall’art. 111 c.p.c. e dall’art. 2909 c.c.

⁵⁰⁸ F.P. LUIO, *Principio del contraddittorio*, cit., 106, per il quale: “(...) l’efficacia *ultra partes* della sentenza, pur senza essere sempre espressamente disposta dalla legge, discende automaticamente dallo stesso modo di essere della situazione sostanziale che fa capo al terzo, dal momento che l’ordinamento la costruisce come *sensibile ai mutamenti, con qualsiasi mezzo provocati, del diritto o dell’obbligo altrui, ad essa pregiudiziale*”.

⁵⁰⁹ Il riferimento è in particolare allo R. JHERING, *Die Reflexwirkungen oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen, Gesammelte Aufsätze*, Jena 1882. Per maggiori riferimenti v. F.P. LUIO, *Principio del contraddittorio*, cit., 183 ss.

⁵¹⁰ F.P. LUIO, *Principio del contraddittorio*, cit., 106, per il quale: “(...) la sentenza non opera come atto privilegiato, idoneo ad incidere nella sfera giuridica del terzo, laddove questi sarebbe immune dagli effetti di atti diversi; qui la sentenza ha gli stessi effetti di un negozio unilaterale, di un contratto, etc. posti in essere dal titolare della situazione pregiudiziale. Il terzo è formalmente pregiudicato dalla sentenza, in realtà, invece è già il diritto sostanziale che lo pregiudica”.

⁵¹¹ Ribadisce, infatti, F.P. LUIO, *Principio del contraddittorio*, cit., 169 ss., che, se anche il negozio si pone: “(...) come un prodotto diretto delle parti, e la [sentenza] è formalmente imputabile all’organo giudiziario, non è men vero che il processo civile, condizionato per più versi e sotto più profili dal comportamento delle parti, non è strumento idoneo ad assicurare una oggettiva e co-

Tra gli autori che più che di efficacia *ultra partes* si preoccupano di individuare i limiti soggettivi del giudicato – oltre a Chiovenda, secondo cui: “(...) *tutti sono tenuti a riconoscere il giudicato fra le parti; però non possono esserne pregiudicati*”⁵¹² – e che, al fine di negare che nel rapporto condizionato, oltre al puro e semplice rapporto condizionante, *rientri anche il suo accertamento giurisdizionale*, tendono soprattutto a valorizzare il “dato normativo”⁵¹³, si segnalano Monteleone e Vocino⁵¹⁴.

stante ‘attuazione della legge’. Tale linea di pensiero pare oggi alla base della teoria (unitaria) dell’accertamento proposta da M. FORNACIARI nella sua (già menzionata) monografia *Lineamenti di una teoria generale dell’accertamento giuridico*, Torino 2002.

⁵¹² Afferma infatti G. CHIOVENDA, *Sul litisconsorzio necessario*, 1904, ora in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Bologna, 1904, 427: “[c]ome ogni atto giuridico riguardante le parti, la sentenza esiste e vale rispetto a tutti; come il contratto fra A e B vale rispetto a tutti come contratto fra A e B, così la sentenza fra A e B vale rispetto a tutti in quanto sentenza tra A e B”; ID., *Principi di diritto processuale civile*, Napoli 1913, 921; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli 1950, I, 378 ss. A proposito di tali ipotesi di estensione del giudicato, G. MONTELEONE, *I limiti soggettivi del giudicato civile*, Padova 1978, 11, parla di: “(...) limitati casi (...)”, da considerare in realtà quali: “(...) apparenti eccezioni [proprio nella misura in cui] venivano [da G. CHIOVENDA] spiegati – sebbene con qualche contraddittorietà – come semplice effetto del particolare atteggiamento o della concatenazione fra rapporti sostanziali, mentre i terzi venivano considerati solo come ‘pregiudicati in linea di fatto dal giudicato’”.

⁵¹³ C. VOCINO, *Su alcuni concetti e problemi del diritto processuale civile: cosa giudicata e suoi limiti soggettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1971, 520, ad esempio, menziona una serie di norme, dalle quali dovrebbe desumersi l’assoluta normalità (e conformità al sistema) della rigida delimitazione *subiettiva* della decisione giudiziale sancita dall’art. 2909 c.c. L’autore menziona, tra gli altri, gli artt. 455, 1485, 1595, 2733, 2735, 2738, 2859 c.c. 232, 239, 326 c.p.c. (in quanto integranti una rapida sanatoria ai vizi di cui ai nn. 1, 2, 3 e 6 del 395, 2 del 397 ed al comma 2 del 404 c.p.c.), e 21 c.p.p.; nonché la situazione discendente dal mancato esperimento della revocazione nel caso dell’art. 395, n. 5 e di una qualsiasi impugnazione da parte di taluno dei litisconsorti in quello dell’art. 332 c.p.c. Tale impostazione “normativa” è seguita anche dall’A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, Padova 1999, 511, per il quale: “(...) *quello dei limiti soggettivi del giudicato è un problema di diritto positivo*”, sicché, aggiunge lo studioso: “[i] rispetto di tale diritto è, dunque, un limite invalicabile e, nell’interpretazione delle varie disposizioni in materia, se ne dovrà tener conto”.

⁵¹⁴ Osserva ad esempio G. MONTELEONE, *I limiti soggettivi del giudicato*, cit., 30 ss., che: “(...) il semplice nesso di pregiudizialità fra rapporti giuridici ed il riflettersi del giudicato verso i terzi sono istituti giuridici fra di loro non omogenei, che tra il sussistere del primo e del secondo non v’è alcuna relazione diretta ed immediata, che le due cose possono coesistere come non coesistere insieme, e che dal nesso di pregiudizialità al ‘far stato’ del giudicato verso i terzi vi è un salto logico ed un abisso in termini giuridici”. Per C. VOCINO, *Su alcuni concetti e problemi del diritto processuale*, cit., 557: “(...) di decisioni logicamente incompatibili dev’essere colmo fatalmente il mondo del diritto, a meno ch’esse non siano scrupolosamente ricalcate l’una sull’altra. (...). E non vediamo perché ciò, ch’è quanto di più umano possa verificarsi, debba fare meno impressione del divergente apprezzamento circa l’esistenza, la validità, la configurazione d’uno stesso rapporto po-

Vocino, in particolare, tratta il giudicato sul rapporto pregiudiziale, ai fini dell'esistenza e del modo di essere del rapporto dipendente, come *mero fatto*, al quale tutt'al più conferire una (più limitata) efficacia di prova suscettibile di prova contraria o di efficacia presuntiva⁵¹⁵: Anche in tal caso alla fonte (giudiziale) dell'accertamento *non viene riconosciuto alcun ruolo privilegiato*. Una tale impostazione restrittiva, unita ad un approccio rigidamente ancorato al diritto positivo, attenua l'importanza dei dibattiti qualificatori circa la natura giuridica dell'atto sentenza: se ciò che importa sono le norme, quello che esse concedono e ciò che proibiscono, l'efficacia *ultra partes* di un qualsivoglia atto giuridico si misura in base alle norme che ne delineano precisamente i presupposti ed i confini, senza distinzioni pregiudiziali tra atti strutturalmente *diversi* – sentenza, lodo, contratto – in ragione della loro origine, natura o carattere⁵¹⁶.

A ben vedere, peraltro, anche dalle posizioni di quegli autori (quali Carnelutti e Allorio⁵¹⁷) favorevoli alla configurazione di un'efficacia *ultra partes* della sentenza, che pure parrebbero attribuire un significativo rilievo al "crisma" pubblicistico dell'atto-sentenza in quanto emanato da un organo pubblico che dirige, controlla e supervisiona il contraddittorio tra le parti, trapela le necessità del *concorso di altri elementi*, che di fatto attenua non poco il ruolo *prima facie privilegiato* della

sto solo quale elemento precedente, da parte di due o più sentenze, volte ciascuna ad un proprio scopo, o nell'una premesso incidenter in un modo che non è quello dell'altra, la quale sul medesimo ha deciso o deciderà ex professo e definitivamente". Entrambi gli autori negano altresì valore alla distinzione tra efficacia diretta ed efficacia riflessa, in considerazione del fatto che entrambe condurrebbero all'identico risultato di rendere *incontrovertibile* ed *opponibile* (e quindi immutabile), l'accertamento relativo ad un determinato rapporto giuridico rispetto ai titolari di un rapporto identico o diverso, ma giuridicamente condizionato dal primo

⁵¹⁵ In tal senso v. anche A. PROTO PISANI, *Note in tema di limiti soggettivi*, cit., 2400 ss.

⁵¹⁶ Vero è che A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, cit., 53, si mostra critico nei confronti della tesi di chi vorrebbe instaurare un *parallelismo* tra efficacia della sentenza ed efficacia degli atti dispositivi negoziali, in forza del quale una sentenza pronunciata sul rapporto pregiudiziale riverbererebbe i suoi effetti sul rapporto dipendente ogniqualvolta quest'ultimo sia esposto alle modifiche operate sul primo per via negoziale. Secondo A. ATTARDI, vi sarebbe alla base di tale impostazione un equivoco di fondo: "(...) che si possa ritenere, cioè, che la sentenza sia da porre (...) sullo stesso piano del negozio e, quindi, che ciò che può riconoscersi di fronte alla manifestazione dell'autonomia privata delle parti debba ammettersi pure quando dal piano negoziale si passi a quello del processo. (...) quando (...) il terzo si trovi dinanzi ad una sentenza che abbia statuito sul rapporto pregiudiziale al diritto del quale egli è titolare, opererà sempre la regola (...) che esclude i terzi dall'operare del giudicato".

⁵¹⁷ V., in particolare, F. CARNELUTTI, *Efficacia diretta e efficacia riflessa della cosa giudicata*, in ID., *Studi di diritto processuale*, I, Padova 1925, 429 ss.; E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano 1935. Entrambi gli autori distinguono tra il fenomeno della riflessione e quello dell'allargamento (o estensione) del giudicato rispetto ai terzi, cui corrispondono, rispettivamente, l'efficacia *riflessa* (o indiretta) e l'efficacia *diretta* della sentenza.

sentenza nella produzione di effetti che vadano al di là del perimetro procedimentale in cui quella sia stata pronunciata.

Carnelutti, sulla scia di Mendelson Bartholdy, riconduce essenzialmente il problema dei *limiti soggettivi* del giudicato a quello dei *limiti oggettivi*⁵¹⁸, derivando l'efficacia *riflessa* della sentenza dalle dinamiche di diritto sostanziale⁵¹⁹, che viene così sottratta ai limiti soggettivi che caratterizzano l'efficacia diretta⁵²⁰.

Per l'illustre autore, il *giudicato* sarebbe null'altro che un *fatto giuridico*, che: "(...) vale, come tutti i fatti giuridici di questo mondo, di fronte a tutti". Tale *ripercussione*, peraltro, sarebbe possibile perché: "(...) ai fini del conseguimento degli scopi del processo, vale a dire della formazione della sentenza giusta, *la legge si fida del contraddittorio delle parti*"⁵²¹. Tale inciso sposta significativamente il fulcro della *riflessione* dell'efficacia *dalla sentenza in sé* (pur pacificamente qualificata come atto giuridico di diritto pubblico) *al procedimento che ha condotto alla sua emanazione*, ossia alla peculiare articolazione del procedimento (con le sue forme, le sue procedure, le sue garanzie del diritto di difesa e del contraddittorio), garanzia di *attendibilità e veridicità* dell'accertamento contenuto nella decisione, nonché *precondizione* per la sua *autorevolezza e autoritatività* come dato *oggettivo* all'interno della realtà sostanziale e dunque *anche* nei confronti di soggetti (la cui posizione sia a vario titolo correlata con quella realtà) che *non* abbiano partecipato alla sua formazione.

Anche con riferimento alla posizione di Allorio, uno dei più autorevoli e convinti teorizzatori dell'efficacia *riflessa* quale (apparentemente automatica) conseguenza del nesso di *pregiudizialità-dipendenza* tra rapporti⁵²² (quantomeno fino alla successiva parziale revisione del suo pensiero⁵²³), ad un'analisi più attenta

⁵¹⁸ V., in particolare, F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma 1951, I, 83-84.

⁵¹⁹ Nel sistema del F. CARNELUTTI – come ha correttamente osservato E.T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano 1983, 80 ss. – l'efficacia riflessa della sentenza non sarebbe affatto una forma di "estensione" del perimetro soggettivo del giudicato (per usare le parole di E.T. LIEBMAN: "(...) non avrebbe niente a che fare con la teoria del processo"), ma discenderebbe dalla mera coesistenza e connessione dei rapporti giuridici, come tale regolata unicamente dalle varie norme che governano i singoli rapporti e ne stabiliscono i vincoli reciproci.

⁵²⁰ F. CARNELUTTI, *Efficacia diretta e efficacia riflessa della cosa giudicata*, Vallardi 1923, 432 e 435, che appunto afferma: "(...) *la limitazione subiettiva del giudicato non riguarda che la efficacia diretta; quando si tratta invece di efficacia riflessa, non v'è limitazione né estensione: la sentenza vale rispetto all'avente causa come rispetto a chiunque*".

⁵²¹ F. CARNELUTTI, *Efficacia diretta e efficacia riflessa*, cit., 434.

⁵²² V. E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano 1992.

⁵²³ Avvenuta con il saggio *Trent'anni di applicazione del Codice di procedura civile: saggio introduttivo al "Commentario del Codice di procedura civile" diretto da Enrico Allorio*, Torino 1973, LXI ss., in cui l'efficacia *riflessa* dell'accertamento compiuto sul rapporto pregiudiziale verrà circoscritta unicamente al caso dei rapporti dipendenti sorti *dopo* la litispendenza.

l'apparente ruolo decisivo (ed *esclusivo*) attribuito alla natura pubblicistica dell'atto-sentenza e dell'organo che la emana sfuma non poco. In polemica con Satta – per il quale la comunicabilità a terzi della sentenza era un problema *di stretto diritto sostanziale*⁵²⁴ – Allorio pone l'accento sulla finalità *pubblica* del processo⁵²⁵, che giocherebbe un ruolo importante in relazione alla sua tesi dell'idoneità del giudicato a produrre effetti nei confronti dei terzi (sulla scia delle teorie del Wach e del Mendelson Bartholdy sul valore assoluto del giudicato e sulla dipendenza dei *limiti soggettivi* del giudicato dai suoi *limiti oggettivi*⁵²⁶).

L'enfasi che indubbiamente Allorio pone sul carattere pubblicistico dell'atto-sentenza⁵²⁷ e dell'organo che la emana, funzionale all'individuazione di un netto discrimine tra *determinazione giudiziale* e *determinazione contrattuale*, tra *sentenza* (come atto che emana da un organo terzo rispetto alle parti) e *contratto* (come atto *proprio delle parti*, frutto esclusivamente dell'autonomia loro riconosciuta dall'ordinamento)⁵²⁸, scolora non poco se sol si pone mente al fatto che la “*ratio distinguendi*” tra sentenza e contratto, più che nel carattere pubblicistico dell'una rispetto all'altro, risiede piuttosto nell'elemento *processo* (che è prodromico alla pronuncia della prima e che è invece assente nel secondo), che si svolge, secondo determinate formalità, sotto il controllo di un organo terzo ed imparziale, con il rispetto della garanzia del contraddittorio e con il fine di pervenire all'applicazione delle norme di

⁵²⁴ In linea con la sua prospettiva prevalentemente privatistica del fenomeno processuale, intesa come la: “(...) sola concettualmente pensabile, mentre l'opposta alternativa, appare sotto la luce di un vero e proprio errore, che occorre rettificare in nome non tanto del diritto positivo quanto della logica offesa”. Così S. SATTA, *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1937, I, 32 ss. Per S. SATTA spettava unicamente al diritto sostanziale stabilire: “(...) se e quando una sentenza tra le parti faccia stato nei confronti dei terzi”: S. SATTA, *Diritto processuale civile*, 4^a ed., Padova 1954, 171 ss.

⁵²⁵ Per E. ALLORIO, *Limiti d'efficacia del patto 'solve et repete'*, in *Riv. dir. comm.* 1937, II, 321 ss., spec. 328 ss.: “(...) [n]ello stadio presente la tonalità pubblicistica assunta dagli istituti processuali (...) suggerisce di risolvere il problema nel senso del predominio della finalità pubblica nel processo”.

⁵²⁶ Su cui v. *infra*, nel testo.

⁵²⁷ Il ruolo *privilegiato* che E. ALLORIO attribuisce in tale contesto alla sentenza emerge in più passi. In *Significato della storia nello studio del diritto processuale*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1938, 115 afferma, ad esempio: “(...) nel prospettare la destinazione del processo come una finalità pubblica si è portati ad accentuare l'importanza e il rilievo (...) della sentenza quale atto di autorità dello Stato”; in *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., 52: “(...) nel processo, sull'esistenza dei presupposti per la legittimazione è esercitato un controllo superiore, il controllo del giudice, il quale, se la composizione della lite gli è domandata da non legittimati, ha il potere di rifiutarvisi; nel contratto il controllo è, invece, lasciato alle parti, le quali debbono pensare a rimanere nel proprio campo, e a non invadere la sfera giuridica dei terzi. Quindi è che tutela dei terzi si impone di fronte al contratto (ed è attuata precisamente con l'art. 1130); è inutile di fronte alla sentenza”.

⁵²⁸ E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, cit., 25 ss., 51 ss., 82 ss.

diritto. Osserva Allorio: “(...) *l'elemento, il quale nella sentenza dà garanzia che gl'interessi dei terzi non sono – normalmente – per essere giudicati (si da far apparire legittimo il pregiudizio, quando eccezionalmente ha luogo) manca nel negozio di accertamento. Questo elemento è il diritto. Legge alle parti, mentre stipulano il negozio di accertamento (e più mentre stipulano la transazione, sottospecie di quel negozio) non è il diritto, ma l'opportunità. Ma l'opportunità delle parti non può essere legge ai terzi*”⁵²⁹. D'altra parte, l'influenza sul rapporto dipendente della cosa giudicata sul rapporto pregiudiziale: “*non sarebbe che un caso particolare dell'influenza che qualsiasi fattispecie, cui il diritto sostanziale riconosce attitudine a modificare il rapporto pregiudiziale, esercita di riflesso su quello dipendente*”⁵³⁰. Da questo punto di vista, se indubbiamente nel contratto non è riscontrabile alcuna dimensione “processuale”, lo stesso non può dirsi dell'arbitrato, che è invece emanato a seguito di una procedura che è la trasposizione, sul piano dell'autonomia privata, di quella giudiziale e che conduce ad un lodo, capace, *come qualsiasi altra fattispecie idonea a modificare il rapporto pregiudiziale*, di esercitare un'influenza riflessa su quello dipendente.

Per finire questa breve rassegna, Liebman distingue, come noto, tra *efficacia* ed *autorità* della sentenza, ritenendo i terzi soggetti *alla prima, ma non anche alla seconda*, visto che possono sottrarvisi dimostrandone l'ingiustizia⁵³¹. Se nel pensiero di Liebman il riferimento al *ruolo privilegiato* della sentenza – in quanto atto autoritativo emanato da un organo dello Stato e fornito della *imperatività*⁵³² – appare financo più esplicito e *marcato* rispetto alle riflessioni, ad esempio, di Allorio e Carnelutti, anche nell'ambito della sua elaborazione ciò che emerge come requisito ineliminabile per la comunicabilità degli effetti di una sentenza a terzi è il suo essere emanata da un: “(...) *giudice che, nella pienezza dei suoi poteri, e con tutte le garanzie disposte dalla legge, adempie alla sua funzione accertando e dichiarando, risolvendo o modificando un rapporto giuridico*”; un giudice che: “(...) *svolge questa sua attività (...) per uno scopo che è null'altro che la rigorosa e imparziale applicazione e attuazione della legge*”. Per Liebman il processo: “(...) *non è dunque un affare combinato in famiglia e produttivo di effetti per le sole persone iniziate ai misteri del singolo processo, ma un'attività pubblica compiuta per garantire l'osservanza della legge; e poiché a questa sono tutti indistintamente soggetti, tutti debbono ugualmente sottostare all'atto che dall'ordinamento giuridico è destinato a valere come sua imparziale applicazione*”. A parte il riferimento al carattere “pubblico” del processo, si tratta di caratteristiche che appartengono non solo al giudizio statale, ma altresì al procedimento arbitrale (quantomeno a quello di diritto).

⁵²⁹ E. ALLORIO, *op. ult. cit.*, 82 ss.

⁵³⁰ E. ALLORIO, *op. ult. cit.*, 79.

⁵³¹ V. E.T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano 1935.

⁵³² V. E.T. LIEBMAN, *op. ult. cit.*, *passim*, spec. 95 ss.

Dall'analisi, necessariamente sommaria e sintetica, delle posizioni della dottrina sul tema dell'efficacia *ultra partes* della sentenza, pare dunque emergere l'idea che detta efficacia discenda da fattori *pacificamente ravvisabili tanto nel giudizio ordinario statale, quanto nel procedimento arbitrale*⁵³³, risultando di conseguenza irragionevole, in linea di principio, ogni limitazione che si volesse applicare all'efficacia (anche *ultra partes*) del lodo in ragione della sua asseritamente peculiare natura giuridica rispetto a quella della sentenza.

Alla medesima conclusione si perviene analizzando a grandi linee l'evoluzione della giurisprudenza italiana, che ha riconosciuto l'efficacia *riflessa* della sentenza nei confronti di terzi titolari di rapporti giuridici dipendenti in modo difforme a seconda delle fattispecie di volta in volta coinvolte⁵³⁴, ma generalmente senza al-

⁵³³ In tal senso v. anche G.F. RICCI, *Ancora sulla natura e sugli effetti del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.* 2011, 178, per il quale: "(...) non occorre scomodare la giurisdizione, per pensare alla cosa giudicata. Può sembrare un paradosso ma è così, sol che si rifletta sulla fondamentale distinzione che CARNELUTTI proponeva fra attività 'processuale' e attività 'giurisdizionale', cioè fra il processo e la giurisdizione. Il concetto di processo è più lato e per la sua esistenza è sufficiente la sola presenza di un soggetto che giudichi in posizione di 'terzietà', non importa chi sia. Se poi tale soggetto è un giudice dello Stato, come normalmente avviene, la funzione processuale si trasforma in quella giurisdizionale. Le due funzioni dunque si distinguono solo dal punto di vista soggettivo, non da quello oggettivo, giacché il *modus operandi* e il risultato restano gli stessi. L'arbitrato non è dunque meno processo di quello che si attua attraverso la giurisdizione: tant'è vero che del processo ha la connotazione essenziale, cioè la necessaria presenza del contraddittorio, tutelato peraltro in modo ancor più intenso che nel processo di fronte ai giudici".

⁵³⁴ Talvolta in modo particolarmente intenso, riconoscendo al terzo, titolare del rapporto dipendente, il solo rimedio dell'opposizione di terzo revocatoria *ex art.* 404, comma 2, c.p.c. Ciò ha riguardato in particolare i terzi subacquirenti rispetto ad una sentenza che ha pronunciato la riduzione ai sensi dell'art. 563 c.c. (così Cass. 17 maggio 1980, n. 3243, in *Giust. civ.* 1980, I, 2193); il subconduttore *ex art.* 1595 c.c., rispetto alle sentenze aventi ad oggetto il rapporto principale di locazione (sul punto la giurisprudenza è amplissima e assolutamente pacifica: v. per le indicazioni anche di dottrina, la nota di richiami a Trib. Asti ord. 30 aprile 1980, in *Foro it.* 1980, I, 3100); i soci rispetto ad una decisione di annullamento di delibera di s.p.a. (a cominciare da Cass. 31 marzo 1954, n. 1008, in *Foro it.* 1955, I, 72; Trib. Milano 30 gennaio 1967, in *Foro it.* 1967, I, 840); i soci illimitatamente responsabili rispetto ad una sentenza sul debito sociale (Cass. 27 febbraio 1978, n. 976, in *Giust. civ.* 1978, I, 1317); i condomini e la loro responsabilità sociale rispetto ad una decisione avente ad oggetto le obbligazioni del condominio nell'interesse comune (Cass. 5 aprile 1982, n. 2085, in *Giur. it.* 1983, I, 1, 989). In altri casi (nell'ambito dei c.d. sfratti a catena) l'efficacia *ultra partes*, pur affermata, è stata mitigata riconoscendo a costoro la possibilità di sollevare l'*exceptio doli* nel giudizio relativo al rapporto dipendente instaurato nei loro confronti (ossia una sorta di opposizione di terzo revocatoria incidentale, sganciata dal termine di decadenza di cui agli artt. 325 e 326 c.p.c.): in tal senso v. Cass., 12 settembre 1963, n. 2485, in *Foro nap.*, 1979, 199. Ancora più tenue, nei casi di garanzia per evizione, la soggezione al giudicato del venditore garante (terzo rispetto al giudizio svoltosi tra il molestante ed il compratore), cui non solo è stata riconosciuta – in virtù del disposto di cui all'art. 1485 c.c. – la possibilità di sottrarsi allegando l'esistenza di: "(...) ragioni sufficienti per far respingere la domanda", ma anche la legittimità ad

cun riferimento ad un presunto *ruolo privilegiato* della sentenza o della sua imperatività.

E al medesimo approdo si perviene altresì analizzando le posizioni prevalenti nella dottrina e giurisprudenza tedesche, ove le tesi del valore assoluto della sen-

esperire in tal caso l'opposizione di terzo ordinaria. Il vincolo è stato riconosciuto invece in maniera piena, ovviamente, allorché il venditore abbia partecipato al giudizio a seguito di intervento o gli sia comunque stata denunciata la lite (Cass., 6 novembre 1975, n. 3749, in *Giur. agr. it.* 1976, 459). Talvolta l'efficacia *riflessa* nei confronti del terzo è stata riconosciuta solo *formalmente*, nel senso che a quest'ultimo è stata concessa la possibilità di ridiscutere *integralmente* l'accertamento sul rapporto pregiudiziale. La fattispecie più rilevante (arg. ex art. 1945 c.c.) è quella del fideiussore rispetto alla decisione che accerta l'esistenza del debito principale (Cass. 12 aprile 1984, n. 2369). Si è addirittura statuito che il fideiussore che abbia preso parte al giudizio instaurato dal creditore contro il debitore, risultando in questo soccombente, possa ridiscutere l'esistenza del debito principale nel giudizio di impugnazione instaurato nei soli confronti del creditore. Stessa soluzione è stata adottata (nonostante la più volte ribadita autonomia ed indipendenza dei rapporti sembrasse escludere la ipotizzabilità stessa di qualsiasi efficacia riflessa) con riferimento ad una numerosa serie di ipotesi variamente riconducibili alla categoria della *garanzia impropria*. Si tratta *sia* dei casi in cui l'obbligo di tenere indenne il convenuto originario – discendente dalla legge o dal contratto – si riferisce ad una responsabilità dovuta al fatto del convenuto medesimo, cui il terzo sia rimasto del tutto estraneo (assicurazione sulla responsabilità civile: Cass. 28 aprile 1977, n. 1630, in *Foro it.*, 1977, I, 1681); azione proposta contro il mandatario che a sua volta agisca in rivalsa contro il mandante (Cass. 16 maggio 1966, n. 1165, in *Foro it.* 1967, I, 432) ed ipotesi similari); *sia* di quelli in cui l'obbligo di tenere indenne il convenuto originario è collegato ad una responsabilità che dipende dal fatto materiale del terzo (vendita a catena, responsabilità del conduttore *ex art.* 1591 c.c. per ritardata consegna al locatore dell'immobile dovuta a fatto del subconduttore, subcontratti...). Per ulteriori riferimenti v. A. PROTO PISANI, *Note in tema di limiti soggettivi della sentenza civile*, in *Foro it.* 1985, 2396 ss. Si è, infine, negata qualsiasi efficacia *riflessa* nei confronti dei seguenti terzi: condebitore solidale rispetto alla condanna di un debitore in solido (Cass. 6 agosto 1965, n. 1890); creditore ipotecario rispetto ad una sentenza che dichiara la simulazione; usufruttuario rispetto ad una decisione sulla proprietà; terzo avente causa rispetto ad una decisione che pronuncia la nullità del rapporto facente capo al dante causa: per riferimenti v. A. PROTO PISANI, *Note in tema di limiti soggettivi*, cit., 2398 ss. Se è lecito trarre alcune conclusioni per la prospettiva che ci occupa, possiamo osservare che, laddove l'efficacia riflessa sia dalla giurisprudenza espressamente esclusa o ammessa solo in linea di principio (potendo essa essere aggirata *in toto* mediante la facoltà del terzo di ridiscutere l'accertamento sul rapporto pregiudiziale), si tende a limitare l'incidenza dell'accertamento sul rapporto pregiudiziale nei confronti del terzo ad un'efficacia *lato sensu* probatoria (in quanto inerente ad un *quid* che nella fattispecie del diritto del terzo rileva *solo* come fatto), suscettibile di prova contraria o di efficacia presuntiva. Laddove tale efficacia riflessa sia invece riconosciuta, sebbene in forme attenuate, il rapporto pregiudiziale viene considerato non come *fatto*, ma come *rapporto* suscettibile, appunto, di accertamento vincolante: PA. PROTO PISANI, *Note in tema di limiti soggettivi*, cit., 2400. In ogni caso, dalle motivazioni delle decisioni emerge come la ragione dell'efficacia, più o meno intensa, della sentenza nei confronti dei terzi trovi fondamento *quasi esclusivamente* nel particolare tipo di collegamento esistente tra la posizione del terzo e quella decisa, in ragione cioè del diverso e variegato articolarsi del nesso di pregiudizialità-dipendenza, mentre nessun riferimento è dato riscontrare ad un presunto ruolo privilegiato della sentenza e al suo carattere imperativo.

tenza e dei limiti soggettivi come riflesso dei limiti oggettivi⁵³⁵, nonché quelle sull'efficacia riflessa del giudicato al fine di giustificarne in qualche modo una automatica e generalizzata ripercussione sulle situazioni giuridiche dei terzi (la cui paternità va riconosciuta allo Jhering⁵³⁶), non hanno mai trovato terreno particolarmente fertile e sono rimaste sostanzialmente isolate.

Una delle peculiarità dell'orientamento della giurisprudenza del *Reichsgericht* dell'inizio del secolo scorso, in effetti – granitico nel confinare l'incidenza dell'atto giurisdizionale alla sfera delle parti e dei terzi *espressamente* indicati dalla legge (§§ 325-327 ZPO)⁵³⁷ – risiede *non solo* nel fatto che il rapporto di pregiudizialità-dipendenza fosse considerato condizione *non sufficiente* a giustificare il fenomeno della *Rechtskraftserstreckung* nei confronti dei terzi, ma, soprattutto,

⁵³⁵ Il riferimento è in particolare alle tesi di A. WACH, A. MENDELSSOHN BARTHOLDY e K.H. SCHWAB. Wach è il primo teorizzatore della teoria del c.d. *valore assoluto della cosa giudicata*, secondo cui: "(...) quando una sentenza accerta o nega *inter partes* un rapporto giuridico, nessuno può contestare che questo rapporto esiste o non esiste fra le parti in virtù di questa sentenza": A. WACH, P. LABAND, *Zur Lehre von der Rechtskraft. Drei Rechtsgutachten*, Leipzig 1899, 9. Da ciò discenderebbe come naturale conseguenza l'efficacia riflessa, secondo cui: "(...) la sentenza vincola il terzo non come la regolamentazione formale-autoritativa dei suoi rapporti, ma solo in conseguenza degli effetti, che essa ha per una delle parti", a condizione che il giudicato sul rapporto pregiudiziale sia stato pronunciato tra i *legitimi contradictores* ("*zwischen den eigentlich zur Sache Legitimierten*": A. WACH, *Zur Lehre*, cit., 20 e 85). A. MENDELSSOHN BARTHOLDY, *Grenzen der Rechtskraft*, Leipzig 1900; ID., *Zur Lehre von der subjektiven Begrenzung der Rechtskraft*, in *Deutsche Juristen-Zeitung*, 1910 teorizzava la *derivazione e dipendenza dei limiti soggettivi dai limiti oggettivi*: in tale prospettiva: "(...) l'autorità del giudicato formatosi fra le parti diviene produttiva di effetti giuridici anche nei confronti di terzi senza mutare il proprio ambito oggettivo ogniqualvolta il diritto, accertato fra le parti con decisione coperta da giudicato, viene in questione nel corso di un successivo giudizio": A. MENDELSSOHN BARTHOLDY, *Grenzen der Rechtskraft*, cit., 425. Entrambe le tesi del WACH e del MENDELSSOHN BARTHOLDY si caratterizzavano per la concezione dell'efficacia *ultra partes* della sentenza come fenomeno fisiologico, anche al di là delle espresse prescrizioni delle norme positive. K.H. SCHWAB, *Rechtskrafterstreckung auf Dritte und Drittwirkung der Rechtskraft*, *Zeitschrift für Zivilprozess*, 77, 1964, 124 ss. riprende e sviluppa le tesi di questi due autori. Nell'ambito della sua tesi della c.d. *Drittwirkung der Rechtskraft*, la cosa giudicata, una volta formata tra i *legitimi contradictores*, non potrebbe che avere valore per tutti, altrimenti la vincolatività dell'accertamento contenuto nella sentenza, se limitata alle sole parti e non idonea ad essere spesa dalle parti stesse nei confronti dei terzi, sarebbe risultata ben poca cosa ("*eine halbe Sache*").

⁵³⁶ La ricostruzione dello R. VON JHERING, *Die Reflexwirkungen*, cit., 79 ss. si pone tutta ed esclusivamente *sul piano sostanziale*. L'autore non fa mai cenno alla sentenza come fonte *privilegiata* di effetti riflessi, dato che gli effetti riflessi colpiscono il terzo esclusivamente in forza della normativa sostanziale.

⁵³⁷ Secondo il principio per cui: "*Das Gesetz geht davon aus, dass nur die Personen gebunden werden sollen, die in der Lage sind, auf den Inhalt des Urteils einzuwirken*" (*Reichsgericht*, 22 maggio 1909, in *Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen*, Leipzig, 1904, vol. 71, 202). Per riferimenti v. N. TROCKER, *I limiti soggettivi del giudicato tra tecniche di tutela sostanziale e garanzie di difesa processuale (profili dell'esperienza giuridica tedesca)*, in *Riv. dir. proc.* 1988, 41 ss.

nella *negazione di qualunque ruolo privilegiato*, in quest'ambito, *alla sentenza* (per il solo fatto di essere emanata da un organo pubblico), *che veniva dunque posta sullo stesso piano di un qualunque atto negoziale*. La sentenza, al pari del negozio, è sempre stata considerata nient'altro che come un mero *fatto giuridico*⁵³⁸.

Parimenti, la dottrina prevalente ha sempre contestato gli assunti alla base di entrambe le tesi del Wach e del M. Bartholdy (ossia l'idoneità della relazione di pregiudizialità sostanziale ad assurgere a situazione legittimante dei fenomeni di 'ripercussione' verso i terzi del giudicato pronunciato *inter alios* e la qualificazione della sentenza civile come fonte privilegiata di effetti nei confronti dei terzi), in ragione soprattutto del ruolo attribuito al carattere *dispositivo* del processo civile. Salvi i casi in cui il rapporto dipendente, destinato ad essere pregiudicato da una sentenza resa *inter alios*, fosse comunque *esposto* alle modifiche *per via negoziale* del rapporto pregiudiziale⁵³⁹, vi è sempre stata una notevole resistenza ad esporre il terzo ad un vincolo formatosi nell'ambito di un procedimento, in cui la volontà e la condotta di altre parti (per non dire il loro arbitrio⁵⁴⁰) potevano aver avuto – in virtù della vigenza della c.d. *Verhandlungsmaxime* – un ruolo decisivo⁵⁴¹.

Tale impostazione restrittiva, fortemente critica nei confronti della nozione di efficacia *riflessa* (considerata un espediente concettuale finalizzato a vincolare il terzo – al pari di quella diretta – in maniera *incontrovertibile*), è andata consolidandosi negli anni⁵⁴², nell'ambito di una concezione che negava sistematicamente un ruolo *privilegiato* alla sentenza – di cui si contestava l'asserita maggior forza

⁵³⁸ Facendo applicazione di tali principi, l'efficacia *ultra partes* della sentenza (*Rechtskraftserstreckung*) veniva riconosciuta solo in presenza di norme che ammettevano la soggezione della situazione dipendente alle modifiche attuate, successivamente al suo sorgere, *per via negoziale*, sulla situazione pregiudiziale. Per riferimenti v. N. TROCKER, *I limiti soggettivi del giudicato*, cit., 46, ntt. 25-26-27.

⁵³⁹ Secondo il principio per cui: "(...) *das Urteil die Rechtslage von Personen jedenfalls insoweit beeinflussen kann, als auch ein zwischen den Parteien geschlossener Vertrag diese Rechtslage beeinflussen koennte*". Per riferimenti v. N. TROCKER, *I limiti soggettivi del giudicato*, cit., 53, nt. 38.

⁵⁴⁰ È radicata nella dottrina tedesca l'idea secondo cui: "(...) *der den Zivilprozess beherrschenden Verhandlungsmaxime, wegen deren Inhalt des Urteils sehr wesentlich von dem Verhalten der Parteien abhaengig ist und Dritten die Gefahr, eine unrichtige Entscheidung als unbestreitbar hinnehmen zu muessen, nicht zugemutet werden kann*": così K. HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, Bd I 1912, Bd II 1919.

⁵⁴¹ Secondo R. SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 2ª ed., Leipzig 1906, 761 ss., ad esempio, la natura di atto autoritativo dello Stato spettante alla sentenza potrebbe bensì legittimare, in linea di principio, una sua efficacia *ultra partes* ed *erga omnes*, ma ciò confliggerebbe con il principio di equità (*Billigkeit*).

⁵⁴² Per riferimenti v. N. TROCKER, *I limiti soggettivi del giudicato*, cit., 60 ss., spec. ntt. 49, 52.

rispetto al contratto sol perché atto *autoritativo* dello Stato – e che ne limitava l' idoneità a produrre effetti *ultra partes* ai casi in cui tali effetti potessero essere riconducibili anche ad un atto negoziale⁵⁴³.

Al consolidamento di questa impostazione hanno poi concorso una serie di fattori: la valorizzazione, innanzitutto, del dato normativo⁵⁴⁴; una maggiore sensibilità, in generale, per le esigenze di tutela del terzo; la diffidenza per il fenomeno processuale, dominato dal *principio dispositivo* (come tale incapace di garantire un' attendibilità maggiore di quella offerta da un qualsiasi negozio intervenuto tra le parti e relativo allo stesso oggetto⁵⁴⁵); il contributo essenziale della giurisprudenza del *Bundesverfassungsgerichtshof*, che ha attribuito un ruolo sempre più *centrale* al principio del contraddittorio (*rechtliches Gehör*)⁵⁴⁶, nuovo parametro, di rango costituzionale (art. 103, comma 1, GG), in base al quale valutare la legittimità di *ogni* ipotesi di *riflessione* del giudicato a terzi, non solo di quelle sino ad allora giustificate unicamente in ragione della particolare conformazione, sul pia-

⁵⁴³ Si veda, in questo contesto, la teoria c.d. della *Rechtskrafsterreckung infolge zivilrechtlicher Abhängigkeit* (riconducibile a BETTERMANN e BLOMEYER), di chiara derivazione *bellwigiana*, che si afferma come dominante nel corso degli anni. Uno dei suoi punti caratteristici risiede nella delimitazione della figura della *voellige* o *dauernde Abhängigkeit* (nesso di dipendenza permanente), essa sola legittimante una soggezione della situazione dipendente all' accertamento vincolante intervenuto *inter alios* sul rapporto pregiudiziale. Solo in tal caso l' estensione potrebbe considerarsi “ragionevole” (*zumutbar*), secondo la definizione datane da A. BLOMEYER, *Rechtskrafsterreckung infolge zivilrechtlicher Abhängigkeit*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 75, 1962, 12, 23.

⁵⁴⁴ Oltre alle norme generali della ZPO (parr. 325-327, che enunciano la regola generale della *limitazione soggettiva* del giudicato con le relative eccezioni), si richiamano con insistenza i parr. 425 e 1011 (e 432) BGB, che disciplinano gli effetti della cosa giudicata nelle obbligazioni solidali e nelle situazioni di comproprietà, esplicitando che anche in questi ambiti la regola è quella della limitazione soggettiva del giudicato. Da tali norme – considerate non come eccezioni, quanto piuttosto quali concretizzazioni di un principio *generale* – i giudici desumono non solo la conferma che l' ordinamento avrebbe inteso *restringere* alle sole parti il vincolo nascente dal giudicato, ma altresì il fatto che non vi sarebbe normale convergenza del fenomeno della connessione tra rapporti sul piano sostanziale con quello della efficacia *ultra partes* della sentenza. V. N. TROCKER, *I limiti soggettivi del giudicato*, cit., 63, ntt. 53 e 54.

⁵⁴⁵ Per riferimenti v. N. TROCKER, *I limiti soggettivi del giudicato*, cit., 67, nt. 67.

⁵⁴⁶ Il tema del rapporto tra efficacia *ultra partes* della sentenza e rispetto del principio del contraddittorio, in particolare, è stato al centro di un acceso dibattito dottrinale, tra chi riteneva che tale principio escludesse qualunque ipotesi di efficacia riflessa (al di là di quelle normativamente previste), chi non escludeva in linea di principio il fenomeno dell' efficacia riflessa, a patto di assicurare ai terzi soggetti al giudicato *inter alios* efficaci rimedi *preventivi* o *successivi* e chi riteneva che vi fossero delle ipotesi di estensione del giudicato *ultra partes* (quelle, in sostanza, relative a situazioni idonee ad essere pregiudicate *anche per via negoziale*) cui non era necessario applicare la garanzia del contraddittorio. Per riferimenti v. A. ZEUNER, *Rechtliches Gehör, materielles Recht und Urteilswirkungen*, Karlsruhe, 1974; N. TROCKER, *I limiti soggettivi del giudicato*, cit., 74, nt. 84, 78, ntt. 90-93, 86 ss., 88 ss., 101 ss.

no sostanziale, delle situazioni giuridiche interessate, ossia del particolare nesso di connessione (*pregiudizialità-dipendenza*) tra rapporti, ma anche di quelle espressamente previste da norme ordinarie⁵⁴⁷.

Alla luce di quanto precede, ci pare dunque difficile ravvisare nella natura *privatistica* (o comunque *ibrida*) del lodo arbitrale rispetto a quella *pubblicistica* della sentenza un ostacolo insormontabile rispetto al tema della possibile efficacia del giudicato arbitrale nei confronti dei terzi.

Il problema risiederà, semmai, nel *carattere necessariamente consensuale dell'arbitrato*. Invero, al di là dei casi in cui i terzi risultino soggetti agli effetti di una decisione resa *inter alios* in ragione delle mere interconnessioni esistenti sul piano sostanziale (nel qual caso risulterebbe irrilevante, ai fini di tale – comunque inevitabile – soggezione, la natura – giudiziale o contrattuale – dell'atto incidente sulla situazione pregiudiziale) o *per espressa disposizione di legge* (come nel caso dell'effetto anticipatorio conferito alla trascrizione dell'atto di promovimento del giudizio arbitrale, in relazione alle fattispecie contemplate dagli artt. 2652 e 2653 c.c.⁵⁴⁸), in tanto un soggetto può essere vincolato ad una decisione degli arbitri in quanto *vi abbia previamente consentito* (mediante una stipulazione, espressa o tacita, di una convenzione arbitrale), pena, altrimenti, la violazione di principi costituzionali quali quelli codificati dagli artt. 24, 25 e 102 Cost. e la configurazione, *de facto*, di un inammissibile arbitrato obbligatorio.

Sebbene alcune recenti teorie siano inclini a svalutare il requisito del consenso come *condicio sine qua non* per la deferibilità di una disputa in arbitrato⁵⁴⁹, pren-

⁵⁴⁷ Per riferimenti v. N. TROCKER, *I limiti soggettivi del giudicato*, cit., 74, nt. 84, 76 ss.

⁵⁴⁸ Su cui v. Cass. S.U. 25 ottobre 2013, n. 24153, ord., che, al par. 5.2., sottolinea come entrambe le norme concernano: “(...) l'efficacia dell'accertamento contenuto nel lodo verso terzi, laddove ogni atto che trova la sua base esclusivamente sulla volontà pattizia e dispositiva delle parti di un negozio vale esclusivamente fra le parti ed è fornita di efficacia nei rapporti dipendenti. Entrambe le norme si radicano alla nozione ed alla teoria dell'azione e coprono tutto lo spazio, coperto sia dalla azione come mera aspirazione ad una sentenza di merito, sia dalla azione in senso sostanziale, riferita cioè a situazioni che presuppongono fondata l'azione, ed alle norme tese ad evitare che la durata del processo ridondi in danno dell'attore, che ha ragione”.

⁵⁴⁹ V. in tal senso S. BREKOUKAKIS, *Rethinking consent in international commercial arbitration: a general theory for non-signatories*, in *Journal of Int'l Disp. Settl.* 8, 2017, 627 ss. e 629, per il quale: “Under this approach, what matters is not whether a non-signatory has presumably consented to arbitration, but whether and to what extent a non-signatory is actually implicated in the dispute before an arbitration tribunal.” Per maggiori riferimenti a questi recenti orientamenti v. S. BREKOUKAKIS, *Parties in international arbitration: consent v. commercial reality*, in S. BREKOUKAKIS, J. LEW (et al.), *The evolution and future of international arbitration*, in *Int'l Law lib.*, vol. 37, 2016; J. FELLAS, *Comments on parties in international arbitration: consent v. commercial reality by Professor Stavros Brekoukakis*, in S. BREKOUKAKIS, J. LEW (et al.), *The evolution*, cit.; K. YOUSSEF, *The present – commercial arbitration as a transnational system of justice: universal arbitration between freedom and constraint: the challenges of assessment and control of jurisdiction in multiparty multi-contract arbitra-*

dendo spunto dal fatto che sussiste una tendenza, soprattutto a livello internazionale, a presumere un consenso, *tacito, implicito o indiretto*, in casi in cui un consenso effettivo sia in realtà *del tutto assente*⁵⁵⁰, financo configurando l'arbitrato in termini di *meccanismo di risoluzione della controversie "automatico" o by default* (salvo consenso espresso delle parti in senso contrario)⁵⁵¹, sulla base di un mutamento di prospettiva in cui l'attenzione è posta sulla disputa (*dispute-based analysis*) più che sul consenso (*consent based analysis*)⁵⁵², riteniamo che un terzo non possa mai essere vincolato da un lodo alla cui pronuncia esso, in ragione della mancata adesione (espressa o tacita) ad un patto arbitrale, non abbia *ex ante* consentito.

Si palesa, in tal caso, un limite *strutturale* dell'arbitrato rispetto al giudizio statale, che, assieme ad altri (si pensi, ad esempio, ai limiti dei poteri arbitrali nel disporre misure cautelari – ove ammesse – ogniqualvolta esse vadano ad incidere nella sfera giuridica dei terzi; o nel disporre la riunione di procedimenti pendenti instaurati sulla base di clausole arbitrali divergenti), concorre a delineare una figura di meccanismo di risoluzione delle controversie *sui generis*, come tale non del tutto assimilabile al giudizio statale.

tions, in *Arbitration – The next fifty years – 50th anniversary conference*, ICCA Congress Series No. 16, 103, Kluwer 2012.

⁵⁵⁰ La rilevanza di un consenso tacito, implicito o presunto è emersa soprattutto nell'ambito di alcuni ordinamenti particolarmente *arbitration friendly*, quali quello statunitense, inglese, francese e svizzero, in relazione a dispute particolarmente complesse di diritto societario, contrattuale o commerciale, e ha dato luogo al proliferare di numerose teorie volte ad opporre a soggetti formalmente terzi rispetto al patto arbitrale, al procedimento arbitrale e al lodo, perché non firmatari della convenzione arbitrale, gli effetti del giudizio e della decisione intercorsi *inter alios*. Si pensi a nozioni ed istituti quali *group of companies*, *alter ego doctrine*, *agency*, *estoppel third-party beneficiary*, su cui v. K. YOUSSEF, *The limits of consent: the right or obligation to arbitrate of non-signatories in group of companies*, in B. HANOTIAU, E.A. SCHWARTZ (eds.), *Multiparty arbitration*, in ICC Pub. No. 701, 2010, 71; ID., *Consent in context: fulfilling the promise of international arbitration (multiparty, multi-contract and non-contract arbitration)*, West, 2009. Osserva S. BREKOULAKIS, *Rethinking consent*, cit., 618: "*The existing theories on non-signatories are premised on the idea of implicit consent. [...] in reality, consent for arbitration is often lacking in the non-signatory theories they apply. Specifically, we can distinguish between two groups of non-signatory theories (...). In either group, it is questionable whether consent for arbitration actually exists*". E a p. 622: "*(...) the use of proxies to 'demonstrate' consent for arbitration runs afoul with the very idea of consent, as a conscious and informed decision of an individual to abide by an unequivocal promise. (...) Whereas in theory national courts and tribunals defend the extension of arbitration agreements to non-signatories on consensual grounds, in reality the non-signatory theories they apply are alien to fundamental principles of consent*".

⁵⁵¹ G. CUNIBERTI, *Rethinking international commercial arbitration. Towards default arbitration*, E.E., 2017.

⁵⁵² Così S. BREKOULAKIS, *Rethinking consent* cit., 627 ss., e 629.

7. *La riforma del 2006 e il tutt'ora problematico inquadramento teorico dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione ordinaria*

Forse ancor più controverse del problema del corretto inquadramento della portata della norma di cui all'art. 824 *bis* c.p.c. è, nell'ambito del nuovo contesto normativo, la questione della qualificazione, *in generale*, dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale e, *in particolare*, dell'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* sollevata, rispettivamente, dinanzi al giudice statale e dinanzi all'arbitro.

Non sono infatti elementi di per sé risolutivi di tali questioni né l'attribuzione espressa, al lodo arbitrale, dei medesimi effetti della sentenza; né i recenti orientamenti giurisprudenziali della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione nel senso di ritenere l'arbitrato un meccanismo alternativo e pienamente sostitutivo della giurisdizione statale ai fini della tutela dei diritti; né, infine, il reiterato utilizzo dell'espressione "competenza" da parte del legislatore della riforma, ogniqualvolta si riferisca ai rapporti tra arbitro e giudice statale.

Come vedremo ampiamente nel prosieguo della trattazione, l'utilizzo del termine "competenza" è spesso improprio e "convive" con l'esclusione dell'applicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, di regole ed istituti che, dalla riconduzione di quei rapporti alla categoria della "competenza", dovrebbe invece discendere come conseguenza fisiologica. Non vi è, d'altra parte, una correlazione necessaria tra l'inquadramento in senso giurisdizionale del fenomeno arbitrale (e degli effetti del lodo in particolare) e la qualificazione in termini di eccezione di rito dell'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* arbitrale o giudiziale (come dimostra il fatto che, nel contesto normativo attuale, molti autori, pur aderendo alla concezione giurisdizionale dell'arbitrato e degli effetti del lodo, ritengono che la decisione sull'*exceptio compromissi* sia comunque una decisione *non di rito, ma di merito*). Parimenti, non vi è una correlazione necessaria tra un inquadramento privatistico-negoziale del fenomeno arbitrale, del lodo e dei suoi effetti e la qualificazione dell'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* arbitrale o giudiziale in termini di questione di merito. D'altra parte, l'eventuale qualificazione dell'eccezione *de qua* in termini di eccezione di rito, e quindi il superamento dell'orientamento inaugurato dalle Sezioni Unite nel 2000 con la decisione n. 527, non implica che la stessa sia necessariamente ascrivibile alla categoria della (in)competenza, potendo ben essere assimilata (come in effetti alcuni autori continuano a sostenere anche dopo la riforma del 2006) ad un'eccezione di carenza di giurisdizione.

Insomma, né il dato normativo, né le recenti svolte giurisprudenziali forniscono un appiglio sicuro e univoco per la risoluzione di questa problematica, da cui, come ognuno vede, discendono importanti conseguenze sotto il profilo pratico-applicativo: si pensi al tema dell'impugnabilità, immediata o differita, del lodo arbitrale che abbia deciso (solo o anche) sulla "competenza" dell'arbitro, all'indi-

viduazione del rimedio impugnatorio avverso esso, o, ancora, alla questione degli effetti di una decisione, sia del giudice statale che dell'arbitro, su un'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* in ragione della presenza (o, rispettivamente, assenza) di un valido patto arbitrale.

Il dibattito non è affatto nuovo. Nel contesto pre-riforma del 2006, si sono infatti succedute e contrapposte numerose ricostruzioni, sia in giurisprudenza che in dottrina, di cui riteniamo opportuno dare conto prima di illustrare le posizioni espresse all'indomani della riforma del 2006.

7.1. *Il dibattito relativo alla qualificazione giuridica e agli effetti dell'exceptio compromissi nel regime pre-2006*

Il codice di rito del 1865 nulla disponeva in merito alla qualificazione dell'*exceptio compromissi* in sede giudiziale (né, specularmente, dell'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* in sede arbitrale), né conteneva norme su condizioni, termini e modalità della loro proposizione o sui loro effetti. L'orientamento che prevaleva in giurisprudenza era nel senso di considerare l'arbitrato come una deroga o *rinuncia temporanea* alla giurisdizione, in linea con la direttiva tracciata dal Pisanelli, secondo cui il processo doveva: "(...) tenere quasi le sue disposizioni come subordinate al (...) difetto" di una volontà delle parti in senso contrario⁵⁵³.

Conseguentemente, gli effetti del compromesso (considerato, al pari del *pactum de foro prorogando* e del *pactum de non petendo*, come contratto "ad effetti processuali"⁵⁵⁴) su una procedura giudiziale (nel cui ambito esso poteva essere invocato solo ad istanza di parte, *ad instar* delle eccezioni di incompetenza⁵⁵⁵ e, dapprima, senza termini⁵⁵⁶) vennero individuati in una *improcedibilità temporanea*

⁵⁵³ V. la *Relazione al progetto di codice di procedura civile del Regno d'Italia*, presentato dal ministro guardasigilli G. PISANELLI, il 26 novembre del 1863, in A. ACQUARONE, *L'unificazione legislativa*, cit., 239.

⁵⁵⁴ In tal senso v., tra gli altri, G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale*, Napoli 1935, 168. *Contra* M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale*, Milano 1936, 182 ss.

⁵⁵⁵ Il riferimento alla categoria della competenza era peraltro più per semplificazione descrittiva che non ai fini dell'estensione ai rapporti arbitro-giudice delle norme che regolavano la competenza tra giudici ordinari. V., in proposito, M. AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, cit., 178, per il quale: "(...) come un tribunale civile non potrebbe conoscere d'una controversia di competenza di un altro tribunale, così tutti i magistrati ordinari, limitativamente a ciò che forma oggetto del compromesso, sono esclusi dal prenderlo ad esame e pronunziare in proposito".

⁵⁵⁶ In tal caso la proposizione dell'eccezione veniva ritenuta equivalente: "(...) ad un'implicita rinuncia agli atti del giudizio già instaurato e diretto allo scopo medesimo di risolvere le insorte questioni": così Cass. 27 luglio 1931, n. 343, in *Mass. Foro it.* 1931, 635. Successivamente detta eccezione venne invece assoggettata, sempre in analogia ad una eccezione di incompetenza relativa, al termine di cui all'allora art. 187, comma 2, c.p.c., ossia "prima di ogni altra istanza o difesa". V. S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 42 ss.

del giudizio, consentendo alle parti, in caso di mancata pronuncia del lodo, di: “(...) *ripigliare il giudizio per raggiungere il primitivo loro intendimento*”⁵⁵⁷.

Nel vigore del codice di rito del 1865, l'approccio rispetto al problema dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale risentiva del fatto che il principio *Kompetenz Kompetenz* faceva non poca fatica ad affermarsi, in ragione dell'ostilità nei confronti dell'istituto arbitrale dell'autorità giudiziaria, gelosa della propria funzione istituzionale e giudicante⁵⁵⁸ (a differenza di quanto accadeva invece, più o meno nello stesso periodo, in ordinamenti contigui, quali quello francese⁵⁵⁹). Non essendo riconosciuto, in capo agli arbitri, un vero e proprio potere di *ius dicere* analogo alla “*giurisdizione piena e per autorità propria*” tipica dei giudici statali, il patto arbitrale veniva tendenzialmente inquadrato quale accordo di *deroga alla propria competenza*, su cui l'autorità giudiziaria riteneva di avere un diritto-dovere di esprimersi (quantomeno fintantoché l'arbitrato non fosse ancora iniziato). Sebbene il dato normativo non fornisse un appiglio univoco alla posizione dei giudici statali⁵⁶⁰, questi ritenevano di avere un'indiscutibile primazia sul giudizio degli arbitri e sulla funzione da essi svolta⁵⁶¹, pretendendo di poter dirimere la questione dell'allocazione della *potestas iudicandi in ogni caso*, e, dunque, anche se aditi per secondi nel caso di pendenza parallela di giudizi sulla medesima causa⁵⁶².

La situazione non mutava sensibilmente con il passaggio al codice del 1940, in considerazione del fatto che, in relazione al tema del rapporto tra arbitrato e giurisdizione, l'unica norma espressamente introdotta era stata l'art. 817 c.p.c. (rubricato “*Eccezione di incompetenza*”), che si limitava a richiedere che l'eccezione di

⁵⁵⁷ Così App. Torino 1° settembre 1870, in *Giurispr.* 1870, VII, 655; v. anche App. Torino 19 marzo 1872, in *Giurispr.* 1872, IX, 923, per cui: “(...) resosi inefficace un atto di compromesso stipulato per porre termine ad una lite, si rende pure inefficace ogni recesso dalla lite medesima”; App. Brescia, 15 giugno 1932, in *Corti Reg.* 1932, 435; App. Bologna, 27 gennaio 1936, in *Temil. emil.* 1936, 38; Cass. Torino, 13 marzo 1878, *ivi*, XV, 360.

⁵⁵⁸ F. CARNELUTTI, *Clausola compromissoria e competenza arbitrale*, in *Riv. dir. proc.* 1921, II, 327 e in *Studi di diritto processuale*, Padova 1925, 104.

⁵⁵⁹ Su cui v. M. MONGALVY, *Traité de l'arbitrage, en matière civile et commerciale*, Bruxelles 1837, n. 172; G.L.J. CARRE, *Lois de la procédure civile*, Parigi 1841, *Quest.* 3281.

⁵⁶⁰ Il codice del 1865 prevedeva, infatti, all'art. 32, comma 1, uno specifico motivo di nullità del lodo, invocabile in tutti i casi in cui la decisione dell'arbitro fosse stata resa: “(...) *sopra un compromesso nullo o scaduto, oppure fuori dai limiti del compromesso*”. Osservava in proposito M. AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, cit., 263, che: “*La difesa della legge e delle parti*” avrebbe dunque potuto essere “*completa senza (...) necessità di un giudizio preliminare di primo e secondo grado sulla competenza degli arbitri*”.

⁵⁶¹ V., per riferimenti, S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 44 ss.

⁵⁶² V., in tal senso, Cass. 5 novembre 1925, in *Rep. Foro it.*, 1925, voce *Competenza civile*, n. 483; Cass. 25 luglio 1932, *ivi*, n. 332. In dottrina v. L. MORTARA, *Commentario*, cit., III, 88.

esorbitanza delle conclusioni avversarie dai limiti della convenzione venisse sollevata *nel corso dell'arbitrato*, pena, in mancanza, l'impossibilità di impugnazione del futuro lodo per questo motivo.

L'altro significativo intervento pre-2006 era stata l'introduzione, ad opera del legislatore della riforma del 1994, della norma di cui all'art. 819 *bis* c.p.c., con cui si poneva fine al fenomeno della *vis attractiva*, disponendo che la "competenza" degli arbitri non era esclusa dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente dinnanzi al giudice. In un contesto normativo così lacunoso, la dottrina e la giurisprudenza avevano proceduto ad elaborare diverse tesi sul tema della qualificazione dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale, su cui andiamo ora a rivolgere la nostra attenzione.

7.1.1. *La tesi prevalente in giurisprudenza: la riconducibilità dei rapporti arbitro-giudice alla categoria della "competenza" e la qualificazione dell'exceptio compromissi in termini di "eccezione di incompetenza derogabile"*

Fino alla "svolta privatistico-negoziale" operata dalle Sezioni Unite con la celebre decisione n. 527 del 2000⁵⁶³, l'opinione di gran lunga prevalente in giurisprudenza (salvo poche eccezioni⁵⁶⁴) e in gran parte della dottrina⁵⁶⁵, era nel senso che il rapporto arbitro-giudice fosse riconducibile alla categoria della competenza e che l'*exceptio compromissi* dovesse qualificarsi in termini di *eccezione di incompetenza*, soggetta, quanto al regime processuale, a quello dell'eccezione di incompetenza per territorio derogabile *ex art. 38, comma 2, c.p.c.*⁵⁶⁶.

⁵⁶³ In *Foro it.* 2001, I, 839 e in *Giur. it.* 2001, 1107, nt. G. CANALE. V. *supra*, par. 6.1.3. e *infra* par. 7.1.2.

⁵⁶⁴ Per una qualificazione in termini di eccezione di giurisdizione, v. Trib. Cremona 24 aprile 1948, in *Corte Brescia* 1948, I, 108; App. Trieste 20 luglio 1951, *ivi* 1962, 58. Per una qualificazione in termini di "eccezione atipica", di "rinuncia convenzionale alla giurisdizione", espressione di un potere riservato alla parte, v. Cass. 21 dicembre 1945, n. 843.

⁵⁶⁵ V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 839 ss. V. anche F. CARLENUTTI, *Sistema di diritto processuale*, Padova 1936, I, 178; ID., *Clausola compromissoria e competenza arbitrale*, cit., 327, per il quale il patto compromissorio era da qualificarsi come un *accordo processuale diretto alla modificazione della competenza*; R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Napoli 1971, 313 ss.; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 210; LEVONI, *La pregiudizialità nel processo arbitrale*, Torino 1975, 134 ss.; M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, in *Riv. arb.* 1996, 249 ss.; L. MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, III, 4^a ed., Milano 1922.

⁵⁶⁶ V. in questo senso, *ex multis*, Cass. S.U. 23 febbraio 2000, n. 15; Cass. 15 settembre 2000, n. 12175, in *Giur. it.* 2001, I, 1, 2035, nt. P.L. NELA, *Arbitrato rituale e regolamento necessario di competenza*; Cass. 8 febbraio 1999, n. 1079; Cass. 8 febbraio 1999, n. 1079, in *Foro it.* I, 2308, nt. M. DE SANTIS, *In tema di rapporti tra giudice ordinario e arbitri*; Cass. 10 novembre 1998, n. 11294, in *Giust. civ.* 1998, I, 2394; Cass. 21 luglio 1998, in *Fall.* 1998, 1270; App. Roma 25 ot-

Tale assimilazione si spiegava in ragione del fatto che, in tale normativa, si vedeva: “(...) *l'espressione di un più generale principio, informatore delle deroghe convenzionali sulla competenza*”, il cui regime processuale poteva agevolmente estendersi anche alla deroga pattizia fondata sulla convenzione arbitrale, la cui eccezione era connotata da un *carattere relativo e disponibile*⁵⁶⁷. Da ciò discendeva l'impossibilità di ricondurre la questione relativa alla sussistenza o meno della *potestas* arbitrale alla categoria dei presupposti processuali, la cui assenza potesse essere rilevata d'ufficio, o a quella delle eccezioni di merito in senso lato⁵⁶⁸.

Al pari di chi avesse stipulato un patto di deroga alla competenza prorogabile (tenuto, a pena di decadenza, ad esigerne il rispetto sollevando la relativa eccezione nel primo atto difensivo del giudizio di primo grado): “(...) *così il paciscente, che esige il rispetto della clausola o del compromesso, è assoggettato allo stesso onere*”⁵⁶⁹.

tobre 1993, in *Riv. arb.* 1995, 290; Cass. 23 gennaio 1990, n. 354, in *Riv. arb.* 1991, 79, nt. G. MIRABELLI, *Regolamento o ricorso per cassazione per incompetenza dell'arbitro*; Cass. S.U. 7 febbraio 1987, n. 6556, in *Rep. Foro it.* 1987, voce *Giurisdizione civile*, n. 144; Cass. S.U. 29 novembre 1986, n. 7087; Cass. S.U. 4 luglio 1981, n. 4360, in *Foro it.* 1981, I, 1860, nt. C.M. BARONE; Cass. 19 dicembre 1975, n. 4189, in *Foro it.* 1976, I, 656; Cass. 13 dicembre 1969, n. 3981, in *Giur. it.* 1971, I, 1, 127, nt. SEGRÉ, *Connessione di cause e incompetenza di arbitri*; Cass. 27 luglio 1957, in *Riv. dir. proc.* 1958, 246, nt. V. COLESANTI, *Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri*; Cass. S.U. 9 maggio 1956, n. 1505, in *Foro it.* 1956, I, 847, nt. ANDRIOLI, *Procedura arbitrale e regolamento di giurisdizione*; in *Foro pad.* 1956, 686, nt. E. GARBAGNATI, *In tema di regolamento preventivo di giurisdizione nel corso del procedimento arbitrale*. Così anche M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, in *Riv. arb.* 1996, 239 ss., 242 e 258.

⁵⁶⁷ S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, cit., 259 ss.; M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 240. Ciò benché, da un punto di vista logico, l'*exceptio compromissi* fosse maggiormente assimilabile all'eccezione d'incompetenza per materia: così A. BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite ed il regime della eccezione fondata su accordo compromissorio*, nt. a Cass. 25 giugno 2002, n. 9289, in *Riv. arb.* 2002, 524 e 525.

⁵⁶⁸ M. BOVE, *Sul regime dell'eccezione di patto compromissorio rituale*, in *Riv. arb.* 2004, 252 ss.; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 1^a ed., I, 144; F. DANOVI, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, cit.

⁵⁶⁹ V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 841. Riteneva tuttavia G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, Padova 1990, 22 ss. che fosse un errore: “(...) ritenere che la fattispecie in esame trovi la propria esclusiva giustificazione nei poteri negoziali riconosciuti alle parti in tema di competenza territoriale derogabile al di fuori della pendenza del processo”, dato che il carattere negoziale dell'accordo ex art. 38, comma 2, c.p.c.: “(...) non sarebbe, di per sé, sufficiente a dare fondamento all'effetto d'incontestabilità che la norma attribuisce alla designazione, che è tale, oltre che tra le parti ed il giudice originariamente adito, anche nei confronti del giudice ad quem dinanzi al quale la causa sia tempestivamente riassunta (...)”. Ciò perché, in tema di patti di deroga convenzionale alla competenza, esistevano due tipologie di accordo, profondamente diverse tra loro. Da un lato, vi era il *pactum de foro prorogando* ex art. 29 c.p.c., ossia un negozio giuridico espressione dell'autonomia privata delle parti, formato *al di fuori* del processo e, soprattutto, in

L'assimilazione dell'*exceptio compromissi* ad un'eccezione di competenza derogabile veniva altresì fatta derivare da una serie di altri indici, quali: l'attribuzione alla convenzione di arbitrato di *effetti di natura processuale*, che comportavano l'attribuzione, agli arbitri, del potere di decidere la disputa, con la sua contestuale sottrazione al giudice ordinario⁵⁷⁰; la rubrica dell'art. 817 c.p.c., che, come detto, recitava espressamente "*Eccezione di incompetenza*"; la stessa collocazione della disciplina dell'arbitrato, non più, come nel codice del 1865, in un titolo preliminare dedicato alle forme alternative di risoluzione delle controversie, ma nel titolo IV, all'interno della categoria dei procedimenti speciali, sì da configurarlo non tanto come un'alternativa del giudizio statale, quanto come un "particolare rito" del sistema processuale stesso, differente dal rito ordinario solo per forme e struttura⁵⁷¹: una collocazione che sembrava fornire un appiglio argomentativo alla concezione pubblicistica del fenomeno arbitrale.

Un ruolo non indifferente nel ricondurre il rapporto tra arbitri e giudici statali (e l'eccezione alla rispettiva *potestas iudicandi*) alla categoria della "competenza", era stato svolto da quel particolare inquadramento teorico-dogmatico del fenomeno arbitrale, assolutamente prevalente in giurisprudenza a partire dalla metà degli anni '50 e per i decenni successivi, noto come tesi della "giurisdizionalizza-

epoca che *precede* l'instaurazione dello stesso. Dall'altro, la fattispecie di cui all'art. 38, comma 2, c.p.c., che, sempre con riferimento alla competenza per territorio semplice e, questa volta, *durante* la pendenza del processo (più precisamente nella fase iniziale di esso), consentiva all'attore e alle altre parti: "(...) di aderire all'indicazione del giudice competente operata dal convenuto, attribuendo a tale accordo l'effetto di 'tener ferma' la competenza del giudice indicato, sotto la condizione che la causa sia riassunta dinanzi a quest'ultimo entro tre mesi dall'ordinanza di cancellazione della causa dal ruolo" (G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, cit., 22). In questo secondo caso, l'art. 38, comma 2, c.p.c. recepiva il risultato dell'accordo derogatorio intervenuto tra le parti durante il processo e lo utilizzava per rendere *definitiva e indiscutibile la designazione del giudice indicato dal convenuto*. In questo aspetto risiedeva, secondo G. ARIETA, la differenza tra i due tipi di accordo derogatorio. A proposito dell'accordo *ex* art. 38, comma 2, c.p.c., l'autore scriveva: "(...) Siamo, cioè, in presenza di una combinazione di fattispecie, in quanto dal fenomeno negoziale, una volta perfezionato, discende l'individuazione del giudice competente, mentre è la norma, espressione del sistema di competenza in senso dinamico, che attribuisce, a quel foro, il carattere d'incontestabilità (...)". Sul punto v. anche L. MONTESANO, G. ARIETA, *Diritto processuale civile*, I, Torino 1996, 103.

⁵⁷⁰ Cass. 25 gennaio 1997, n. 781, in *Riv. arb.* 1997, nt. M. BOVE, *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza di un patto compromissorio*; Cass. 28 gennaio 1972, n. 244; Cass. 22 febbraio 1964, n. 384, in *Riv. dir. proc.* 1964, nt. V. ANDRIOLI, *Arbitrato ed effetti sostanziali della domanda giudiziale*; Cass. 27 luglio 1957; Cass. S.U. 9 maggio 1956, n. 1505. In dottrina v. R. VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 190 e 316; più di recente v. M. BOVE, *Sul regime dell'eccezione*, cit., 247; P.L. NELA, *Arbitrato rituale e regolamento necessario di competenza*, nt. a Cass. 1 febbraio 2001, n. 1403 e Cass. 15 settembre 2000, n. 12175, in *Giur. it.* 2001, I, 1, 2036.

⁵⁷¹ Così S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 48.

zione *ex post*". In base ad esso, l'arbitrato, fenomeno eminentemente privatistico, assumeva *a posteriori*, e solo a seguito dell'omologazione pretorile, *i connotati tipici della giurisdizionalità*, determinando la riconduzione dei rapporti fra arbitri e giudici ordinari, seppur, appunto, *ex post*, alla categoria dei rapporti di competenza⁵⁷². L'effetto retroattivo dell'omologa pretorile, in altri termini, rivestiva un'attività *altrimenti di natura eminentemente privata* del carattere della giurisdizionalità, che, ove, ravvisabile *ab initio*, avrebbe verosimilmente implicato la riconduzione dei rapporti fra arbitri e giudici alla categoria della *giurisdizione* e non a quella della *competenza*⁵⁷³.

Sotto il profilo pratico-applicativo, dall'inquadramento dei rapporti arbitro-giudice alla categoria della competenza discendevano una serie di conseguenze, tra cui la necessità di sollevare la relativa eccezione, a pena di decadenza, con il primo atto difensivo⁵⁷⁴ – anche se, dal coordinamento dell'art. 38, comma 2 con gli artt. 167 e 180, comma 2, c.p.c., come modificati dalla l. n. 534 del 1996, si deduceva che l'eccezione fosse tempestiva anche se sollevata nell'udienza di prima comparizione⁵⁷⁵ –, potendovi però la parte anche rinunciare⁵⁷⁶; la qualificazione *in termini di sentenza sulla competenza*, come tale impugnabile *unicamente* con il regolamento di competenza (necessario o facoltativo), della decisione del giudice statale sull'eccezione di compromesso⁵⁷⁷ (e financo delle sentenze della Corte d'ap-

⁵⁷² Su cui v. il secondo capitolo. In argomento v. anche E. REDENTI, voce *Compromesso*, in *Nuovo Dig. It.*, III, Torino 1938, 507; ID., voce *Compromesso*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino 1957, 791; Cass. S.U. 9 maggio 1956, n. 1505, cit.

⁵⁷³ La tesi della derivazione della peculiare natura (in termini di "competenza") del rapporto arbitro-giudice dall'asserito carattere giurisdizionale del fenomeno arbitrale è stata fatta propria anche in tempi più recenti da una parte della dottrina, che, nella riforma del 1994, avrebbe ravvisato una conferma di tale carattere. Così, tra gli altri, S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, cit., 245 e 246; M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 239 ss.

⁵⁷⁴ Cass. S.U. 28 novembre 1996, n. 10617, in *Rep. Foro it.* 1996, voce *Competenza civile*, n. 142; Cass. 21 dicembre 1995, n. 13023, *ivi* 1995, voce *Arbitrato*, n. 104; Cass. 5 settembre 1992, n. 10240, in *Foro it.* 1992, I, 3298; App. Torino 10 giugno 1992, in *Riv. arb.* 1993, 652; Cass. 23 agosto 1990, n. 8608, *ivi*, 1991, 132 nt. R. MARENGO, *Arbitrato e connessione di cause*; Cass. 16 agosto 1990, n. 8309, in *Rep. Foro it.* 1990, voce *Competenza civile*, n. 109; Cass. 16 luglio 1990, n. 6087, in *Arch. civ.* 1991, 707; Cass. 28 novembre 1989, *ivi* 1990, 382. Ma v., per la possibilità di sollevare l'eccezione di patto compromissorio anche successivamente, nel corso del giudizio, E. REDENTI, voce *Compromesso*, in *Nuovo dig. it.*, cit., 506; ID., voce *Compromesso*, in *Noviss. Dig. It.*, cit., 92.

⁵⁷⁵ In tal senso v. Cass. 20 maggio 1997, n. 4474; Cass. 10 novembre 1998, n. 11294 in *Riv. arb.* 1999, 89 ss.; Cass. 8 febbraio 1999, n. 1079, in *Foro it.* 2000, I 2307 ss., nt. M. DE SANTIS, *In tema di rapporti tra giudice ordinario e arbitri*; Cass. 24 marzo 1999, n. 2775.

⁵⁷⁶ G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 219.

⁵⁷⁷ V., *ex multis*, Cass. 15 maggio 2001, n. 6710, in *Giur. it.* 2002, 939; Cass. 21 dicembre 2000, n. 16506, in *Foro it.* 2001, I, 2573; Cass. 3 novembre 2000, n. 14366; Cass. 15 settembre

pello che, all'esito di un giudizio di nullità avverso il lodo, avessero deciso su un motivo attinente alla *potestas iudicandi* degli arbitri, ritenute anch'esse impugnabili con lo strumento del regolamento di competenza)⁵⁷⁸.

Nei rapporti, invece, tra arbitrato e giurisdizioni speciali, nonché tra giudici italiani ed arbitri esteri, si riteneva si ponesse una *questione di giurisdizione* ai sensi dell'art. 37 c.p.c.⁵⁷⁹ (mentre la convenzione per arbitrato irrituale si riteneva desse lu-

2000, n. 12175, in *Giur. it.* 2001, 2035, nt. P.L. NELA; Cass. 18 marzo 1999, n. 2448; Cass. 11 ottobre 1999, n. 11383; Cass. 1° aprile 1999, n. 3145, in *Arch. giur. op. pubb.* 1999, 1172; Cass. 3 settembre 1998 n. 8739, in *Foro it.* 1998, I, 2761; Cass. 25 agosto 1997, n. 7990; Cass. 11 marzo 1997, n. 2175, in *Riv. arb.* 1997, 547, nt. E. D'ALESSANDRO, *Eccezione di patto compromissorio e vecchie questioni in materia di arbitrato rituale*; Cass. 21 ottobre 1994, n. 8656; Cass. 6 dicembre 1992, n. 13263; Cass. 30 dicembre 1991, n. 14020; Cass. 28 ottobre 1991, n. 11460, in *Foro it.* 1992, I, 73, oss. C.M. BARONE; Cass. 23 gennaio 1990, n. 354, in *Riv. arb.* 1991, 79, nt. G. MIRABELLI; Cass. 28 novembre 1989, n. 5201; Cass. 21 luglio 1988, n. 4717; Cass. 8 agosto 1986, n. 4971; Cass. 31 luglio 1986, n. 4902; Cass. n. 5568 del 1985, in *Giust. civ.* 1983, I, 1228; Cass. 15 novembre 1984, n. 5773, in *Foro it.* 1984, I, 2970; Cass. 25 ottobre 1982, n. 5568, in *Giust. civ.* 1983, I, 1228; Cass. 8 aprile 1981, n. 1995, in *Foro it.* 1981, I, 1572, oss. C.M. BARONE; Cass. 6 aprile 1981, n. 1939; Cass. 26 febbraio 1981, n. 1190; Cass. 21 ottobre 1980, n. 5635, in *Giur. it.* 1981, I, 1, 42, nt. COLAFRANCESCHI, *Arbitrato e competenza*; Cass. 10 gennaio 1974, 69, *ivi* 1974, I, 1, 138, nt. G. SCHIZZEROTTO, *Arbitrato rituale e arbitrato irrituale, regolamento di competenza e la "vis attractiva"*; Cass. 7 agosto 1972, n. 2647, in *Giust. civ.* 1973, I, 827; Cass. 13 dicembre 1969, n. 3981, in *Giust. civ.* 1970, I, 427 e in *Foro it.* 1970, I, 33 e in *Giur. it.* 1971, I, 1, 127, nt. SEGRÈ; Cass. 29 ottobre 1968, n. 3618, in *Giur. it.* 1969, I, 1, 243; Cass. 3 febbraio 1968, n. 353, in *Foro it.* 1968, I, 3057; Cass. 13 gennaio 1964, n. 75, in *Giust. civ.* 1964, I, 1176; Cass. S.U. 9 maggio 1956, n. 1505, in *Foro it.* 1956, I, 852, nt. V. ANDRIOLI, *Procedura arbitrale e regolamento di giurisdizione*; Cass. 9 luglio 1953, n. 2211, in *Giur. it.* 1955, I, 1, 162, nt. R. VECCHIONE; Cass. 31 luglio 1950, n. 2250, in *Giur. it.* 1952, I, 1, 359, nt. C. FURNO. *Contra*, per l'esperibilità dei mezzi ordinari (appello e cassazione) avverso la decisione del giudice statale sull'*exceptio compromissi* v. Cass. 1 giugno 1990, n. 5144, in *Foro it.* 1990, I, 2842 e in *Riv. arb.* 1991, 81, nt. G. MIRABELLI.

⁵⁷⁸ In tal senso, in base alla convinzione che l'oggetto della decisione resa dalla Corte d'appello in sede d'impugnazione di un lodo fosse una *questione di competenza*, v. Cass. 15 settembre 2000, n. 12175, in *Giur. it.* 2001, 2035, nt. P.L. NELA, *Arbitrato rituale e regolamento necessario di competenza*; Cass. 1° aprile 1999, n. 3145, in *Arch. giur. op. pubb.* 1999, 1172; Cass. 3 settembre 1998, n. 8739, in *Foro it.* 1998, I, 2761; Cass. 23 gennaio 1990, n. 354, in *Riv. arb.* 1991, 79, nt. G. MIRABELLI, *Regolamento o ricorso nell'impugnazione per incompetenza dell'arbitro*; Cass. 22 dicembre 1988, n. 7018; Cass. 21 luglio 1979, n. 4380; Cass. 7 agosto 1972, n. 2647, in *Giust. civ.* 1973, I 827; Cass. 13 dicembre 1969, n. 3981, in *Giur. it.* 1971, I, 1, 127, nt. SEGRÈ, *Connessione di cause e incompetenza di arbitri*.

⁵⁷⁹ In tal senso, sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni speciali, v. Cass. n. 3333 del 1986; Cass. 1983, n. 5922, in *Giur. it.* 1984, I, 1, 658; Cass. S.U. n. 4934 del 1982, in *Giur. it.* 1983, I, 1, 755; Cass. S.U. n. 4317 del 1982, in *Giur. it.* 1983, I, 1, 761; Cass. S.U. n. 6532 del 1981, in *Foro it.* 1982, I, 404; Cass. S.U. n. 4360 del 1981, in *Foro it.* 1981, I, 1860; Cass. S.U. 9 maggio 1956, n. 1505, in *Foro it.* 1956, I, 852, nt. V. ANDRIOLI, *Procedura arbitrale e regolamento di giurisdizione*; in *Giust. civ.* 1956, I, 818, nt. L. MARMO; in *Foro pad.* 1956, I, 686, nt. E. GARBAGNATI. Sui rapporti

go *ora* ad una eccezione di rinuncia convenzionale all'azione e alla giurisdizione⁵⁸⁰, *ora* ad un'eccezione di temporaneo difetto di interesse ad agire⁵⁸¹, *ora* ad un'eccezione di merito⁵⁸²).

Numerose erano tuttavia le incongruenze e le aporie teorico-sistematiche di una tale impostazione.

Si escludeva, ad esempio, l'estensione, a quei medesimi rapporti, di alcune delle norme sulla competenza applicabili ai rapporti tra giudici ordinari, che da quella impostazione avrebbero dovuto fisiologicamente discendere. Tra queste, in particolare, le norme in tema di litispendenza e di *translatio iudicii* – o trasmigrazione della causa – dal giudice ordinario agli arbitri (e viceversa), essenzialmente in ragione del fatto che il processo arbitrale e quello giudiziale si riteneva appartenessero ad ordinamenti diversi, mancando così quell'unità del rapporto processuale, ritenuta *condicio sine qua* non per la prosecuzione del processo tra giudici ordinari⁵⁸³; le norme in tema di impugnabilità, con lo strumento del regolamento di competenza, anche del lodo arbitrale che avesse deciso (solo o anche) sulla "competenza", ossia su un oggetto in tutto e per tutto identico a quello della speculare decisione del giudice statale (ciò, a dire il vero, anche per la ritenuta tassatività – seppur non esplicitata dalla norma – dei rimedi proponibili avverso il lodo, elencati nell'art. 827 c.p.c.⁵⁸⁴);

tra giudici italiani ed arbitri esteri v. Cass. S.U. n. 5397 del 1995, in *Giur. it.* 1996, I, 1, 30; Cass. n. 6071 del 1979, in *Foro it.* 1981, I, 1700.

⁵⁸⁰ Così E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino 1997, 126.

⁵⁸¹ Così C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Profili generali*, II, Padova 2004, 173.

⁵⁸² Così M. VASETTI, voce *Arbitrato irrituale*, in *Noviss. Dig. It.*, I, 2, Torino 1956, 846 ss.; F.P. LUISSO, *Intorno agli effetti del patto compromissorio irrituale*, in *Riv. arb.* 1996, 292.

⁵⁸³ Sul punto ritorneremo ampiamente nel corso della trattazione. In questa sede ci limitiamo a fornire alcuni riferimenti per inquadrare la problematica. V., *ex multis*, così Cass. 12 agosto 1997, n. 7521, in *Riv. arb.* 1998, 493, nt. E. D'ALESSANDRO; Cass. 24 giugno 1967, n. 1570, in *Foro it.* 1967, I, 2082; Cass. 18 ottobre 1966, n. 2509; Cass. 7 febbraio 1962, n. 241, in *Foro it.* 1962, I, 1123 e in *Giust. civ.* 1962, I, 202; Cass. 27 maggio 1961, n. 1261, in *Giust. civ.* 1961, I, 1836, nt. L. SAMMARCO e in *Giur. it.* 1961, I, 1, 881, nt. V. COLESANTI.

⁵⁸⁴ Così Cass. 24 settembre 1996, n. 8407, in *Rep. Foro it.* 1996, voce *Arbitrato*, n. 127; Cass. n. 1079 del 1995; App. Roma 9 marzo 1992, in *Riv. arb.* 1992, 705, nt. R. MARENGO, *Inammissibilità del regolamento di competenza avverso il lodo arbitrale*; Cass. 23 dicembre 1983, n. 7587, in *Arch. civ.*, 1984, 509; Cass. n. 1828 del 1981; Cass. 18 dicembre 1973, n. 3433, in *Giust. civ.* 1974, I, 1110; Cass. n. 1752 del 1969; Cass. n. 2026 del 1967; Cass. 9 luglio 1965, n. 1431, in *Foro it.* 1966, I, 571; Cass. n. 2250 del 1950; Cass. 20 aprile 1950, n. 1062, in *Temi*, 1950, 228, nt. AZARA, *Ammissibilità del regolamento di competenza contro il provvedimento di un giudice arbitrale che decida sulla propria competenza*. In dottrina, nel senso della giurisprudenza, v. per tutti G.P. CALIFANO, *Le vicende del lodo: impugnazione e correzione*, in G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., 425 ss. A favore, invece, dell'impugnabilità del lodo con lo strumento del regolamento di competenza, v. M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 263 ss.; G. NICOTINA, *Arbitrato rituale e giurisdizione*, cit., 190 ss.; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 235 ss.

l'art. 44 c.p.c., escludendosi così l'efficacia vincolante, per gli arbitri, della sentenza resa dal giudice ordinario dichiarativa della propria incompetenza in ragione della esistenza di una valida convenzione arbitrale e, viceversa, per i giudici statali, del lodo che avesse pronunciato, in senso positivo o negativo, sulla convenzione arbitrale, con la conseguenza che si consentiva così, sia agli arbitri che ai giudici statali, di pronunciarsi successivamente, in maniera divergente, sulla propria competenza (e, alla parte soccombente, di impugnare comunque il lodo arbitrale o la decisione statale – pur in presenza di una precedente decisione statale affermativa o di un lodo declinatorio della *potestas iudicandi* arbitrale –, allegando, rispettivamente, la mancanza o la presenza di un valido patto compromissorio⁵⁸⁵).

Proprio le summenzionate incongruenze teorico-sistematiche⁵⁸⁶ avevano indotto la dottrina maggioritaria a prospettare ricostruzioni alternative a quella del rapporto di “competenza”.

⁵⁸⁵ Così Cass. 4 aprile 1997, n. 3001, in *Foro it.* 1997, I, 1381; in *Giust. civ.* 1997, I, 2451, nt. D. GIACOBBE; in *Riv. arb.* 1997, 515, nt. F.P. LUISO, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*; Cass. 24 luglio 1996, n. 8407; Cass. 8 luglio 1996, n. 6205, in *Foro it.* 1996, I, 2714, in *Giust. civ.* 1996, I, 1842; in *Corr. giur.* 1996, 1007, nt. CARBONE; in *Giur. it.* 1997, I, 1, 623, nt. G. RAMPAZZI; in *Riv. arb.* 1997, 325, nt. R. VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale a giudicare della propria competenza*. Per ampi riferimenti alla situazione pre-riforma, prima della svolta in senso “negozialista” delle Sezioni Unite v. P.L. NELA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme*, cit., 1768 ss.; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 155 ss.; S. ZIINO, *La translatio iudicii tra arbitri e giudici ordinari (sulla parziale illegittimità costituzionale dell'art. 819-ter, 2° comma, cod. proc. civ.)*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, cit., 913 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, 6^a ed., cit., 154 ss.

⁵⁸⁶ Si vedano, ad esempio, le critiche mosse da E.F. RICCI, *L'arbitrato di fronte alla litispendenza giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.* 2000, 505 ss., per il quale: “(...) il richiamo della disciplina di competenza come modello orientativo non ha alcuna consistenza. Essa è servita alla giurisprudenza soprattutto come pretesto per manifestare nei confronti dell'arbitrato un atteggiamento di sfavore” (il riferimento è alla famigerata regola, di origine giurisprudenziale, della *vis attractiva*). In un passo precedente l'autore affermava: “La appena riferita qualificazione della eccezione di compromesso come equivalente della eccezione di incompetenza per territorio derogabile, per esempio, non ha fondamento nemmeno se si accetta la premessa di partenza. Ma anche la premessa mi sembra inaccettabile; e un sintomo della sua debolezza mi pare ricavabile dalla riconosciuta impossibilità di applicare comunque la disciplina della competenza per intero”. Così anche G. VERDE, *L'arbitrato e la giurisdizione ordinaria*, in G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., 23, che censurava il riferimento alla categoria della competenza (seppur accogliendola se intesa in senso atecnico), in ragione del fatto che gli arbitri non sono inseriti nell'organizzazione giudiziaria e non sono titolari di una frazione della giurisdizione, e del fatto che molte norme in tema di competenza (quali l'esperibilità del regolamento di competenza avverso il lodo arbitrale, l'istituto della litispendenza, la sospensione necessaria *ex art.* 295 c.p.c., la *translatio iudicii*) non erano ritenute applicabili ai rapporti arbitro-giudice. Nello stesso senso v. R. VACCARELLA, *Questioni di litispendenza e competenza nei rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria ordinaria*, nt. a Coll. arb. 9 marzo 1996, in *Giust. civ.* 1997, 269 ss.; G. TOTA, *Ancora sulla natura dell'eccezione di compromesso*, cit., 1609.

I fautori della concezione privatistico-negoziale dell'arbitrato e del lodo propendevano per una qualificazione in termini di *eccezione di merito*⁵⁸⁷, sebbene vi fosse chi preferisse parlare di *rinuncia alla cognizione del giudice statale* (per la precisione, *rinuncia alla giurisdizione nel suo complesso* o di suo superamento⁵⁸⁸).

Altri autori, invece, sulla base di concezioni anche sensibilmente divergenti tra loro quanto alla natura giuridica dell'arbitrato, tendevano ad accostare l'eccezione di patto arbitrale al *genus* delle eccezioni volte, nel loro complesso, a far valere un *impedimento all'instaurazione del giudizio, preesistente al giudizio medesimo*. Di qui la qualificazione dell'eccezione in termini ora di *improcedibilità* del giudizio ordinario (quantomeno fino alla pronuncia del lodo⁵⁸⁹), ora di *inammissibilità* della domanda giudiziale⁵⁹⁰, ora di *improponibilità dell'azione* davanti al giudice ordinario⁵⁹¹; ora

⁵⁸⁷ S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., 183 ss., 209 ss.; G. BONGIORNO, *Sulla "eccezione" d'incompetenza nel processo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.* 1974, 140; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 1ª ed., cit., 142; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2ª ed., Torino 1994. Tale ricostruzione era fondata sull'assunto che la decisione sull'eccezione di patto arbitrale si risolvesse in una valutazione della validità, contenuto ed efficacia del patto arbitrale, da compiersi alla luce delle norme sostanziali.

⁵⁸⁸ Così, in particolare, G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., 70; ID., *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2ª ed., I, rist., Napoli 1960, 70 e P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Padova 1943, 44. Sulla stessa linea v. V. COLESANTI, *Cognizione*, cit., 260; JANNUZZI, nt. a Cass. 9 dicembre 1949, n. 2564, in *Giur. it.* 1951, I, 1, 153. Tesi ripresa di recente, anche se declinata piuttosto in termini di *rinuncia alla tutela giurisdizionale*, da N. SOTGIU, *Natura e regime dell'eccezione di nullità del patto compromissorio nel giudizio di impugnazione avverso il lodo arbitrale*, nt. a Cass. S.U. 6 giugno 2003, n. 9070, in *Riv. arb.* 2004, 311; G. RUFFINI, *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza*, cit., 58; R. MARENGO, *Inammissibilità del regolamento di competenza avverso il lodo rituale*, nt. ad App. Roma 9 marzo 1992, n. 677, in *Riv. arb.* 1992, 706.

⁵⁸⁹ Così C. CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 77 ss.; nello stesso senso, parrebbe, anche E. D'ALESSANDRO, *Eccezione di patto compromissorio*, cit., 555.

⁵⁹⁰ In questo senso v. E.T. LIEBMAN, *Giudizio arbitrale e connessione di cause*, cit., 470; poi anche E.F. RICCI, *La Cassazione si pronuncia ancora sulla convenzione di arbitrato rituale: tra l'attaccamento a vecchi schemi e qualche incertezza concettuale*, nt. a Cass. S.U. 5 gennaio 2007, n. 35, in *Riv. dir. proc.* 2007, 1297 ss.; ID., *L'arbitrato di fronte alla litispendenza*, cit., 506, per il quale: "(...) si è di fronte ad un'eccezione di inammissibilità della domanda fondata sulla mancanza, nel giudice dello Stato, della *potestas iudicandi*", da cui discendeva, per l'illustre autore: "(...) la radicale inapplicabilità di qualsiasi disciplina inerente ai rapporti, che possono legare tra di loro i giudici dello stato e i relativi processi. Da questo punto di vista appare forzato anche il rinvio al modello dei rapporti tra diverse giurisdizioni statali; ed in ogni caso il modello dei rapporti di pura competenza è il primo a cadere"; G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, 2ª ed., Padova 2000, 828; F. DANOVÌ, *La pregiudizialità*, cit., 446 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 806 c.p.c.*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 60. Per tali autori la disciplina dell'incompetenza era al più suscettibile di *limitata* applicazione in via analogica.

⁵⁹¹ E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano 1954, 453, che parlava di "*incidente sulla giurisdizione*"; V. COLESANTI, *Cognizione*, cit., 247 e 261, che riteneva più appropriato parlare di *condizione negativa di ammissibilità dell'azione*.

di difetto di giurisdizione⁵⁹²; ora, infine, di carenza di interesse ad agire (in base alla convinzione che l'esistenza di un patto arbitrale implicasse il venir meno dell'interesse ad adire il giudice ordinario per tutelare la situazione sostanziale deferita in arbitrato⁵⁹³).

V'era poi chi, inquadrando il rapporto arbitro-giudice in un rapporto *ad excludendum* fra l'intero ordinamento giudiziario ordinario ed un soggetto (l'arbitro) ad esso estraneo, lo assimilava ad una *questione di giurisdizione* fra giudici (pur se non "omogenei"), *appartenenti* tuttavia *al medesimo sistema giuridico*, in analogia, dunque, al rapporto fra giudici ordinari e giudici speciali⁵⁹⁴. Dalla collocazione dell'arbitrato entro i fenomeni di deroga alla giurisdizione ordinaria si faceva così derivare l'applicazione analogica, ai rapporti fra arbitri e giudici ordinari, di norme quali l'art. 37 e 41 c.p.c., con il conseguente rilievo d'ufficio del difetto di giurisdizione nei confronti dei giudici speciali⁵⁹⁵, ivi compreso il regolamento di giurisdizione⁵⁹⁶.

La riconduzione dei rapporti arbitro rituale-giudice statale alla categoria della

⁵⁹² E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino 1997, 42 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, 3ª ed., Milano 2000, IV, 319 ss.

⁵⁹³ G. TOMBARI, *Natura e regime giuridico* cit., 1070 ss. Sulla particolare teoria di questa autrice in relazione alla qualificazione e agli effetti dell'*exceptio compromissi* ci soffermeremo in dettaglio nel secondo capitolo, in relazione ad alcuni interessanti risvolti sul tema del conflitto tra arbitrato e giurisdizione statale.

⁵⁹⁴ Così S. LESSONA, *Conflitto tra arbitri e giudice ordinario e regolamento di giurisdizione*, nt. a Cass. S.U. 23 febbraio 1946, in *Riv. dir. proc.* 1946, 6 ss. per cui, per effetto della stipulazione del patto arbitrale, la controversia veniva sottratta non solo al giudice che sarebbe stato competente a conoscerla secondo i criteri attributivi della competenza, *ma a tutti i giudici dello Stato*. L'accostamento ad una questione di giurisdizione avrebbe trovato, altresì, un'indiretta, conferma nel fatto che, nell'ordine logico delle questioni, l'esame dell'eccezione di patto compromissorio, al pari delle eccezioni attinenti alla giurisdizione, *precedesse sempre quello dell'eccezione d'incompetenza del giudice adito*. Per riferimenti v. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano 1997, 311; E. DEBERNARDI, *Note minime sulla qualificazione dell'eccezione di patto compromissorio*, nt. a Trib. Lamezia Terme, 22 giugno 2010, in *Giur. it.* 2012, 398.

⁵⁹⁵ Cass. S.U. 4 luglio 1981, n. 4360; Cass. S.U. 9 maggio 1956, n. 1505. In senso favorevole al rilievo d'ufficio dell'esistenza e portata di una convenzione arbitrale, v., S. LESSONA, *Conflitto tra arbitri e giudice ordinario*, cit., 8; più di recente, D. GIACOBBE, E. D'ALESSANDRO, *L'arbitrato*, Milano 1999, 129. In senso contrario al rilievo officioso (sostituito da un'eccezione di carenza di giurisdizione *sui generis*, riservata alla parte) v. E. FAZZALARI, voce *Arbitrato nel diritto processuale civile*, in *Dig. civ. Agg.*, 1, Torino 2000, 91; ID., *L'arbitrato*, cit., 42, ID., *Una svolta attesa*, cit., 707; G. TOMBARI, *Natura e regime giuridico*, cit., 1043; R. MARENGO, *Sub art. 819 bis c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, E. FAZZALARI, R. MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano 1994, 10.

⁵⁹⁶ In tal senso v. S. LESSONA, *Conflitto tra arbitri e giudice ordinario*, cit., 8. In senso contrario alla proponibilità del regolamento di giurisdizione v. E. FAZZALARI, voce *Arbitrato nel diritto processuale civile*, cit., 91; ID., *L'arbitrato*, cit., 42; R. MARENGO, *Sub art. 819 bis c.p.c.*, cit., 10.

giurisdizione non ha però trovato particolare adesione in giurisprudenza⁵⁹⁷ (se non in relazione al fenomeno dell'arbitrato estero⁵⁹⁸ e in relazione ai rapporti tra gli arbitri e i giudici speciali, quali, *in primis*, il giudice amministrativo⁵⁹⁹).

In senso critico rispetto a quest'ultima prospettazione si rilevava essenzialmente come l'arbitrato, pur essendo *alternativo* alla giurisdizione ordinaria, si ponesse *nella stessa sfera di operatività di quest'ultima*⁶⁰⁰, mentre la ripartizione dei poteri fra giudici appartenenti a diversi ordini avveniva in modo tale che *ciascuna giurisdizione operasse senza commistioni con le altre*. Nell'arbitrato, dunque, l'attribuzione agli arbitri di tali controversie comportava una compressione del potere di un giudice che, *originariamente*, risultava *fornito della potestas iudicandi*⁶⁰¹.

Secondo una prospettazione ancora diversa, sempre nell'ambito dello schema della giurisdizione e sull'assunto che la riforma del 1994 avrebbe sancito la natura giurisdizionale del fenomeno arbitrale, v'era chi riteneva che l'intervento riformatore avesse conferito all'arbitrato un'autonomia tale da farlo assurgere al rango di vero e proprio organo giurisdizionale, i cui rapporti con l'autorità giudiziaria nazionale dovessero assimilarsi a quelli intercorrenti fra giudici statali e giudici stranieri, in ragione del fatto che gli arbitri, come i giudici stranieri, stavano *al di fuo-*

⁵⁹⁷ In questo senso v. Cass. S.U. 30 dicembre 1991, n. 14020, in *Rep. giur. it.* 1991, voce *Competenza e giurisd. civ.*, n. 377; Cass. S.U. 9 aprile 1986, n. 2469 *ivi* 1986, voce *Arbitrato* n. 207; Cass. S.U. 9 maggio 1956, n. 1505.

⁵⁹⁸ In relazione al quale le parti avrebbero potuto eccepire il difetto di giurisdizione del giudice italiano e proporre regolamento preventivo di giurisdizione ai sensi dell'art. 41 c.p.c.: così Cass. S.U. 17 maggio 1995, n. 5397, in *Giur. it.* 1996, I, 1, 30; Cass. 19 novembre 1979, n. 6017. Tale regolamentazione dei rapporti giudice italiano-arbitro estero è stata poi confermata dalla l. n. 218/1995, che ha disciplinato il patto compromissorio per arbitrato estero come *deroga alla giurisdizione italiana*. Per approfondimenti v. A. BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite e la eccezione fondata su accordo compromissorio per arbitrato estero*, nt. a Cass. S.U. 15 aprile 2003, n. 6349, in *Riv. arb.* 2004, 52.

⁵⁹⁹ V., in tal senso, Cass. S.U. 24 maggio 1995, n. 5690, in *Giust. civ.* 1995, I, 2365 e in *Rep. giur. it.* 1995 voce *Competenza e giur. civ.*, n. 507; Cass. S.U. 10 dicembre 1981, n. 6532; Cass. S.U. 4 luglio 1981, n. 4360, in *Foro it.* 1981, I, 1862 e in *Rep. giur. it.* 1981, voce *Arbitrato*, n. 54; Cass. S.U. 9 maggio 1956, n. 1505. Ma v., in dottrina, G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 215, per il quale il problema legato alla devoluzione in arbitrato di controversie rientranti nella giurisdizione del giudice speciale avrebbe dovuto essere considerato sotto il profilo dell'invalidità/inesistenza dell'accordo arbitrale (in ragione della non compromettibilità della controversia) e non sotto il profilo del difetto di giurisdizione.

⁶⁰⁰ Come dimostrava il fatto che tutte le controversie compromettibili appartenessero alla giurisdizione ordinaria e, dopo la l. n. 205 del 2000, alla giurisdizione amministrativa.

⁶⁰¹ Così S. BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 249 ss.; F. DANOVÌ, *La pregiudizialità*, cit., 397. Per G. RUFFINI, *Le Sezioni Unite*, cit., 59, contrario anch'esso all'assimilazione dei rapporti fra arbitrato e processo ordinario ai rapporti fra giurisdizioni, l'arbitrabilità di una lite porrebbe un problema di *limiti esterni alla funzione giurisdizionale dello Stato nel suo complesso*. V. S. LESSONA, *Conflitto tra arbitri e giudice ordinario*, cit., 8.

ri del perimetro della giurisdizione statale nazionale. Da tale assimilazione si faceva discendere l'applicabilità analogica, ai rapporti arbitri-giudici statali, delle disposizioni della l. n. 218 del 1995 che regolano i *rapporti dei giudici italiani con i giudici stranieri*⁶⁰². In tale ottica, l'eccezione di patto compromissorio avrebbe dovuto essere assoggettata alle previsioni di cui agli artt. 4, 7 e 11 della citata legge, con il conseguente rilievo d'ufficio del difetto di giurisdizione del giudice ordinario, ma solo in caso di mancata costituzione del convenuto (che, ove costituitosi senza tuttavia sollevare l'eccezione di patto arbitrale, avrebbe di fatto determinato l'accettazione della giurisdizione statale).

7.1.2. La "svolta negoziale" delle Sezioni Unite con la decisione n. 527 del 2000

Come già illustrato in precedenza, con la sentenza n. 527 del 2000 delle Sezioni Unite della Cassazione⁶⁰³ si è avuto un integrale ripensamento del fenomeno arbitrale, inquadrato in termini *schiettamente privatistico-negoziali*. Secondo le Sezioni Unite, l'arbitrato doveva considerarsi una *giustizia integralmente privata, ontologicamente alternativa* alla giurisdizione statale, di cui l'arbitrato costituiva addirittura "la negazione". Ciò perché la riforma del 1994 (eliminando il termine *sentenza arbitrale*, in favore di quello di *lodo*, nonché la necessità dell'*exequatur* per la persistente efficacia della pronuncia arbitrale), lungi dall'aver sancito la natura giurisdizionale del fenomeno arbitrale e l'equiparazione del lodo ad una sen-

⁶⁰² Era questa la tesi di M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, nt. a Cass. 9 aprile 1998, n. 3676 e ad App. Napoli 29 settembre 1997, in *Riv. arb.* 1998, 514 ss.; ID., *Rapporti tra arbitrato e giudice statale*, *ivi*, 423 ss.; ID., *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. civ.* 2002, 421; ID., *Sul regime dell'eccezione*, *cit.*, 256; ID., *Impugnazione per nullità, del lodo pronunciato in carenza di patto compromissorio (nota a Cass. 25 gennaio 1997, n. 781)*, in *Riv. arb.* 1997, 538 e 543, che, però, escludeva la possibilità di esperire il regolamento di giurisdizione. Possibilista, in tal senso, era anche G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, *cit.*, 29. Per critiche alla posizione di M. BOVE v. M. DE SANTIS, *Vecchie 'aporie' e nuove proposte*, *cit.*, 177 ss.; E.F. RICCI, *L'arbitro di fronte alla litispendenza giudiziaria*, *cit.*, 500 ss.

⁶⁰³ In *Giust. civ.* 2001 I, 761 ss., nt. G. MONTELEONE, *Le Sezioni Unite della Cassazione affermano la natura negoziale e non giurisdizionale del cosiddetto "arbitrato rituale"*; in *Riv. dir. proc.* 2001, 254 ss., nt. E.F. RICCI, *La "natura" dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*; in *Riv. arb.* 2000, 699 ss., nt. E. FAZZALARI, *Una svolta attesa in ordine alla "natura" dell'arbitrato*; in *Foro it.* 2001, I, 839; in *Corr. giur.* 2001, 21 ss., nt. C. CONSOLO, G. RUFFINI, M. MARINELLI, *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione?*; in *Foro pad.* 2001, I, 34 ss., nt. M. RUBINO SAMMARTANO, *Vittoria di tappa. Arbitrato irrituale come processo*, *cit.*; in *Giur. it.* 2001, 1107, nt. G. CANALE, *Arbitrato irrituale e tutela cautelare: i soliti problemi tra vecchie soluzioni e nuove prospettive*; in *Foro it.* 2001, I, 839, nt. C.M. BARONE. Nel caso di specie, la Corte di cassazione, adita con regolamento di giurisdizione, proposto in pendenza dell'impugnazione di un lodo arbitrale, dichiarava l'inammissibilità dell'istanza, asseritamente impedita – non tanto dall'esistenza di una precedente decisione (il lodo), quanto – dal *carattere non giurisdizionale* dell'istituto arbitrale, secondo la fisionomia assunta dall'istituto dopo la riforma del 1994.

tenza del giudice togato⁶⁰⁴, avrebbe invece dissolto ogni dubbio circa la *natura privata e negoziale* del *dictum* arbitrale, ormai equiparabile ad un negozio di accertamento, cui l'*exequatur* si limitava ad attribuire l'efficacia esecutiva, *senza tuttavia mutarne la natura originaria*. Essendo gli arbitri: "(...) *radicalmente carenti di potestà giurisdizionale d'imperio*", la loro pronuncia assumeva natura *antitetica* a quella di un provvedimento giurisdizionale, integrando: "(...) *una regolamentazione negoziale degli interessi in conflitto*"⁶⁰⁵.

La dimensione schiettamente privatistica dell'arbitrato (che permeava il fenomeno arbitrale nella sua interezza, dall'origine pattizia, a tutta la procedura, sino ai suoi esiti negoziali) e l'inquadramento del lodo come atto di autonomia privata in quanto pronunciato da soggetti che derivavano il proprio potere non dallo *ius imperii*, ma direttamente dall'investitura delle parti, impedivano, secondo la Suprema Corte, di ravvisare nell'attività degli arbitri una funzione sostitutiva di quella spettante all'autorità giudiziaria e di equiparare il lodo ad una sentenza. La devoluzione di una controversia alla cognizione degli arbitri avrebbe dunque dovuto essere assimilata ad una vera e propria *rinuncia alla giurisdizione statale nel suo complesso*. In tale ottica, il problema dell'allocatione di una determinata controversia alla *potestas iudicandi* del giudice togato o degli arbitri (e dunque la spendita stessa dell'*exceptio compromissi*) non avrebbe potuto dare luogo né ad una questione di competenza, né ad una questione di giurisdizione, ma esclusivamente ad *una questione di merito*: "(...) *in quanto direttamente inerente alla validità o alla interpretazione del compromesso o della clausola compromissoria*"⁶⁰⁶.

⁶⁰⁴ In relazione al tema dell'incidenza della riforma del 1994 sulla natura e fisionomia dell'istituto arbitrale, la Corte osservava che la sempre più intensa regolamentazione della procedura era il frutto della sua *processualizzazione* non, invece, di una sua presunta *giurisdizionalizzazione*. Su tale lettura v. E. FAZZALARI, *La riforma*, cit., 1994, 3; ma anche, successivamente, Cass. S.U. 5 maggio 2011, n. 9839, in *Riv. arb.* 2011, 629, nt. A. ROMANO, *Natura dell'arbitrato ed inapplicabilità delle disposizioni sulla procura*.

⁶⁰⁵ "(...) *i cui effetti di accertamento conseguono ad un giudizio compiuto da un soggetto il cui potere ha fonte nell'investitura conferitagli dalle parti*". Secondo la Corte, l'attribuzione al lodo, *a posteriori*, di effetti propri della decisione del giudice statale non incideva sulla sua configurazione quale atto negoziale, dovendo intendersi come attribuzione *quoad effectum*: "(...) *che lascia inalterata la sua natura*".

⁶⁰⁶ E tale sarebbe rimasta non solo dinanzi agli arbitri, ma anche in sede d'impugnazione del lodo, dove il *thema decidendum* sarebbe risultato comunque circoscritto all'accertamento della validità del patto compromissorio. Conclusione che avrebbe trovato conferma nel tenore dell'art. 829, n. 1 c.p.c., che comminava la nullità del lodo per nullità del compromesso *e non per difetto di giurisdizione degli arbitri*. In tal senso, nella giurisprudenza successiva, v. Cass. 25 giugno 2002, n. 9289, in *Riv. arb.* 2002, 512, nt. A. BRIGUGLIO; in *Giust. civ.* 2003, I, 716 ss. nt. C. PUNZI. Per G. RUFFINI, *Commento a Cass. S.U. 3 agosto 2000, n. 527*, in *Corr. giur.* 2001, 56 ss., dalla premessa della Corte, secondo cui: "(...) *la devoluzione della controversia ad arbitri si configura quale rinuncia all'azione giudiziaria ed alla giurisdizione dello Stato, nonché quale manifestazione di una*

Da tale diversa qualificazione dell'eccezione, discendevano una serie di conseguenze sul piano pratico-applicativo (ribadite dalla giurisprudenza successiva, conforme alla linea della "svolta" delle Sezioni Unite), prima fra tutte la sottrazione della deduzione della relativa eccezione nel giudizio statale ai limiti temporali previsti per l'eccezione di incompetenza territoriale derogabile di cui all'art. 38, comma 2, c.p.c. e il suo assoggettamento alle preclusioni proprie delle eccezioni di natura sostanziale⁶⁰⁷ (e dunque, nel contesto normativo fino al 2005, *ben oltre il limite della comparsa di risposta o della costituzione in giudizio*). In quanto eccezione di merito non rilevabile d'ufficio⁶⁰⁸, l'*exceptio compromissi*, fino alle riforme che hanno interessato il processo civile nel 2005, avrebbe dunque dovuto essere sollevata, al più tardi, entro il termine fissato ai sensi dell'art. 180 c.p.c.⁶⁰⁹ (risultando poi non più proponibile oltre la chiusura dell'udienza di trattazione ai sensi dell'art. 183 c.p.c.).

Tra le altre conseguenze di questo *revirement* giurisprudenziale vanno altresì segnalate: l'improponibilità del regolamento di competenza avverso la sentenza del giudice statale che avesse pronunciato sull'eccezione di compromesso (nonché avverso la decisione della Corte d'appello che, in sede di impugnazione del lodo *ex art. 828 c.p.c.*, avesse dichiarato la nullità del lodo per motivi riguardanti la *potestas iudicandi* degli arbitri), essendo esperibili unicamente le impugnazioni ordinarie (appello e cassazione)⁶¹⁰; l'assimilazione degli effetti del lodo arbitrale (dalla

opzione per la soluzione della controversia sul piano privatistico secondo il dictum di soggetti privati", sarebbe derivata la conclusione secondo cui, con l'*exceptio compromissi*: "(...) non si fa valere l'incompetenza del giudice dello Stato, ma l'improponibilità della domanda per rinuncia all'azione". Nello stesso senso v. C. PUNZI, *Disegno sistematico*, 1ª ed., cit., I, 141; G. BONGIORNO, *Sulla eccezione di "incompetenza" nel processo arbitrale*, cit., 141.

⁶⁰⁷ In tal senso v. le successive pronunce Cass. 8 agosto 2001, n. 10925, in *Foro it.* 2001, I, 3970; Cass. 20 dicembre 2003, n. 19865, in *Giur. it.* 2004, 2054; Cass. 1º marzo 2006, n. 4542; Cass. (ord.) 20 maggio 2008, n. 12814, in *Mass. Foro it.* 2008, 789; Trib. Sciacca 17 gennaio 2005, in *Riv. arb.* 2006, 337, nt. E. PICOZZA; Cass. n. 4542 del 2006; Cass. n. 12684 del 2007.

⁶⁰⁸ V. Cass. 8 agosto 2001, n. 10925, in *Giust. civ.* 2002, I, 71. Osservava F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, cit., 785 ss., che qualche dubbio circa la natura di eccezione in senso stretto non rilevabile d'ufficio poteva sorgere in relazione alla fase monitoria del procedimento di ingiunzione, alla luce della decisione della Corte cost. 3 novembre 2005, n. 410, per la quale l'art. 640 c.p.c., per essere conforme ai principi costituzionali, avrebbe dovuto essere interpretato nel senso di consentire al giudice della fase monitoria il rilievo d'ufficio dell'incompetenza territoriale semplice (cui l'*exceptio compromissi* era tradizionalmente ricondotta).

⁶⁰⁹ Dopo tale momento, essa avrebbe trovato la propria *sedes materiae* nell'art. 166 c.p.c., soggetta al termine preclusivo identificato nella comparsa di risposta tempestivamente depositata ai sensi dell'art. 167 c.p.c. V. Cass. 8 agosto 2001, n. 10925. Sul punto v. C. PUNZI, *Disegno sistematico*, 1ª ed., cit., I, 185 ss.

⁶¹⁰ In tal senso v. Cass. 1º febbraio 2001, n. 1403, in *Foro it.* 2001, I, 838 e in *Giur. it.* 2001, I, 1, 2035, nt. P.L. NELA, *Arbitrato rituale e regolamento necessario di competenza*; Cass. 5 marzo

natura, come visto, *antitetica* alla decisione del giudice statale) a quelli di un negozio, andandosi così a sfumare le differenze tra arbitrato rituale ed arbitrato irrituale⁶¹¹; la rilevabilità, solo ad istanza di parte, dell'eccezione di *precedente lodo non più impugnabile*⁶¹²; l'inammissibilità del regolamento di giurisdizione nei rap-

2001, n. 3144; Cass. 24 aprile 2001, n. 6007; Cass. 4 giugno 2001, n. 7533, in *Foro it.* 2001, I, 2383 e in *Giust. civ.* 2001, 1448, nt. C. CONSOLO, R. MURONI, *L'eccezione di arbitrato rituale come eccezione "di merito"*, cit.; Cass. 16 gennaio 2001, n. 12648; Cass. 30 ottobre 2001, n. 13484; Cass. 5 dicembre 2001, n. 15405; Cass. S.U. 25 giugno 2002, n. 9289 (ord.), in *Corr. giur.* 2003, 461, nt. M. FORNACIARI, *Natura, di rito o di merito, della questione circa l'attribuzione di una controversia ai giudici statali oppure agli arbitri*; in *Giust. civ.* 2003, I, 717, nt. C. PUNZI, *Natura dell'arbitrato e regolamento di competenza*; G. TOTA, *Ancora sulla natura dell'eccezione di compromesso*, cit.; Cass. 19 luglio 2002, n. 10559; Cass. S.U. 3 ottobre 2002, n. 14223, in *Gius* 2003, 281; Cass. 19 febbraio 2003, n. 2501, in *Foro it.* 2003, I, 2095; Cass. 26 marzo 2003, n. 4478, in *Gius* 2003, 1696; Cass. 17 aprile 2003, n. 6165, in *Giust. civ.* 2004, I, 2408; Cass. 3 settembre 2003, n. 12855; Cass. 21 luglio 2004, n. 13516, in *Foro it.* I, 941 e in *Riv. dir. proc.* 2005, 251, nt. B. CAPPONI; Cass. 28 luglio 2004, n. 14234; Cass. 8 febbraio 2005 n. 2524; Cass. 18 maggio 2005, n. 10240; Cass. 27 maggio 2005, n. 11315, in *Foro it.* 2006, I, 504; Cass. 9 giugno 2005, n. 12124; Cass. 21 ottobre 2005, n. 20351; Cass. 19 maggio 2006, n. 11875; Cass. 31 maggio 2007, n. 12684; Cass. 27 marzo 2007, n. 7525; Cass. 20 maggio 2008, n. 12814. I motivi di impugnazione da invocare dinanzi alla Cassazione in relazione alla questione inerente alla sussistenza o meno della *potestas* arbitrale sarebbero stati quelli con cui di norma si censurano in sede di legittimità le decisioni di merito, ossia quello *ex art. 360, comma 1, n. 3 e n. 5, c.p.c.*: così Cass. 21 settembre 2004, n. 18917, in *Riv. arb.* 2006, 82 ss. e 86, nt. A. MOTTO, *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti*. Ove una declinatoria del giudice statale fosse stata riformata dalla Corte d'appello, quest'ultima, dopo aver accolto l'impugnazione, avrebbe dovuto comunque rendere una decisione sul merito della lite, alla luce del disposto degli artt. 353 e 354 c.p.c., determinando così la perdita di un grado di giudizio: così A. BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite ed il regime della eccezione*, cit., 517 ss. Per ulteriori riferimenti v. G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5ª ed., cit., 20.

⁶¹¹ Statuivano, sul punto, le Sezioni Unite: *"Anche nell'arbitrato rituale, la pronuncia arbitrale ha natura di atto di autonomia privata e correlativamente il compromesso si configura quale deroga alla giurisdizione"*. Secondo Cass. 8 agosto 2001, n. 10925, in *Foro it.* I, 2001, 3079, la riconduzione dell'arbitrato rituale ad un fenomeno esclusivamente privatistico-negoziale aveva reso non poco arduo distinguere i due tipi di arbitrato. L'elemento discriminante tra i due fenomeni poteva ravvisarsi nel fatto che *solo il lodo rituale* poteva, a seguito del deposito *ex art. 825 c.p.c.*, essere eseguito nel territorio della Repubblica, mentre il lodo irrituale poteva sfociare unicamente in una *"(...) composizione amichevole o [in] un negozio di accertamento riconducibile alla volontà delle parti stesse"*, come già affermato da Cass. 13 aprile 2001, n. 5527, in *Corr. giur.* 2002, 361 ss., nt. O. FITTIPALDI, *Ancora a proposito della svolta "negoziale" della Cassazione in tema di arbitrato*. Nello stesso senso v. Cass. 30 agosto 2002, n. 12714, in *Corr. giur.* 2003, 632 ss.

⁶¹² Questo perché il lodo, in quanto atto puramente negoziale, sarebbe: *"(...) riconducibile al dictum di soggetti privati, che non muta la propria originaria natura per l'attribuzione a posteriori degli effetti della sentenza"*: così Cass. 27 novembre 2001, n. 15023, in *Riv. dir. proc.* 2002, 1238 ss., nt. E.F. RICCI, *La Cassazione insiste sulla natura "negoziale" del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici* e in *Riv. arb.* 2002, 287, nt. S. MENCHINI, *La natura e la disciplina dell'eccezione*, cit. L'impo-

porti tra giudice amministrativo e arbitrato⁶¹³, come anche nei rapporti tra giudice statale e arbitrato estero⁶¹⁴ – l’eccezione relativa al quale veniva qualificata in termini di “improponibilità della domanda”⁶¹⁵ –, non ponendosi mai una questione di giurisdizione tra due dimensioni, pur se parimenti “processualizzate”, tra loro incommensurabili; la cesura tra il giudizio di impugnazione per nullità del lodo (visto come mezzo per ottenere: “(...) *attraverso un procedimento intermedio e strumentale di dichiarazione di nullità del lodo (...) il riesame del merito*”⁶¹⁶) e il giudizio arbitrale, essendo il primo una vicenda: “(...) *ontologicamente contrapposta*” e “*nettamente distinta, per modalità e scopi perseguiti*” rispetto al secondo⁶¹⁷;

stazione “negozialista” delle S.U., in altri termini, precludeva l’applicabilità, al lodo rituale, del principio enunciato proprio in quegli anni dalle stesse Sezioni Unite in tema di rilevanza del giudicato esterno che risulti da atti comunque prodotti nel giudizio di merito (v. Cass. S.U. 25 maggio 2001, n. 226, in *Foro it.* 2001, I, 2810, nt. M. IOZZO, *Eccezione di giudicato esterno e poteri del giudice (anche di legittimità)*). Il principio di rilevanza d’ufficio del giudicato (anche) esterno, infatti, era stato fondato sul precipuo carattere para-normativo della sentenza e sulla natura pubblicistica dell’interesse al suo rispetto (così Cass. S.U. 25 maggio 2001, n. 226), sicché, secondo l’orientamento “negozialistico”, non avrebbe potuto essere riferito al lodo arbitrale, che rimaneva, invece, a tutti gli effetti, un atto negoziale (in tal senso, da ultimo, Cass. 27 novembre 2001, n. 15023, in *Riv. arb.* 2002, 287 ss., nt. S. MENCHINI, *La natura e la disciplina dell’eccezione con la quale è fatta valere l’efficacia di un (precedente) lodo non impugnabile*; in *Riv. dir. proc.* 2002, 1238 ss., nt. E.F. RICCI).

⁶¹³ Così Cass. S.U. 5 dicembre 2000, n. 1251, in *Giust. civ.* 2001, I, 339 e in *Corr. giur.* 2001, 1449, nt. C. CONSOLO, R. MURONI, *L’eccezione di arbitrato rituale*, cit., e in *Riv. arb.* 2001, 705 nt. A. VILLA.

⁶¹⁴ Cass. S.U. 26 giugno 2001, n. 8744; Cass. 28 gennaio 2005, n. 8575; Cass. 21 ottobre 2005, n. 20351; Cass. S.U. 14 giugno 2006, n. 13690; Cass. 20 aprile 2006, n. 9162.

⁶¹⁵ Così Cass. S.U. 22 luglio 2002, n. 10723, in *Corr. giur.* 2003, 630 e in *Foro it.* 2003, I, 1832 ss.; Cass. S.U. 15 aprile 2003, n. 6349, in *Riv. arb.* 2004, 39, nt. A. BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite e la eccezione fondata su accordo compromissorio per arbitrato estero*; in *Riv. dir. proc.* 2005, 267, nt. A. ATTERITANO, *La qualificazione dell’eccezione di compromesso per arbitrato estero*, cit.; in *Corr. giur.* 2004, 919, nt. C. CONSOLO, *Soprassalti delle S.U. intorno all’eccezione di arbitrato estero*. Nella decisione n. 6349 del 2003, le Sezioni Unite osservavano che, optando per un arbitrato estero, le parti avrebbero rinunciato a ogni tipo di giurisdizione, italiana o estera e che la verifica della valida esistenza della clausola arbitrale competesse non già al giudice munito di giurisdizione, ma a qualsiasi giudice dinanzi al quale venisse proposta la domanda. Rilevava A. BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite e la eccezione fondata*, cit., 56 che, in ragione della qualificazione dell’eccezione di arbitrato estero in termini di eccezione di merito, alle parti sarebbe stato precluso il ricorso al regolamento di giurisdizione anche per la decisione della questione di giurisdizione vera e propria. Ciò perché, ove l’eccezione di arbitrato fosse stata respinta, la proposizione del regolamento sarebbe stata impedita dalla previa pronuncia di una sentenza di merito. Sul punto v. anche Cass. S.U. 5 gennaio 2007, n. 35, in *Riv. dir. proc.* 2007, 1293, nt. E.F. RICCI, *La Cassazione si pronuncia ancora sulla convenzione di arbitrato rituale: tra l’attaccamento a vecchi schemi e qualche incertezza concettuale*.

⁶¹⁶ Cass. 30 gennaio 2002, n. 1230, in *Foro it.*, I, 1755.

⁶¹⁷ Cass. S.U. 3 marzo 2003, n. 3075, in *Riv. arb.* 2004, nt. S. IOZZO.

l'esclusione, infine, in caso di chiusura in rito pronunciata dal giudice o dall'arbitro, in ragione dell'esistenza/inesistenza o validità/invalidità di una convenzione arbitrale, di ogni traslazione della causa (o *translatio iudicii*) tra il giudizio arbitrale e quello statale⁶¹⁸, inevitabile conseguenza dell'attribuzione all'istituto arbitrale di un carattere squisitamente negoziale e del definitivo abbandono dello schema della competenza come categoria cui potessero essere ricondotti i rapporti fra arbitri e giudici⁶¹⁹.

Per quanto riguarda, specificamente, la tematica dei conflitti positivi e negativi di *potestas iudicandi* tra arbitro e giudice statale, il carattere *tout court* negoziale dell'attività svolta dagli arbitri escludeva in radice la possibilità di estendere ai rapporti fra arbitrato e processo ordinario, *in via analogica*, le norme in tema di competenza tra giudici ordinari, tra cui, *in primis*, quelle sulla litispendenza *ex art. 39 c.p.c.*⁶²⁰. D'altra parte, la *radicale alterità* delle due dimensioni (arbitrale e giurisdizionale), che implicava la tendenziale assenza di interazione tra le due procedure, non poteva che scontare l'insensibilità, dell'una, alle vicende riguardanti l'altra (ivi compresa la pendenza di una medesima causa), con la persistente applicabilità del sistema delle "vie parallele", che la decisione delle Sezioni Unite non aveva in alcun modo scalfito⁶²¹.

⁶¹⁸ Tra le altre conseguenze dell'inquadramento schiettamente privatistico del fenomeno arbitrale – ribadite dalla giurisprudenza successiva, conforme alla linea della "svolta" del 2000 –, si segnala anche *l'inapplicabilità al giudizio arbitrale* di una serie di regole che presupponevano lo svolgimento di un processo giurisdizionale, tra cui quella della *perpetuatio iurisdictionis* di cui all'art. 5 c.p.c. (su cui v. B. CAPPONI, *Arbitrato e perpetuatio iurisdictionis*, nt. a Cass. 21 luglio 2004, n. 13516, in *Riv. dir. proc.* 2005, 251 ss.; G. SANTAGATA, *Rapporti tra giurisdizione ordinaria e arbitrato: una peculiare questione di diritto intertemporale*, nt. a Cass. 21 luglio 2004, n. 13516, in *Riv. arb.* 2005, 523 ss.); l'art. 111 c.p.c. (su cui v. A. RONCO, *Successione nel diritto controverso e traslazione del potere di nomina degli arbitri (breve rilievo sulla pendenza della lite e sull'applicazione dell'art. 111 c.p.c. nel giudizio arbitrale)*, nt. a Cass. 8 aprile 2003 n. 5457, in *Giur. it.* 2004, I, 1391 ss.); il principio di efficacia di piena prova della pronuncia arbitrale (v. per riferimenti G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 47 ss.). Sempre dall'inquadramento privatistico-negoziale del fenomeno arbitrale e del lodo, derivavano altresì l'applicabilità, al lodo, delle disposizioni in materia di interpretazione dei contratti, tra cui gli artt. 1362 ss. c.c. (su cui v. F. CORSINI, *Riflessioni sulla nullità del lodo per omessa indicazione della sede dell'arbitrato*, nt. a Cass. 8 aprile 2004, n. 6951, in *Giur. it.* 2005, I, 97 ss.) e la possibilità di mutare la domanda di risoluzione del contratto in domanda di adempimento della prestazione nel corso del giudizio arbitrale (su cui v. G.V. FACCIOLI, *Risoluzione per inadempimento ex art. 1453 commi 1 e 2 c.c. ed arbitrato: una stupefacente ma coerente decisione della Suprema Corte*, nt. a Cass. 26 marzo 2003, n. 4463, in *Corr. giur.* 2005, 57 ss.).

⁶¹⁹ Cass. S.U. 6 luglio 2005, n. 14205 e, in dottrina, G. RUFFINI, nt. a Cass. 3 agosto 2000, n. 527, in *Corr. giur.* 2001, 61.

⁶²⁰ Così G. RUFFINI, nt. a Cass. S.U. 3 agosto 2000, n. 527, cit., 56 ss., sull'assunto che agli arbitri sarebbe stato definitivamente disconosciuto lo *status* di organi giurisdizionali.

⁶²¹ V., in questo senso, Cass. 30 luglio 2004, n. 14557; Cass. 13 dicembre 2001, n. 15753, in *Riv. arb.* 2003, 81, nt. S. BALDI, *L'arbitrato irrituale e il potere di verifica degli arbitri in merito all'esistenza, validità e portata della clausola compromissoria*; Trib. Verona 7 novembre 2006, n. 3143, in *Giur. merito* 2008, 2, 409, nt. NARDELLI; Coll. arb. Salerno 25 giugno 2001. V. anche C. CON-

La svolta negoziale adottata dalle Sezioni Unite ha fin da subito suscitato le reazioni critiche della maggioranza della dottrina⁶²², preoccupata soprattutto delle sue ricadute pratiche, con particolare riferimento alla circolabilità del lodo arbitrale italiano all'estero⁶²³. Oltre all'anomalia di qualificare come "di merito" una questione che non aveva nulla a che spartire con il vero ed unico merito della disputa, ponendosi esclusivamente sul piano processuale⁶²⁴, si rilevava altresì come il ragionamento delle Sezioni Unite peccasse in più di un passaggio di consequenzialità, sussistendo un salto logico non solo fra la genesi negoziale dell'arbitrato e la natura privata del procedimento arbitrale, da un lato, e la natura necessariamente negoziale del lodo, dall'altro⁶²⁵, ma anche fra la natura non giurisdizionale

SOLO, *Raccordi o antifonie fra arbitrato e giudizio ordinario?*, cit., 3834; RG. RUFFINI, *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza*, cit., 61; C. CONSOLO, R. MURONI, *L'eccezione di arbitrato rituale come eccezione "di merito"*, cit.; Cass. S.U. 5 dicembre 2000, 1251; App. Milano 10 aprile 2001, in *Corr. giur.*, 2001, 1461.

⁶²² A favore della svolta "negozialistica", invece, v., oltre a C. PUNZI, G. RUFFINI, E. ODORISIO e G. BONATO, anche N. SOTGIU, *Conseguenze ultronee della natura di merito delle questioni relative alla interpretazione, validità ed efficacia del patto compromissorio: pronuncia oltre i limiti del compromesso e asserita necessaria contraddittorietà della motivazione*, nt. a App. Cagliari 24 luglio 2003, n. 256, in *Riv. giur. sarda* 2006, 1, 33 ss.

⁶²³ Su questo aspetto v., in particolare, E.F. RICCI, *La never ending story*, cit., 565; ID., *La "natura" dell'arbitrato*, cit., 263 ss. e 280; ID., *La Cassazione insiste sulla natura 'negoziale'*, cit., 1240; ID., *La "funzione giudicante"*, cit., 364, per il quale, nel mondo, il lodo arbitrale tende ad avere gli effetti della sentenza giudiziaria, anziché gli effetti del negozio. Un lodo italiano con effetti meramente negoziali avrebbe dunque potuto incontrare serie difficoltà al momento di essere riconosciuto ed eseguito all'estero nell'ambito della Convenzione di New York. Si veda, a conferma, la decisione *Bundesgerichtshof* dell'8 dicembre 1981 (*Comitas v. Sovag*), in *Neue juristische Wochenschrift* 1982, 1224 (e altresì, in estratti, in *Yearbook comm. arb.* 1983, 336 ss.), che ha concluso per l'incompatibilità tra natura negoziale di un atto e sua riconoscibilità ai sensi della Convenzione di New York.

⁶²⁴ C. CONSOLO, *Alcuni corollari applicativi e qualche instabilità della nuova stagione giurisprudenziale sull'arbitrato. Relazione tenuta nel seminario alla Corte di Cassazione il 9 novembre 2004*, in *Giust. civ.* 2005, 60 e in *Rass. forense*, 2004 940, per il quale non si può: "(...) confondere il vero ed unico merito, quello cioè attinente alla fondatezza o infondatezza della domanda proposta, con il giudizio che, pur in applicazione di norme prevalentemente sostanziali (quelle civilistiche sulla validità dell'accordo o sulla transigibilità / arbitrabilità del diritto in contesa) il giudice compie (...) al fine di risolvere la questione sempre e solo della ricorrenza o meno di un presupposto processuale".

⁶²⁵ V., in particolare, E.F. RICCI, *La "natura" dell'arbitrato rituale*, cit., 259 ss.; ID., *La "funzione giudicante" degli arbitri*, cit., 373 ss.; ID., *La never ending story*, cit., 557 ss. L'autore censura il ragionamento alla base della decisione secondo cui, dalla natura privata dell'arbitrato, dovrebbe discendere, *in chiave di asserita necessità logica e ontologica*, la natura negoziale del lodo. Ciò negherebbe un'evidenza storica, dato che l'esperienza dell'arbitrato a livello internazionale è soprattutto quella di un procedimento bensì privato, che però pone capo ad un esito (tramite il lodo) i cui effetti coincidono con quelli della sentenza. V. anche G. VERDE, *L'arbitrato e la giurisdizione ordinaria*, cit., 25; S. BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 177.

dell'arbitrato e la qualificazione dell'*exceptio compromissi* in termini di *eccezione di merito*.

Negli anni seguenti, e fino alla riforma del 2006, che ha integralmente sconfessato i fondamenti teorici di questa impostazione, i principi sanciti dalla decisione delle Sezioni Unite con la sentenza n. 527/2000 sono stati insistentemente richiamati dalla giurisprudenza⁶²⁶ – con l'eccezione di quella amministrativistica⁶²⁷ –, che riteneva ormai acquisito il dato della *natura di merito* della questione della *potestas iudicandi* arbitrale.

Tra le poche eccezioni⁶²⁸ riveste un ruolo di particolare importanza la più volte citata decisione della Corte costituzionale n. 376 del 2001⁶²⁹, con cui veniva

⁶²⁶ V. le decisioni richiamate alle note precedenti e, soprattutto, Cass. S.U. 5 dicembre 2000, n. 1251, in *Riv. arb.* 2001, 711 ss., nt. A. VILLA, *Note sul rapporto tra arbitrato e giurisdizione amministrativa e sulla distinzione tra arbitrato rituale e irrituale* e in *Corr. giur.* 2001, 1449 ss., nt. C. CONSOLO, R. MURONI, *L'eccezione di arbitrato irrituale come eccezione 'di merito'*, cit.; Cass. 15 settembre 2000, n. 12175, in *Giur. it.* 2001, 2035 ss., nt. P.L. NELA, *Arbitrato rituale e regolamento necessario di competenza* e in *Foro it.* 2001, I, 838 ss. nt. C.M. BARONE; Cass. 1° febbraio 2001, n. 1403, in *Giur. it.* 2001, 1107 ss., nt. G. CANALE, *Arbitrato irrituale e tutela cautelare: i soliti problemi tra vecchie soluzioni e nuove prospettive*; Cass. 11 giugno 2001, n. 7858, in *Foro it.* 2001, I, 2381 ss.; Cass. 24 aprile 2001, n. 6007; Cass. 8 agosto 2001, n. 10925, in *Giust. civ.* 2002, I, 71; Cass. 4 giugno 2001, n. 7533; Cass. S.U. 25 giugno 2002, n. 9289 (ord.), in *Giust. civ.* 2003, I, 717 ss.; Cass. 30 agosto 2002, n. 12714, in *Corr. giur.* 2003, 632, nt. C. CONSOLO, M. MARINELLI, *La Cassazione e il duplice volto dell'arbitrato in Italia*, cit.; Cass. 3 ottobre 2002, n. 14182, in *Giust. civ.* 2003, I, 1283, nt. D. GIACOBBE, *La Suprema Corte individua i limiti dell'efficacia vincolante della disciplina dell'arbitrato in materia di opere pubbliche*; Cass. 21 luglio 2004, n. 13516, in *Corr. giur.* 2005, 651, nt. R. MURONI, *La litispendenza arbitrale prima e dopo la novella del 1994: rapporto processuale e rapporto negoziale parti-arbitri*; Cass. S.U. 6 luglio 2005, n. 14205; Cass. 3 febbraio 2005, n. 2379, in *Riv. arb.* 2006, 469, nt. M. D'AMBROSIO, *Sull'impugnazione della sentenza dichiarativa della nullità del lodo per invalidità del patto compromissorio*.

⁶²⁷ La giurisprudenza amministrativa, anche dopo il 2000, ha infatti continuato ad affermare la natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale. V., in tal senso, TAR Sicilia – Catania 2 febbraio 2005, n. 174, in *TAR* 2004, I, 3920; Cons. Stato 12 novembre 2001, n. 5778, in *Foro amm. C.d.S.*, 2001, 2833; Cons. Stato 1° marzo 2000, n. 1089, in *Giur. it.* 2000, 1514. Ma v., *contra*, nel senso dell'efficacia meramente negoziale del lodo, TAR Campania, Sez. Napoli 1° settembre 2009, n. 4862; Id. 14 aprile 2009, n. 1967.

⁶²⁸ V., ad esempio, Cass. 22 giugno 2005, n. 13442, in *Riv. dir. proc.* I 2006, 1091 ss., nt. C. CECHELLA, *Sulla opposizione di terzo ordinaria proposta incidentalmente in un giudizio di opposizione di terzo revocatoria al lodo arbitrale e sulla equiparazione del lodo alla sentenza*, che conclude per l'applicabilità degli artt. 329 ss. (ossia delle regole dettate per i giudizi di appello) al processo di opposizione di terzo avverso un lodo: "(...) in considerazione dell'equiparazione del lodo alla sentenza – nonostante la autonomia del giudizio arbitrale rispetto al giudizio giurisdizionale civile – confermata dalla immediata impugnabilità del lodo indipendentemente dal suo deposito e dalla sua impugnazione anche per opposizione di terzo".

⁶²⁹ Su cui v. quanto già illustrato *supra*, in particolare al par. 6.1.3. Vedila in *Foro it.* 2002, I, 1649 ss.; in *Giust. civ.* 2001, I, 2883 ss., nt. R. VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza in una*

riconosciuta, *in controtendenza fianco rispetto alla dottrina maggioritaria*⁶³⁰, la legittimazione degli arbitri a sollevare, nel corso del giudizio arbitrale, una questione di legittimità costituzionale.

7.2. *La riforma del 2006, il controverso utilizzo normativo della nozione di "competenza" e il tutt'ora non sopito dibattito dottrinale sul punto*

La riforma del 2006 ha senz'altro inteso superare l'orientamento esclusivamente privatistico-negoziale inaugurato dalla decisione delle Sezioni Unite n. 527 del 2000, ma non ha risolto una volta per tutte lo spinoso tema della qualificazione dei rapporti arbitro-giudice statale.

La prima impressione è che il legislatore abbia inteso "ritornare all'antico", codificando cioè l'orientamento, a lungo prevalente in passato, soprattutto in giurisprudenza, che riconduceva i rapporti tra arbitrato rituale e giurisdizione statale alla categoria della "competenza", in particolare della competenza per territorio derogabile⁶³¹.

A sostegno di tale lettura potrebbero invero essere invocati una serie di elementi: da un lato, il reiterato utilizzo del termine "competenza" in molte delle nuove norme introdotte dalla riforma; dall'altro, l'estensione, anche ai rapporti arbitro-giudice, di norme tipicamente applicabili ai rapporti tra giudici ordinari; infine, argomenti di carattere sistematico.

storica decisione della Corte costituzionale; in Giur. it. 2002, I, 688 ss., nt. G. CANALE, Anche gli arbitri rituali possono sollevare la questione di legittimità costituzionale di una norma.

⁶³⁰ Per riferimenti all'orientamento prevalente in dottrina, che negava agli arbitri la possibilità di porsi validamente come giudici *a quibus* v. G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 50, nt. 137. Si veda, *ex multis*, la posizione di E. FAZZALARI, *Una svolta attesa in ordine alla "natura" dell'arbitrato*, cit., 707, il quale, proprio dal *dictum* delle Sezioni Unite del 2000 n. 527, derivava la conseguenza dell'impossibilità: "(...) di riconoscere [agli arbitri] il potere, spettante al giudice dello Stato, di sottoporre alla Corte costituzionale la pregiudiziale di costituzionalità".

⁶³¹ Così S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 363, per il quale il nuovo assetto normativo: "(...) riporta indietro le lancette dell'orologio", codificando le soluzioni elaborate prima della svolta negoziale delle Sezioni Unite del 2000; S. IZZO, *Appunti sull'eccezione di compromesso*, cit., 452, per la quale: "Il d.lgs. n. 40 del 2006 'restauro' la soluzione affermatasi nella giurisprudenza classica, la quale, a tacer d'altro, è senz'altro più funzionale alla rapida decisione sull'eccezione". Per un esempio, sulla scia di un'impostazione che risale al G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2ª ed., Napoli 1935, 70, che inquadrava l'*exceptio compromissi* tra le eccezioni di *improponibilità* della domanda, v. Cass. 6 gennaio 1983, n. 66, in *Mass. Foro it.* 1983, per cui l'accertamento dell'esistenza di un patto compromissorio per arbitrato rituale configurava una questione *quisitivamente processuale*. Per riferimenti alla situazione pre-riforma e pre-svolta in senso negoziale operata dalle Sezioni Unite v. P.L. NELA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme*, cit., 1768 ss.; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 1ª ed., cit., 155 ss.; S. ZIINO, *La translatio iudicii tra arbitri e giudici ordinari*, cit., 913 ss.; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, 6ª ed., cit., 154 ss.

Sotto il primo profilo, in effetti, sia l'art. 817 c.p.c. che l'art. 819 *ter* c.p.c. si riferiscono in più occasioni alla nozione di (in)competenza. La stessa rubrica dell'art. 817 c.p.c. recita: "Eccezione di *incompetenza*". In detto articolo si legge poi che: "(...) gli arbitri decidono *sulla propria competenza*" e che una parte non può impugnare il lodo se: "(...) non eccepisce nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri *l'incompetenza di questi*". A sua volta, nell'art. 819 *ter* c.p.c. si legge che: "*La competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa*"; che è impugnabile a norma degli artt. 42 e 43: "(...) [l]a sentenza con la quale il giudice afferma o nega *la propria competenza*"; che: "[l]*eccezione di incompetenza del giudice in ragione della convenzione di arbitrato*" deve essere proposta, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta; che "(...) la mancata proposizione dell'eccezione esclude *la competenza arbitrale*". Anche l'art. 808 *quater* c.p.c. contiene un riferimento alla nozione di competenza, laddove statuisce che, nel dubbio, la convenzione di arbitrato si interpreta nel senso che la *competenza arbitrale* si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce.

Sotto il secondo profilo, quanto al regime processuale dell'eccezione di patto compromissorio nell'ambito del giudizio statale, essa deve essere fatta valere, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta (o con l'atto che introduce il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo), ossia entro il termine preclusivo tradizionalmente associato ad *ogni altra eccezione in senso stretto non rilevabile d'ufficio*⁶³² e oggi, secondo la modifica dell'art. 38 (intervenuta con la l. n. 69 del 2009), entro quello delle eccezioni di incompetenza, tanto deboli quanto forti. Inoltre, la sentenza, con la quale il giudice statale affermi o neghi la propria competenza in relazione ad una convenzione di arbitrato, è oggi espressamente assoggettata all'impugnazione tipica delle questioni di competenza, ossia il regolamento, facoltativo o necessario, di competenza (consentendo così alla Cassazione di emettere una decisione in tempi brevi, conoscendo anche *del merito* della convenzione arbitrale). D'altra parte, ai rapporti arbitro-giudice è oggi altresì applicabile (nonostante l'originaria esclusione sancita dal legislatore della riforma, poi dichiarata incostituzionale dal Giudice delle Leggi con la sentenza 19 luglio 2013, n. 223) l'istituto della trasmigrazione del processo, tradizionalmente fondato sulla comu-

⁶³² F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, cit., 123, il quale, peraltro, (nt. 32) solleva qualche dubbio in relazione alla fase monitoria del procedimento di ingiunzione. Recentemente la Corte costituzionale, nella decisione 3 novembre 2005, n. 410, ha ritenuto che l'art. 640 c.p.c., per essere conforme ai principi costituzionali, debba essere interpretato nel senso di consentire al giudice della fase monitoria il rilievo officioso dell'incompetenza territoriale semplice, onde non costringere l'ingiunto a proporre l'opposizione per far valere l'incompetenza del giudice adito. La stessa *ratio* che sottende la decisione sarebbe ravvisabile in tutti i casi in cui l'"incompetenza" del giudice della fase monitoria dipenda dall'esistenza di un patto arbitrale.

ne appartenenza al medesimo ordinamento giuridico degli organi tra cui trasmi-gra la causa, che testimonierebbe di un inserimento dell'arbitrato nell'alveo della giurisdizione intesa in *sensu lato* e di un rapporto arbitro-giudice per più di un verso analogo a quello intercorrente tra giudici ordinari.

Sotto il terzo profilo, infine, elementi di ordine sistematico in favore della configurazione del rapporto tra giudice e arbitro in termini di competenza emergerebbero, da un lato, dall'identità di effetti tra lodo e sentenza (oggi espressamente sancita dall'art. 824 *bis* c.p.c.); dall'altro, dall'assoggettamento del lodo ad una tipica impugnazione processuale in grado di sfociare, in caso di accoglimento, in una nuova decisione sul merito ad opera della Corte d'appello (con o senza il consenso delle parti a seconda della nazionalità delle stesse): un ulteriore elemento che deporrebbe in favore dell'integrazione di quest'ultima (in rappresentanza dell'autorità giudiziaria statale) e degli arbitri in un *unico plesso giurisdizionale*, sia pur latamente inteso⁶³³.

Nonostante la loro indubbia rilevanza, i summenzionati indici non sono risolutivi nel senso della riconducibilità dei rapporti arbitro-giudice alla categoria della competenza.

L'utilizzo reiterato dell'espressione "competenza" pare più fondarsi su una semplificazione terminologica, senza alcuna pretesa di inquadramento teorico-dogmatico, *in un senso o nell'altro*, dei diversi istituti di volta in volta considerati. Non è infrequente, infatti, che, in relazione ad altri settori ed istituti disciplinati dal codice di rito, il legislatore si avvalga di tale nozione *in maniera chiaramente impropria*, qualificando in termini di "competenza" rapporti che, in realtà, nulla hanno a che fare con la tradizionale nozione di competenza intesa *come frazione o misura della giurisdizione*. Si pensi, ad esempio, all'attribuzione di poteri a singoli organi di un ufficio giudiziario, nonché alla ripartizione di poteri esecutivi in senso stretto⁶³⁴. Si pensi, poi, per un esempio in cui può eccezionalmente avere rilievo la c.d. "competenza interna", all'ipotesi del rinvio, a seguito della cassazione di una sentenza, in relazione al quale la diversità prescritta dalla norma (del giudice del rinvio rispetto a quello che aveva pronunciato la sentenza cassata) non è quella dell'ufficio giudiziario, *ma quella della persona fisica del giudice*, essendo sufficiente che la decisione non torni al medesimo collegio (fuoriuscendosi qui dunque dal campo della "competenza"), per quanto, nel caso di rinvio ad altra sezione dello stesso ufficio giudiziario, non sarebbe sufficiente la diversa composizione della stessa⁶³⁵.

⁶³³ In tal senso v. S. BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, cit., 322 ss.

⁶³⁴ V., in tal senso, il d.p.r. 15 dicembre 1959, n. 1229, art. 106 sulla "competenza" dell'ufficio giudiziario.

⁶³⁵ V. Cass. 23 settembre 1996, n. 8404, in *Riv. dir. proc.* 1997, 928, nt. G. FINOCCHIARO.

Inoltre, in relazione al regime dell'*exceptio compromissi*, occorre rilevare che, nel processo ordinario, il tempestivo deposito della comparsa di risposta costituisce oggi il limite preclusivo *per tutte le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio*, per cui la formulazione dell'art. 819 *ter* c.p.c. appare ormai irrilevante o comunque insufficiente, di per sé, a fondare l'assimilazione dell'*exceptio compromissi* all'eccezione d'incompetenza⁶³⁶.

L'applicabilità, poi, anche ai rapporti arbitro-giudice, di istituti tradizionalmente applicabili ai rapporti – di “competenza” – tra giudici ordinari non dimostra necessariamente che gli uni siano riconducibili alla medesima categoria giuridica cui appartengono i secondi, potendo ben discendere da ragioni di carattere esclusivamente pratico e funzionale, come non infrequentemente avviene nello stesso ambito dei rapporti tra giudici ordinari (si pensi, ad esempio, alle ordinanze relative alla sospensione del giudizio *ex* art. 295 c.p.c. che, pur non investendo, tecnicamente, questioni di “competenza”, sono tuttavia soggette all'impugnazione con il regolamento di competenza⁶³⁷).

D'altra parte, se veramente l'estensione ai rapporti arbitro-giudice di alcune norme applicabili ai rapporti tra giudici ordinari dipendesse da una sorta di identità ontologica dei due tipi di rapporto, riconducibili entrambi alla categoria della “competenza”, non si spiegherebbero le numerose eccezioni a tale estensione che caratterizzano la nuova normativa.

Per cominciare, il lodo arbitrale, che pronuncia (solo o anche) sulla competenza arbitrale, *non risulta impugnabile* (stando al mero dettato normativo e all'interpretazione assolutamente prevalente in dottrina e in giurisprudenza) *con il regolamento di competenza*, al contrario della sentenza del giudice statale che, *pronunciando esattamente sulla medesima questione* (l'esistenza, validità o efficacia del patto arbitrale), affermi o neghi la propria competenza, per la quale il nuovo art. 819 *ter*, comma 1, c.p.c. prevede l'impugnabilità *proprio* con il regolamento di competenza.

In secondo luogo, la forma del provvedimento adottato dal giudice statale, che afferma o nega la propria competenza in ragione dell'esistenza di una convenzione arbitrale, rimane quella della *sentenza*, nonostante la prescrizione generalizzata (dopo la l. di riforma n. 69 del 2009⁶³⁸) della forma dell'*ordinanza* per tutte le decisio-

⁶³⁶ Così G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 693; S. IZZO, *Appunti sull'eccezione di compromesso*, cit., 452; F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, cit., 785.

⁶³⁷ In proposito v. F. CAMPIONE, *Sul regime della sentenza che afferma o nega la competenza del giudice in relazione a una controversia in arbitri. Spunti sul rapporto tra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.* 2012, 832 ss.

⁶³⁸ Il legislatore della riforma del 2009 (l. n. 69 del 2009) ha infatti previsto che tutte le decisioni sulla competenza siano assunte con la forma dell'*ordinanza*. Per taluno la principale conse-

ni del giudice in materia di competenza. Sebbene, per taluno, l'omessa modifica dell'art. 819 *ter* c.p.c. sarebbe una semplice dimenticanza del legislatore⁶³⁹, non pochi indici rimandano ad una sua scelta consapevole⁶⁴⁰, in ragione della diversità strutturale di questo tipo di decisione rispetto alle ordinarie decisioni del giudice statale su questioni di competenza⁶⁴¹, caratterizzate, di norma, da una cognizione meramente sommaria.

In terzo luogo, pur dopo la sancita applicabilità (a seguito dell'intervento della Corte costituzionale con la sentenza 19 luglio 2013, n. 223), ai rapporti arbitro-giudice, dell'istituto della trasmigrazione della causa⁶⁴², rimane ferma l'inapplicabilità, ai suddetti rapporti, delle norme di cui agli artt. 44, 45 e 48 c.p.c., che di solito accompagnano l'applicazione di quell'istituto nell'ambito dei rapporti tra giudici ordinari. Ne segue che, da un lato, non operando l'art. 44 c.p.c., l'organo *ad*

guenza dell'intervento riformatore risiederebbe nello snellimento della fase di decisione, attraverso l'eliminazione degli atti difensivi finali (comparse conclusionali e memorie di replica). Così F. DANNOVI, *La nuova disciplina dell'incompetenza*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 1350; A. GIUSSANI, *Le novità in materia di scelta del giudice*, in M. TARUFFO (a cura di), *Il processo civile riformato*, Bologna 2010, 46, nt. 66. *Contra* Cass. 28 febbraio 2011, n. 4986 in www.jurisdata.it, per cui tale fase dovrebbe continuare a svolgersi nel rispetto delle previsioni contenute negli artt. 189, 275 e 281 *quinquies* c.p.c., lasciando intendere che l'effetto della riforma consista unicamente nell'alleggerimento dell'onere di motivazione gravante sul giudice. Per approfondimenti v. G.F. RICCI, *La riforma del processo civile*, Torino 2009, 11 ss.

⁶³⁹ Così P.G. DEMARCHI, *Questioni pregiudiziali di rito, condanna alle spese e consulenza tecnica nella miniriforma del processo civile*, 2009, 20, in www.ilcaso.it; S. BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, cit.

⁶⁴⁰ A cominciare dal fatto che, con la riforma del 2009, il legislatore ha modificato tutte le norme codicistiche, salvo, proprio, il testo dell'art. 819 *ter* c.p.c. Inoltre, la tesi della dimenticanza sarebbe esclusa dal fatto che, mentre nel d.d.l. Mastella era esplicitamente prevista l'equiparazione della pronuncia di cui all'art. 819 *ter* c.p.c. a quella di incompetenza, tale equiparazione è venuta meno nel testo ufficiale della riforma 2009: v. M. BOVE, *Ricadute sulla disciplina dell'arbitrato della legge n. 69/2009*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, cit., 86; F. DANNOVI, *La nuova disciplina dell'incompetenza*, cit., 1352.

⁶⁴¹ Parte della dottrina ritiene infatti che la questione *de qua* non integri una vera e propria questione di competenza, ma piuttosto una semplice questione preliminare attinente al processo (così G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 373; S. IZZO, *Appunti sull'eccezione di compromesso*, cit., 459; A. GIUSSANI, *Le novità in materia di scelta del giudice*, cit., 49) o comunque una decisione che richiede maggiore ponderatezza rispetto alle semplici questioni di competenza, in ragione della necessità di esaminare la validità di un atto negoziale qual è il patto arbitrale e altresì la sussistenza del consenso delle parti: così E. DEBERNARDI, *Note minime sulla qualificazione dell'eccezione di patto compromissorio*, cit., 399; M. BOVE, *Brevi riflessioni sui lavori in corso nel riaperto cantiere della giustizia civile*, in www.judicium.it.

⁶⁴² Sulla portata, significato ed effetti dell'espressa esclusione di cui alla norma v. G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., 20 ss.; B. CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), *Commentario*, cit., 879 ss.

quem non è in linea di principio vincolato alla statuizione sulla competenza pronunciata dall'organo *a quo* e, dall'altro, non operando l'art. 48 c.p.c., non è prevista la sospensione del giudizio statale su cui si innesti il regolamento di competenza.

In quarto luogo, ai rapporti tra arbitro e giudice non è applicabile, per espressa disposizione dell'art. 819 *ter*, comma 2, c.p.c., l'istituto della sospensione *ex art.* 295 c.p.c., né risultano applicabili – per incompatibilità con le previsioni di cui agli artt. 817, commi 1 e 2, c.p.c. e 819 *ter*, comma 1, c.p.c. – gli istituti della liti-spendenza *ex art.* 39 c.p.c. e della connessione di cause (mentre, se il rapporto fosse davvero di competenza, l'ordinamento non potrebbe consentire lo svolgersi parallelo, dinanzi a due organi asseritamente appartenenti al medesimo ordinamento giuridico, di due giudizi su una causa identica).

In quinto luogo, l'ultimo comma dell'art. 819 *ter* c.p.c. – secondo l'interpretazione prevalente, che deriva questa conclusione interpretando la norma *a contrario* – consente la proposizione di una domanda giudiziale avente unicamente ad oggetto l'invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato: se si trattasse davvero di rapporto di “competenza” in senso tecnico e se la questione della *potestas iudicandi* fosse davvero ascrivibile a detta categoria, una simile domanda risulterebbe inammissibile⁶⁴³.

Infine, ove il rapporto arbitri-giudici fosse davvero riconducibile alla categoria della competenza, si dovrebbe ritenere ad esso applicabile anche l'art. 38, comma 2, c.p.c., che contempla il vincolo, non solo del giudice *a quo*, ma anche di quello *ad quem*, all'indicazione di competenza formulata dal convenuto, cui abbia aderito l'attore. Attraverso l'art. 38, comma 2, c.p.c. il legislatore consente alle parti di addivenire a un accordo sulla competenza nel corso del procedimento⁶⁴⁴. Tuttavia, la riconduzione dei rapporti fra arbitrato e processo ordinario alla categoria della competenza, pur costituendo il presupposto per l'applicazione di detta norma⁶⁴⁵, potrebbe non risultare sufficiente. Il problema risiede nel fatto che, al predetto accordo, il giudice resta estraneo, non potendo sindacarne il merito, limitandosi a verificare la sussistenza dei requisiti formali al fine di emettere il provvedimento di

⁶⁴³ L. SALVANESCHI, *Ancora su arbitrabilità delle impugnazioni di delibere assembleari*, cit., 925; G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 366.

⁶⁴⁴ Accordo che potrebbe sopraggiungere fino alla decisione sull'eccezione d'incompetenza; v. G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, cit., 24. Tale possibilità deriva, in via generale, dal fatto che l'ordinamento consente alle parti di stipulare accordi derogativi della competenza territoriale: *accordi espliciti*, quali quelli conclusi *prima dal processo* ai sensi dell'art. 29 c.p.c., e *accordi taciti*, quali quelli che conseguono all'omessa eccezione dell'incompetenza da parte di colui che sia convenuto dinanzi a un giudice territorialmente incompetente. V. A. LEVONI, voce *Competenza*, cit., 134.

⁶⁴⁵ Su tali presupposti, in senso favorevole all'applicazione della norma di cui al testo, v. M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 258.

cancellazione della causa dal ruolo⁶⁴⁶. Non contenendo il provvedimento del giudice alcun accertamento sulla competenza territoriale, l'effetto vincolante sul punto della competenza per il giudice *ad quem*, di cui all'art. 38 c.p.c.⁶⁴⁷, discende *unicamente dal contegno delle parti*. A differenza di un qualsivoglia accordo extraprocessuale (che è un vero e proprio negozio, soggetto alle prescrizioni formali di cui all'art. 29 c.p.c. e produttivo di effetti rispetto a uno o più affari determinati), quello *ex art. 38, comma 2, c.p.c.* non deve essere stipulato dalle parti personalmente, non richiede la forma scritta a pena di nullità e ha un'efficacia *endoprocedimentale*, condizionata alla tempestiva riassunzione della causa dinanzi al giudice *ad quem*⁶⁴⁸. Esso è dunque reso possibile solo in forza della specifica previsione contenuta nella norma, potendo altrimenti realizzarsi, ove questa mancasse, solo nel rispetto delle prescrizioni contenute nell'art. 29 c.p.c. La non piena sovrapposibilità fra l'*exceptio compromissi* e l'eccezione d'incompetenza per territorio semplice, in un ordinamento governato dal principio di tipicità degli accordi processuali⁶⁴⁹, dovrebbe condurre all'inapplicabilità, ai rapporti fra arbitrato e processo ordinario, della previsione di cui all'art. 38, comma 2, c.p.c.⁶⁵⁰.

Tutte queste non lievi deviazioni dal modello codicistico che regola i rapporti tra giudici ordinari, in uno con la non univocità del dettato normativo⁶⁵¹ e le non poche lacune in relazione ad alcuni aspetti specifici (la normativa non specifica, ad esempio, quale sia l'effetto di un lodo arbitrale che abbia pronunciato – anche o solo – sulla competenza arbitrale, nei confronti del giudice statale che dovesse successivamente confrontarsi con la medesima questione), inducono a ritenere che l'applicabilità, ai

⁶⁴⁶ Salvo che – s'intende – egli non ritenga di rilevare d'ufficio altri e diversi profili d'incompetenza che, superando quello territoriale, impongano una decisione sulla questione: v. G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, cit., 24, 27 e 30.

⁶⁴⁷ Il quale è però vincolato alla sola indicazione territoriale e può rilevare la propria incompetenza in ragione di profili diversi: v. G. ARIETA, *op. ult. cit.*, 304

⁶⁴⁸ G. ARIETA, *op. ult. cit.*, 26; A. LEVONI, voce *Competenza*, cit., 136.

⁶⁴⁹ R. CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Riv. dir. proc.* 2010, 42 ss.; M. BOVE, *L'impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.* 2009, 51.

⁶⁵⁰ Trib. Arezzo 18 ottobre 2011.

⁶⁵¹ Rilevato, in particolare, da E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Giudice italiano ed exceptio compromissi per arbitrato estero*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2014, 2, 743; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, cit., 199; M. BOVE, *Ricadute sulla disciplina dell'arbitrato*, cit., 82; ID., *Giurisdizione e competenza nella recente riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1305; ID., *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice*, cit., 369, per il quale: "A fronte di un quadro così ambiguo e reticente, l'attività dell'interprete finisce per sfociare in un vero e proprio atto di volontà"; B. CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme*, cit., 873; M. FORNACIARI, *Conservazione degli effetti dell'atto introduttivo anche nei rapporti fra giudice e arbitro: sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 819 ter, 2° comma, c.p.c.*, nt. a Trib. Catania 21 giugno 2012, in *Riv. arb.* 2012, 897.

rapporti arbitro-giudice di talune delle norme che governano i rapporti tra giudici ordinari sia piuttosto il frutto di un'estensione analogica (a volte non poco forzata) ed *extra perimetro*, di quelle norme, per ragioni ed esigenze essenzialmente pratiche, di coordinamento tra le due procedure, che non la conseguenza di un consapevole inquadramento teorico-dogmatico, in termini di "competenza", di quei rapporti. Osserva, in proposito, Izzo: "Da quanto fin qui osservato si ha la netta impressione che il legislatore del 2006 abbia soltanto 'reagito' all'orientamento negozialista della Cassazione e, al più, preso posizione su talune problematiche emerse dalla prassi, senza però affrontare e risolvere il vero punto nevralgico relativo ai rapporti arbitro-giudice"⁶⁵².

I frequenti richiami alla nozione di "competenza" e l'applicazione di talune delle nuove norme introdotte dalla riforma, tra cui quelle in tema di rapporti tra arbitrato e giurisdizione ordinaria, appaiono in effetti concepiti soprattutto per sconfessare l'orientamento affermatosi all'indomani del *revirement* giurisprudenziale del 2000, nel tentativo di restituire al lodo un carattere decisorio e *lato sensu* imperativo, anziché meramente negoziale e altresì per ricondurre la questione inerente alla sussistenza della *potestas arbitrale* all'ambito delle questioni *lato sensu* processuali⁶⁵³, piuttosto che per risolvere una volta per tutte, sotto il profilo teorico, la complessa problematica (non spettando del resto al legislatore il compito di procedere a qualificazioni vincolanti sotto il profilo teorico-dogmatico).

Nonostante le ravviate anomalie ed incongruenze, la giurisprudenza allo stato maggioritaria – con poche eccezioni⁶⁵⁴ – non esita a sposare la tesi della "compe-

⁶⁵² S. IZZO, *Appunti sull'eccezione di compromesso*, cit., 452; così anche F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, cit., 785.

⁶⁵³ Per C. DELLE DONNE, *Sub art. 817 c.p.c.*, cit., 509: "(...) la disposizione di nuovo conio propende dunque recisamente per l'inquadramento della questione nel novero di quelle di rito e non invece di merito, prendendo le distanze da un *trend* interpretativo diffuso nella giurisprudenza di legittimità immediatamente precedente al varo della riforma (pur nel motivato dissenso di ampi settori della dottrina)". In tal senso v. anche B. CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme*, cit., 876; M. BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice*, cit., 368; M. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in M. BOVE, C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, cit., 85.

⁶⁵⁴ V., ad esempio, Trib. Torino 10 febbraio 2016, in www.ilcaso.it, 2016, I, 14504, per il quale: "La questione conseguente all'eccezione di compromesso sollevata dinanzi al giudice ordinario, adito nonostante che la controversia sia stata deferita ad arbitri, attiene al 'merito' e non alla competenza, in quanto i rapporti tra giudici ed arbitri non si pongono sul piano della ripartizione del potere giurisdizionale tra giudici ed il valore della clausola compromissoria consiste proprio nella 'rinuncia alla giurisdizione ed all'azione giudiziaria'". Nel senso, invece, che la questione dei rapporti arbitro-giudice sarebbe riconducibile alla categoria della giurisdizione (alla luce, anche, della discriaza fra la formulazione dell'art. 819 *ter* c.p.c. e quella degli artt. 42 ss. c.p.c., che prescrivono la forma dell'ordinanza per i provvedimenti che decidono sulle questioni di competenza), v. Trib. Lamezia Terme 22 giugno 2010, in *Giur. it.* 2012, 394 ss., nt. E. DEBERNARDI. Per il giudice lametino, rigettando in rito la domanda attorea in ragione dell'accertata esistenza di

tenza”⁶⁵⁵, in ciò influenzata dai recenti *leading cases* della Corte costituzionale e delle Sezioni Unite. Dall’acclarata *natura giurisdizionale* dell’arbitrato e dalla *per-fetta sostituibilità* della funzione esercitata dall’arbitro rispetto a quella del giudice ordinario⁶⁵⁶ viene fatta discendere la conseguenza secondo cui: “(...) lo stabilire se una controversia appartenga alla cognizione del giudice ordinario o degli arbitri *si configura come questione di competenza*”⁶⁵⁷.

In base a tale impostazione, l’eccezione di arbitrato viene inquadrata come eccezione avente natura processuale, in senso stretto (o proprio) e dunque non rilevabile d’ufficio⁶⁵⁸, quantomeno nelle ipotesi in cui oggetto della pattuizione arbitrale non sia una controversia inerente a diritti non disponibili⁶⁵⁹. A ciò seguirebbe un preci-

un patto arbitrale, il giudice statale non farebbe altro che dichiararsi *sforuito di giurisdizione* (sicché, in ossequio al disposto di cui all’art. 279 c.p.c., la relativa pronuncia dovrebbe assumere la forma della sentenza).

⁶⁵⁵ V., in questo senso, Cass. 4 agosto 2011, n. 17019; Cass. 29 agosto 2008 n. 21926 (ord.), in *Giur. amm.* 2008, III, 708 e in *Riv. arb.* 2009, 465, nt. U. COREA, *Questioni di diritto intertemporale nei rapporti tra arbitro e giudice*, per la quale l’art. 819 *ter* c.p.c. avrebbe trasformato: “(...) la questione della sussistenza della ‘competenza arbitrale’, da questione di merito afferente alla proponibilità della domanda e non di competenza in senso tecnico (...) *in una vera e propria questione di competenza in senso tecnico*, sia pure con riferimento alla sola decisione di essa da parte del giudice ordinario, tanto nel senso dell’affermazione che nel senso della negazione della competenza arbitrale”. Ciò discenderebbe: “(...) dalla previsione della ammissibilità del regolamento di competenza ai sensi dell’art. 42 e 43 c.p.c., posto che tale mezzo non può che essere stato ritenuto ammissibile perché la questione decisa è di competenza”. Nello stesso senso – per quanto l’art. 819 *ter* c.p.c. non fosse applicabile alla fattispecie – v. Cass. 20 maggio 2008, n. 12814 (ord.), in *Rep. Foro it.* 2008, voce *Competenza civile* n. 77.

⁶⁵⁶ La tesi secondo cui l’attività degli arbitri rituali, alla luce della disciplina complessivamente ricavabile dalla l. 5 gennaio 1994, n. 25 e dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, avrebbe *natura giurisdizionale e carattere sostitutivo* della funzione del giudice ordinario, è frequentemente ribadita dalla giurisprudenza. V., in tal senso, Cass. 7 dicembre 2016, n. 25405, in *Riv. arb.* 2017; Cass. 6 novembre 2014, n. 23675, in *Giust. civ. Mass.* 2014; Cass. 8 gennaio 2014, n. 132, in *Foro it.* 2014, I, 795 ss., nt. E. D’ALESSANDRO, che ha esteso all’arbitrato il principio della *perpetuatio iurisdictionis* di cui all’art. 5 c.p.c., in ragione del fatto che: “(...) l’arbitrato rituale ha natura giurisdizionale”.

⁶⁵⁷ Così, espressamente, Cass. 25 ottobre 2013, n. 24153, ord., per la quale tale conclusione rimarrebbe ferma: “(...) a prescindere dal fatto che il rimedio del regolamento di competenza sia previsto *ex art.* 819 *ter* c.p.c. solo nei confronti della sentenza del giudice ordinario”, come avviene, *mutatis mutandis*: “(...) nell’ipotesi di cui all’art. 46 c.p.c., che pure esclude il regolamento per le sentenze dei giudici di pace che attengano alla competenza”. V. anche Cass. 25 ottobre 2017, n. 25254, in *Giust. civ. Mass.* 2018.

⁶⁵⁸ Cass. 6 novembre 2015, n. 22748.

⁶⁵⁹ V., di recente, Cass. 30 marzo 2018, n. 7891, che ha individuato nelle controversie di opposizione agli atti esecutivi *ex art.* 617 c.p.c. un’ulteriore ipotesi di diritti non disponibili, in ragione degli interessi di natura pubblicistica sottesi alle norme che vengono in considerazione in simili controversie.

so onere, a carico del convenuto che intenda sollevare utilmente l'eccezione, di farlo (nei confronti, eventualmente, di tutte le domande proposte dall'attore⁶⁶⁰) nella comparsa di risposta, costituendosi in giudizio nel rispetto del termine fissato *ex art.* 166 c.p.c., con il radicamento, in mancanza, presso il giudice originariamente adito dall'attore, del potere di decidere in ordine alla domanda proposta⁶⁶¹.

È poi sempre dalla acclarata natura giurisdizionale dell'arbitrato, dal suo ormai pacifico carattere sostitutivo della giurisdizione ordinaria e dalla riconduzione dell'eccezione di compromesso al novero delle eccezioni di rito⁶⁶² che la giurisprudenza deriva la qualificazione, in termini di "giurisdizione", da un lato, dei rapporti tra giudice italiano ed arbitro estero (cui applicare il regime di cui agli artt. 4, comma 1 e 11, l. n. 218 del 1995⁶⁶³), in relazione ai quali ammettere la proponibilità del regolamento di giurisdizione⁶⁶⁴ e, dall'altro, dei rapporti tra arbitri rituali e giudici speciali (in particolare giudici amministrativi)⁶⁶⁵.

⁶⁶⁰ Così Cass. 15 febbraio 2013, n. 3826, in *Giust. civ. Mass.*, 2013: ove poi il processo in cui l'eccezione in questione venga sollevata presenti una situazione di litisconsorzio necessario, a tale ipotesi troverebbe applicazione – appunto in quanto "questione di competenza" – il principio fissato dalla Corte costituzionale con la nota decisione n. 41 del 2006, per cui l'eccezione di compromesso proposta da uno soltanto dei convenuti produrrebbe i suoi effetti anche nei confronti di coloro che non l'hanno sollevata. V. anche Cass. 6 aprile 2018, n. 8595, in *Giust. civ. Mass.*, 2018.

⁶⁶¹ V. Trib. Roma, 4 aprile 2017, n. 6669, in *www.ilcaso.it*, 2017, I, 18040, che, sul rilievo per cui la competenza arbitrale rinviene il suo esclusivo fondamento nella volontà delle parti, che hanno piena libertà nel decidere (espressamente o attraverso contegni processuali) se demandare o meno la decisione della loro controversia ad arbitri, ove il convenuto non formuli l'eccezione nella comparsa di risposta, resta ferma la competenza del giudice ordinario adito.

⁶⁶² Così, espressamente, Cass. S.U. 25 ottobre 2013, n. 24153, ord., in relazione all'eccezione di compromesso per arbitrato estero.

⁶⁶³ Con il radicamento, dunque, della giurisdizione del giudice italiano pure in presenza di una clausola compromissoria per arbitrato estero, ove la condotta del convenuto non si concretizzi in una tempestiva ed esplicita contestazione del difetto di giurisdizione del giudice adito, risultando invece ammissibile il regolamento preventivo di giurisdizione, ove detta eccezione venga ritualmente sollevata: così Cass. S.U. 25 ottobre 2013, n. 24153, ord. V. G. VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*, cit., 91 e ss.

⁶⁶⁴ Così, espressamente, Cass. S.U. 25 ottobre n. 24153, ord., per le quali: "(...) una volta affermata in via generale la natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale, quale conseguenza delle varie novelle susseguitesi, ed essenzialmente d.lgs. n. 40/2006, ciò va affermato anche per l'arbitrato estero (...) con conseguente ammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione".

⁶⁶⁵ V. Cass. 3 luglio 2006, n. 15204, in *Corr. giur.* 2007, 981, nt. critica E. STERBIZZI, *La giurisdizione sull'impugnazione del lodo arbitrale reso ai sensi dell'art. 6 l. n. 205 del 2000: Corte d'appello o giudice amministrativo?*, che ha disatteso in proposito le affermazioni di Cons. Stato 19 giugno 2003, n. 3655, in *Cons. Stato* 2003, I, 1368. Nei rapporti tra giudice amministrativo ed arbitri la questione si dovrebbe porre in termini di giurisdizione, perché l'arbitrato è ricostruito come strumento concorrente con la giurisdizione ordinaria e la scelta dell'arbitrato costituisce deroga alla

Per quanto riguarda, infine, la natura dell'eccezione con cui si deduca la devoluzione in arbitrato di una controversia appartenente alla *giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo* (questione che, prima dell'introduzione del codice del processo amministrativo, aveva originato un dibattito circa la sua riconduzione alla categoria della giurisdizione⁶⁶⁶ o a quella della competenza⁶⁶⁷), le previsioni del nuovo codice del processo amministrativo (a seguito, in particolare, dell'inserimento – ad opera del d.lgs. n. 195 del 2011 – dell'inciso, all'art. 12: "(...) ai sensi degli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile") militano in favore della riconduzione del rapporto fra arbitrato e giurisdizione esclusiva alla stessa tipologia del rapporto intercorrente tra *arbitrato e giurisdizione ordinaria*⁶⁶⁸, trovando così applicazione tutte le disposizioni previste dal c.p.c. (tra cui la soggezione dell'*exceptio compromissi* al regime di cui all'art. 817 c.p.c.). La competenza a conoscere della validità del lodo pronunciato in difetto di un valido patto compromissorio spetterà dunque, in ogni caso, alla Corte d'appello, con la sola differenza che quest'ultima, in caso di accoglimento dell'impugnazione per insussistenza della *potestas iudicandi* arbitrale, dovrà astenersi dal decidere il merito della controversia, in quanto riservato, per legge, alla cognizione del giudice amministrativo.

Ritornando al tema del rapporto tra arbitrato rituale e giurisdizione ordinaria, nello stesso senso della giurisprudenza maggioritaria, ossia in favore della sua ri-

giurisdizione amministrativa. Su quest'ultimo rilievo è stata fondata la competenza della Corte di appello sull'impugnazione del lodo reso dagli arbitri *ex art. 6, comma 2, l. n. 205 del 2000*.

⁶⁶⁶ Secondo tale impostazione, la devoluzione in arbitrato di una controversia rientrante nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo integrava una questione di giurisdizione, con la conseguente qualificazione, in termini di *eccezione di giurisdizione*, dell'*exceptio compromissi* volta ad impedire la decisione da parte del giudice amministrativo in questo ambito a favore degli arbitri e l'attribuzione alla Corte d'appello della competenza a conoscere dell'impugnazione del lodo. V. S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, cit., 313 ss.; M. BOVE, *L'impugnazione per nullità del lodo rituale*, in *Riv. arb.* 2009, 51 ss.

⁶⁶⁷ Secondo tale impostazione, l'ammissibilità dell'arbitrato nelle materie devolute alla giurisdizione amministrativa avrebbe determinato la creazione di un sistema arbitrale *a sé stante*, destinato ad operare all'interno della giurisdizione amministrativa in modo analogo a come l'arbitrato di diritto comune operava nell'ambito della giurisdizione ordinaria, con la conseguente qualificazione, in termini di *eccezione di incompetenza*, dell'*exceptio compromissi* volta ad impedire la decisione da parte del giudice amministrativo in questo ambito a favore degli arbitri e l'attribuzione agli organi di giustizia amministrativa della competenza a conoscere dell'impugnazione del lodo. V. S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, cit., 313 ss.; M. BOVE, *L'impugnazione per nullità del lodo rituale*, cit., 51 ss.

⁶⁶⁸ Questo perché, ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. n. 104 del 2 luglio 2014, che sostituisce l'art. 6, l. n. 205 del 2000: "Le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto ai sensi degli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile".

conduzione allo schema tipico (e *tecnico*) della “competenza”, si è schierata parte della dottrina⁶⁶⁹, non solo in ragione del tenore letterale degli artt. 817 e 819 *ter* c.p.c., ma altresì sull’assunto di una presunta incontestabile svolta *in senso giurisdizionalista* operata dal legislatore della riforma⁶⁷⁰, asseritamente sancita dall’art.

⁶⁶⁹ In tal senso v. in particolare, P.L. NELA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, cit., 1772, per il quale il sistema con cui, nell’ordinamento, si definiscono le liti, sarebbe ormai: “(...) un tutto unico, da suddividersi fra autorità giudiziaria e arbitri” e il ripetuto utilizzo della parola *competenza* avrebbe il merito di chiarire che i rapporti fra arbitri e giudici statali non possono essere ricondotti alla categoria della giurisdizione; M. ACONE, *Arbitrato e translatio iudicii: un parere eretico?*, cit., 12, il quale, pur prendendo atto delle incongruenze di scelte normative, resta tra i più convinti sostenitori della tesi dell’inquadribilità dei rapporti arbitro-giudice nello schema tecnico della competenza, per ragioni già esplicitate nello scritto precedente alla riforma, *Arbitrato e competenza*, in *Riv. arb.* 1996, 251 ss.; M. RUBINO SAMMARTANO, *Diritto dell’arbitrato*, cit., 83 ss., per il quale: “(...) la decisione dell’arbitro non è pertanto una pronuncia estranea alla giurisdizione italiana, ma, pur essendo in primo grado giurisdizione privata (che nei gradi successivi rientra nella giurisdizione ordinaria), essa appartiene alla giurisdizione italiana e la questione se, di una data controversia, possa conoscere l’arbitro o il giudice ordinario è ormai, per legge, una semplice questione di competenza, ossia di ripartizione della giurisdizione tra i vari organi della stessa, aventi una funzione giudicante”; G. RAMPAZZI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in F. CARPI, M. TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile*, 6^a ed., Padova 2009, 2550; RICCIO, *L’eccezione di clausola compromissoria e la relativa decisione: questione di competenza o di merito?*, in *Contr. e impr.* 2006, 885 ss.; E. RIGHETTI, *L’eccezione di compromesso*, in AA.VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, cit., 635 ss.; G. BARBIERI, E. BELLA, *Il nuovo diritto dell’arbitrato*, in AA.VV., *Trattato Diritto Comm. Pubbl. Econ.*, Padova 2007, 69 ss.; A. ANIELLO, *Alcune rilevanti questioni in tema di arbitrato*, cit., 701 ss., per il quale, già da una prima disamina dell’art. 819 *ter* c.p.c., così come interpretato dalla giurisprudenza, risulterebbe evidente la sovrapposizione, non solo terminologica, tra l’eccezione di incompetenza di cui all’art. 38 e quella di cui all’art. 817 c.p.c., nonché tra la natura del patto derogatorio della competenza territoriale (art. 28 c.p.c.) e il patto arbitrale. Per tale autore: “Inserito l’arbitro (rituale) nell’aura giurisdizionale dell’A.G.O., il passo successivo – inevitabile (...) – è stato proprio confermare che quella sulla *potestas* del giudice ovvero dell’arbitro è questione di competenza (...). [L]a discussione intorno alla potestà giudice/arbitro è questione effettivamente riferibile al presupposto della competenza”; C. CONSOLO, R. MURONI, *L’eccezione di arbitrato rituale come eccezione ‘di merito’*, cit., 1453; C. CONSOLO, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza con piena translatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa. Corte costituzionale 19 luglio 2013, n. 223*, in *Corr. giur.* 2013, 1107 ss.; S. BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, cit., 319 ss.; ID., *L’impugnazione per nullità del lodo*, cit., 255 ss.

⁶⁷⁰ Per affermazioni in tal senso v. F. CORSINI, *Prime riflessioni sulla nuova riforma dell’arbitrato*, in *Contratti* 2006, 515, per il quale la disciplina dei rapporti tra arbitri e giudici ordinari di cui all’art. 819 *ter* c.p.c., rappresentando un superamento dell’orientamento giurisprudenziale in favore di un inquadramento negoziale-privatistico della natura dell’arbitrato rituale, lascerebbe: “(...) trasparire con più chiarezza l’attribuzione al fenomeno arbitrale di caratteri giurisdizionali”; E. D’ALESSANDRO, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI, *Commentario alle riforme*, cit., 963, per la quale la qualificazione dell’eccezione di patto arbitrale come eccezione di incompetenza sarebbe un segno: “(...) dell’adesione alla teoria giurisdizionale dell’arbitrato”; BG. BARBIERI,

824 *bis* c.p.c. e da un'ulteriore serie di altri indici normativi⁶⁷¹, atti a ricondurre il potere degli arbitri nell'alveo della giurisdizione⁶⁷². Di qui la condivisione della tesi dell'assimilazione dell'*exceptio compromissi* ad un'eccezione di incompetenza per territorio derogabile⁶⁷³.

E. BELLA, *Il nuovo diritto dell'arbitrato*, cit., 273, per i quali l'art. 819 *ter* c.p.c. sarebbe coerente con la soluzione della natura giurisdizionale dell'arbitrato.

⁶⁷¹Quali l'assimilazione, operata dall'art. 819 *ter* c.p.c., del regime dell'*exceptio compromissi* a quello proprio dell'eccezione d'incompetenza (per territorio inderogabile) – con necessità della relativa deduzione, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta –; l'opzione per il regolamento di competenza come rimedio avverso le decisioni del giudice statale sulla questione della *potestas iudicandi* degli arbitri; il regime di impugnazione del lodo arbitrale di cui agli artt. 827 ss. c.p.c., in forza del quale il lodo è assoggettato a una serie di impugnazioni tipicamente processuali, attribuite alla competenza di un'autorità giudiziaria di secondo grado, suscettibili di provocare, in caso di accoglimento, un nuovo giudizio, nell'ambito di una vicenda processuale *tendenzialmente unitaria*, destinata, in ultima analisi, alla formazione di un accertamento incontrovertibile o del giudicato materiale. Evidenziano la portata sistematica di tali norme, anche ai fini di un corretto inquadramento del fenomeno arbitrale e della conseguente qualificazione dell'*exceptio compromissi*, in particolare i seguenti autori: C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Padova 2014, 514 ss.; ID., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, 3ª ed., Padova 2012, 543 ss.; S. BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, cit., 325 ss.; ID., *Sulle conseguenze dell'estinzione del giudizio di rinvio dopo la cassazione della sentenza che abbia pronunciato sull'impugnazione per nullità del lodo*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, cit., 67 ss., 72, per il quale non sarebbe peregrino ipotizzare che, nell'ipotesi di cassazione con rinvio della sentenza resa in sede d'impugnazione del lodo, la mancata riassunzione del giudizio in sede di rinvio determini l'estinzione dell'intero giudizio ai sensi dell'art. 393 c.p.c. e, dunque, anche la caducazione del lodo (così anche E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, cit., 4; *contra*, in relazione a quest'ultimo profilo, C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2ª ed., II, 599, che opina nel senso del consolidamento del lodo; M. BOVE, *L'impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, cit., 25, per il quale tale asserita unitarietà della vicenda processuale sarebbe ostacolata dal fatto che il giudizio arbitrale avrebbe ad oggetto la controversia sul rapporto giuridico sostanziale, mentre il giudizio d'impugnazione riguarderebbe la questione della validità del lodo, nonché dalla circostanza che, in tale giudizio, la controversia sul rapporto sostanziale potrebbe riemergere soltanto in via eventuale e successiva e soprattutto non necessariamente dinanzi allo stesso giudice).

⁶⁷²Così, in particolare, S. BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, cit., 323 ss.; ID., *Translatio iudicii nei rapporti tra giudice e arbitro: sollevata la questione di costituzionalità dell'art. 819 *ter* c.p.c.*, nt. a Trib. Catania 21 giugno 2012, in *Riv. dir. proc.* 2013, 480; ID., *Sub art. 819 *ter* c.p.c.*, in CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile. Commentario*, cit., 1928; ID., *Sub art. 819 *ter**, in M. BENEDETTI, C. CONSOLO, L. RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, cit., 279 e, già prima della riforma, in *L'impugnazione per nullità del lodo*, cit., 214 ss.

⁶⁷³V. A. MENDOLAGINE, *Sui rapporti tra arbitri ed autorità giudiziaria: brevi considerazioni sulla potestas iudicandi degli arbitri e l'art. 819 *ter* c.p.c.*, in *Riv. arb.* 2018, 2, 267; G. CANALE, *La decisione degli arbitri sulla potestas iudicandi e la distinzione tra lodo non definitivo su questioni e lodo parziale secondo le Sezioni Unite*, in *Riv. arb.* 2017, 1, 89 ss.

La maggior parte degli autori, tuttavia (pur con posizioni anche profondamente divergenti tra loro sulla portata della nuova disciplina), proprio in ragione delle menzionate deviazioni dal modello codicistico che regola la competenza tra giudici ordinari, convergono nel senso che, se si intende parlare di “competenza”, lo si può fare solo in senso *a-tecnico*⁶⁷⁴. In linea di principio tali autori sono accomu-

⁶⁷⁴ Così, ad esempio, L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 556 ss., per la quale, nonostante l’indiscutibile superamento, ad opera del legislatore della riforma, della tesi della natura negoziale del lodo: “(...) l’operato avvicinamento della questione relativa alla ripartizione del potere decisorio tra giudice e arbitro alla competenza *non ha un significato tecnico*”; ID., *Ancora sull’arbitrabilità delle impugnative di delibere assembleari*, cit., 927 e 928, ove l’autrice rileva che, ai fini dell’assimilazione dell’*exceptio compromissi* ad un’eccezione di incompetenza, l’argomento relativo al regime d’impugnazione della sentenza con cui il giudice decide della propria competenza in presenza di un patto arbitrale proverebbe troppo, dato che un’indicazione in senso contrario potrebbe ricavarsi dal regime impugnatorio del lodo avente ad oggetto la medesima statuizione, avverso il quale non è prevista l’esperibilità del regolamento di competenza; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell’arbitrato*, cit., 22; ID., *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all’antico*, cit., 96, per il quale: “(...) la completa equiparazione dei rapporti tra arbitri e giudici statali alle questioni di competenza e tra arbitri e giudici stranieri alle questioni di giurisdizione crea perplessità”, in quanto: “(...) mentre i conflitti tra giudici pongono sempre un problema di “distribuzione” di un potere omogeneo e diffuso, i conflitti tra giudici e arbitri pongono sempre un problema di “spettanza” del potere decisorio ai secondi, cui corrisponde una “sottrazione” del medesimo ai giudici”; S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 133; ID., *Apunti sull’eccezione di compromesso*, cit., 452, per la quale: “Al riferimento ricorrente alla competenza non equivale, tuttavia, l’inquadramento dei rapporti tra arbitro e giudice *nel corrispondente schema tecnico e dommatico*. Si escludono, difatti, tutti gli ammenicoli che ne caratterizzano la disciplina”; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, 5ª ed., Milano 2009, 360; ID., *Diritto processuale civile*, 6ª ed., Milano 2011, 159 ss.; ID., *Rapporti fra arbitro e giudice*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell’arbitrato*, Milano 2006, 123 e in *Riv. arb.* 2005, 786, secondo il quale, per un verso, la lettera delle disposizioni normative potrebbe non essere decisiva, in quanto si potrebbe sostenere che il termine “incompetenza” sia utilizzata dal legislatore in senso “atecnico”, diverso da quello che esso ha normalmente, mentre, per altro verso, l’impugnabilità della sentenza con il regolamento di competenza non sarebbe determinante, avendo il legislatore esteso l’utilizzo di tale mezzo d’impugnazione ad un ambito diverso da quello d’origine (ad esempio includendo i provvedimenti che dispongono la sospensione del processo ai sensi dell’art. 295 c.p.c.); M. BOVE, *Ricadute sulla disciplina dell’arbitrato della legge n. 69/2009*, cit., 84 ss.; ID., in *Guida dir.* 2006, 8, 108; A.M. MARZOCCO, *Nullità sopravvenuta della clausola compromissoria*, cit., 496, per il quale l’art. 819 *ter* c.p.c. qualificherebbe l’eccezione di convenzione arbitrale come un’eccezione di competenza: “(...) ma non è detto che si tratti di competenza in senso tecnico”; S. ZIINO, *La translatio iudicii tra arbitri e giudici ordinari (sulla parziale illegittimità costituzionale dell’art. 819-ter, secondo comma, c.p.c.)*, in AA.VV., *Sull’arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, cit., 919, per il quale il ricorso allo strumento del regolamento di competenza non comporta che: “(...) tale questione possa essere considerata una questione di competenza in senso proprio”. Nello stesso senso v. B. CAPPONI, *Modestino Acone, la competenza e l’arbitrato*, cit., 2009, 397 ss., spec. 400; ID., *Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria secondo il nuovo art. 819 ter c.p.c.*, in www.judicium.it; ID., *Sub art. 819 ter c.p.c.* in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI, *Commentario*, cit., 873; C. DELLE DON-

nati dall'idea che il legislatore, nell'intento di superare la deriva negozialista delle Sezioni Unite⁶⁷⁵, si sia limitato ad applicare al rapporto arbitro-giudice solo alcune delle disposizioni di regola applicabili ai rapporti (appunto "di competenza") tra giudici ordinari, essenzialmente per ragioni di semplificazione sotto il profilo pratico-applicativo⁶⁷⁶, senza tuttavia l'intenzione – o la facoltà o l'effetto – di fissare, una volta per tutte, l'inquadramento teorico-dogmatico dei rapporti arbitro-giudice⁶⁷⁷. Nell'ambito di questa comune prospettiva, si registra bensì anche una certa sintonia su alcuni elementi di fondo, ad esempio nel ricondurre l'*exceptio compromissi* alla categoria delle eccezioni *lato sensu* processuali e il patto arbitrale alla categoria dei *presupposti processuali (negativi)*, la cui esistenza condizionerebbe negativamente la procedibilità della domanda giudiziale vertente su una disputa rientrante nel suo ambito di applicazione⁶⁷⁸. Ciò in linea con la peculiarità che contraddistingue la soluzione di ogni preliminare questione di allocazione di *potestas iudicandi* che sorge fra arbitri e giudici, che presuppone sempre la valutazione di un accordo negoziale di deroga della competenza generale dell'organo precostituito per legge (il giudice)⁶⁷⁹.

Tuttavia, a fronte di questi profili di convergenza, le soluzioni specifiche proposte dai diversi autori divergono anche significativamente.

NE, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA, *Commentario*, cit., 588.

⁶⁷⁵ V., in particolare, B. CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.* in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI, *Commentario alle riforme*, cit., 876, che osserva come l'intervento del legislatore escluda in ogni caso che l'eccezione di patto arbitrale possa essere qualificata come eccezione di merito.

⁶⁷⁶ Equiparazione degli effetti tra lodo e sentenza onde superare le ambiguità originarie in passato dall'espressione "efficacia vincolante"; impugnabilità della decisione del giudice statale che pronunci sul patto arbitrale come tramite per dar luogo ad un *novum iudicium* statale: "(...) nel quadro di una vicenda processuale unitaria complessivamente orientata alla formazione del giudicato".

⁶⁷⁷ Così, in particolare, L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 680; S. IZZO, *Appunti sull'eccezione di compromesso*, cit., 452; M.P. GASPERINI, *Su una proposta di applicazione analogica dell'art. 59 L. 69/2009*, cit., 381; S. ZIINO, *La translatio iudicii tra arbitri e giudici ordinari*, cit., 919; G. RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina*, cit., 282; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, 5ª ed., Milano 2009, 358.

⁶⁷⁸ In tal senso v. S. IZZO, *Appunti sull'eccezione di compromesso*, cit., 457; E. MARINUCCI, *L'impugnazione per nullità del lodo esorbitante dalla convenzione di arbitrato*, nt. a Cass. 9 gennaio 2008, n. 178, in *Riv. dir. proc.* 2008, 228.

⁶⁷⁹ B. CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.* in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI, *Commentario alle riforme*, cit., 875 ss.; ID., *Modestino Acone, la competenza e l'arbitrato*, cit., 399 ss.; G. VERDE, *Arbitrato e giurisdizione*, cit., 96, secondo il quale un'assimilazione ai rapporti di competenza potrebbe essere configurabile solo laddove si discuta dell'arbitrabilità della lite.

Luiso, ad esempio, ritiene che la presenza di un patto arbitrale determini, in capo al giudice, un *difetto assoluto di giurisdizione*⁶⁸⁰.

Ricci, sull'assunto che gli arbitri rituali svolgono una funzione obiettivamente giurisdizionale, perché il lodo è dotato (salvo il profilo dell'esecutività) di effetti identici a quelli propri della decisione giudiziaria, come confermerebbe il nuovo art. 824 *bis* c.p.c.⁶⁸¹ (sicché la funzione svolta dagli arbitri potrebbe essere definita come "giurisdizione privata"), parlava di *inammissibilità della domanda*⁶⁸², intesa come categoria "residuale" (non essendoci, nel nostro ordinamento, una disciplina uniforme dell'inammissibilità) capace di accogliere al proprio interno tutti gli impedimenti processuali già esistenti al momento in cui la domanda venga proposta⁶⁸³.

Izzo, dal canto suo, qualifica l'esistenza di un patto compromissorio quale *presupposto processuale negativo*⁶⁸⁴ (ossia quale elemento la cui esistenza impedisce al giudice statale di decidere la causa nel merito⁶⁸⁵ e il cui duplice effetto – *negativo*, ove sottrae il potere di cognizione al giudice statale e *positivo*, ove attribuisce la *potestas iudicandi* agli arbitri per decidere una lite nel merito⁶⁸⁶ –, varrebbe a differenziare il patto arbitrale dagli altri negozi *ad finiendas lites*⁶⁸⁷), escludendo tuttavia che il reiterato riferimento del legislatore alla nozione di competenza implichi un inquadramento dei rapporti arbitro-giudice in questa categoria.

⁶⁸⁰ F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, 5^a ed., Milano 2009, 358 ss. In tal senso v. anche D. AMADEI, *Giudicato implicito anche per la questione relativa alla convenzione d'arbitrato: una discutibile pronuncia della Corte di Cassazione*, nt. a Cass. 25 ottobre 2017 n. 25254 (ord.), in *Riv. arb.* 2018, 691, per il quale: "(...) la questione di patto compromissorio (...) in realtà è questione simile alla carenza di giurisdizione, perché si tratta di una giustizia privata, alternativa alla giurisdizione statale, nonostante la fungibilità in forza della equiparazione degli effetti del lodo a quelli della sentenza: è comunque questione di *potestas iudicandi*, che sta a monte rispetto alla individuazione, all'interno della giurisdizione statale, del giudice competente".

⁶⁸¹ E.F. RICCI, *Profili liberali della nuova disciplina dell'arbitrato*, in AA.VV., *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, Milano 2006, 23 ss.

⁶⁸² E.F. RICCI, *La Cassazione si pronuncia ancora sulla convenzione di arbitrato rituale*, cit., 1297.

⁶⁸³ In tal senso v. E. BEBERNARDI, *Note minime sulla qualificazione dell'eccezione di patto compromissorio*, cit., 398 ss.

⁶⁸⁴ Parla di *presupposto processuale negativo* "(...) o comunque di una condizione di mera decidibilità della causa nel merito" anche C. CONSOLO, *L'arbitrato con sede estera, la natura della relativa eccezione e l'essenziale compito che rimane affidato al regolamento transnazionale della giurisdizione italiana (p. seconda)*, in *Riv. trim dir proc. civ.* 2009 969. Così anche F. CORSINI, *Prime riflessioni*, cit., 515.

⁶⁸⁵ Su cui v. C. VOCINO, *Presupposti processuali*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma 1991, 5 ss.

⁶⁸⁶ Così anche M. BOVE, *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. civ.* 2002, I, 418.

⁶⁸⁷ Cui sono riconducibili: "(...) tutte le iniziative tendenti a comporre il conflitto di interessi tra le parti": così C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2000, I, 33.

L'eccezione di patto arbitrale sarebbe un'*eccezione di rito* e non di merito⁶⁸⁸, rientrando la questione sollevata dall'*exceptio compromissi* tra le questioni pregiudiziali di rito, idonee a definire il giudizio ai sensi dell'art. 279, comma 2, n. 2, c.p.c., con l'applicazione del relativo statuto processuale⁶⁸⁹. La sentenza del giudice statale che pronuncia sull'eccezione di patto arbitrale avrebbe dunque ad oggetto *unicamente l'esistenza delle condizioni* affinché la causa possa validamente essere trattata nel merito, pur se, nel decidere della propria competenza, il giudice dovrà necessariamente conoscere profili fattuali o meritali: "(...) *direttamente inerenti alla validità o all'interpretazione del compromesso o della clausola compromissoria*"⁶⁹⁰. Ciò non costituirebbe un'anomalia, dato che è frequente, nel nostro ordinamento, che il giudice esamini elementi di natura sostanziale, *di merito*, quale passaggio necessario per giungere ad una decisione (su una questione) di rito⁶⁹¹, senza che ciò ne muti la natura *meramente processuale*⁶⁹². Secondo Izzo, a tale ricostruzione non osterebbero né la previsione di impugnabilità, con il regolamento necessario o facoltativo di competenza, della sentenza del giudice statale che abbia pronunciato sull'eccezione, né la previsione di cui al comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c., per cui: "(...) *l'invalidità o l'inefficacia della convenzione arbitrale possono costituire oggetto di autonoma domanda e dunque essere decisa con efficacia di giudicato*".

⁶⁸⁸ Osserva S. IZZO che, mentre l'eccezione di merito ha ad oggetto un fatto o un contro-diritto impeditivo, modificativo o estintivo del diritto azionato che, ove accertato, condurrà ad un rigetto per infondatezza della domanda, l'eccezione di compromesso non incide su tale profilo, atteso che con la convenzione di arbitrato le parti non dispongono del diritto in lite, bensì soltanto della modalità di tutela, affidando la risoluzione della controversia a soggetti privati, anziché al giudice statale. Attraverso l'opzione per la via arbitrale, in altri termini, le parti esercitano il loro diritto di azione *in senso negativo* (per utilizzare un'espressione della Consulta: v. Corte cost. 4 luglio 1977, n. 127, in *Giur. cost.* 1977, 1143. nt. V. ANDRIOLI). In generale, sull'eccezione, v. G. FABBRINI, *L'eccezione di merito nello svolgimento del processo di cognizione*, in AA.VV., *Studi in memoria di Carlo Furno*, Milano 1973, 268 ss.; ID., *Eccezione*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma 1999, II 2; R. ORIANI, *Eccezioni*, in *Dig. civ.* VII, Torino 1991 266 ss.; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Padova 2006, 227.

⁶⁸⁹ Tra cui gli artt. 187 comma 3, 310 comma 2, 324 c.p.c., 129 comma 3 disp. att.

⁶⁹⁰ Come ribadito dalla giurisprudenza conforme e successiva alla pronuncia delle Sezioni Unite n. 527 del 2000, per dedurre la natura di merito dell'*exceptio compromissi*. V., *ex multis*, Cass. S.U. 25 giugno 2001 n. 9289.

⁶⁹¹ Come accade, ad esempio, ogniquale volta il giudice debba verificare la titolarità del diritto di credito dell'attore surrogante *ex art.* 2900 c.c., al fine di pronunciare sulla sua legittimazione straordinaria nei confronti del *debitor debitoris*; oppure quando debba valutare la valida esistenza di una deroga convenzionale a favore di una giurisdizione straniera (ai sensi dell'art. 4 comma 2, l. n. 218 del 1995. Sul punto v. C. CONSOLO, *L'arbitrato con sede estera*, cit., 969).

⁶⁹² Con la conseguenza che una sentenza di merito, che abbia erroneamente risolto la questione di rito in senso non ostativo al proseguimento del giudizio, sarà inficiata da un *error in procedendo* e non in *iudicando*, al pari di quanto avviene, nella medesima situazione, per un lodo arbitrale. In tal senso v. anche G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., 104.

Il fenomeno per cui lo stesso tema pregiudiziale (ai sensi e per gli effetti dell'art. 34 c.p.c.) può tanto rimanere *questione*, quanto assurgere a *causa pregiudiziale* “per legge o per espressa domanda di parte”, se risulta certamente più frequente in relazione alle questioni di merito⁶⁹³, non sarebbe secondo l'autrice da escludere anche quando il nesso operi sul piano del rito⁶⁹⁴. In tale ottica, questioni pregiudiziali (rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 34 c.p.c.) ben potrebbero essere decise con una sentenza *non idonea al giudicato sostanziale*, nonostante la loro diversa consistenza rispetto alle mere questioni⁶⁹⁵. L'eccezione di patto arbitrale integrerebbe uno di questi casi, rappresentando l'accertamento della validità del patto un passaggio pregiudiziale *non rispetto al diritto azionato*⁶⁹⁶,

⁶⁹³ Secondo lo schema delle cause riconvenzionali di cui all'art. 36 c.p.c. Sul punto v. NAPPI, *La domanda proposta in via riconvenzionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1989, 571 ss.

⁶⁹⁴ Secondo S. IZZO, il legame di pregiudizialità-dipendenza, nel caso in esame, non si riscontrerebbe tra due rapporti giuridici sostanziali, ma tra un oggetto sostanziale e uno processuale.

⁶⁹⁵ *Contra* A. CERINO CANOVA, *Sul contenuto delle sentenze non definitive di merito*, in *Riv. dir. proc.* 1971, 255; G. VERDE, *Il nuovo processo di cognizione. Lezioni su primo grado e impugnazioni in generale*, Napoli 1995, 15 ss.; G.P. CALIFANO, *L'impugnazione della sentenza non definitiva*, Napoli 1996, 58, che rileva come: “(...) sarebbe questo l'unico caso in cui il giudice civile, pronunciandosi in ordine ad una (compiuta) situazione giuridica, emanerebbe una sentenza idonea al giudicato sostanziale”. In linea con S. IZZO, in relazione al tema della pregiudiziale di convenzione arbitrale, v. G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 373, per il quale: “(...) al pari della sentenza con la quale il giudice ordinario decide sulla domanda di accertamento dell'invalidità o inefficacia della convenzione di arbitrato, anche la sentenza di rigetto dell'eccezione di compromesso da parte del giudice ordinario non può non rivestire, almeno dopo il suo passaggio in giudicato, efficacia conformativa pregiudicante nei confronti degli arbitri investiti della medesima controversia”.

⁶⁹⁶ Soltanto sostenendo che il lodo rituale non darebbe luogo ad un accertamento della situazione litigiosa, bensì ad un: “(...) intervento innovativo della disciplina sostanziale”, potrebbe sostenersi che il giudice pronunci nel merito rilevando che il diritto azionato: “(...) allo stato non esiste essendo destinato a prendere vita solo dopo l'intervento (...) degli arbitri”: così M. FORNACIARI, *Natura di rito o di merito della questione*, cit., 469 ss. Tale ricostruzione sarebbe tuttavia incompatibile con l'istituto arbitrale come disciplinato dal legislatore italiano, non tanto in virtù dell'art. 824 *bis* c.p.c. (osserva in proposito C. CONSOLO, *L'arbitrato con sede estera*, cit., 969 ss., che la natura dell'accertamento demandato agli arbitri e ai giudici statali sia omogenea per struttura e forme non è difatti conclusione: “(...) imposta *ex nunc* od oggi svelata dalla recente novella, la quale a ben vedere rappresenta solo un tenue *flatus vocis*”), quanto alla luce della chiara ed univoca presa di posizione della Corte costituzionale, nella nota decisione n. 376 del 2001, in *Giust. civ.* 2001, I, 2883, con commenti di F. AULETTA, B. CAPPONI, R. VACCARELLA, ove ha statuito l'assoluta omogeneità dell'accertamento demandato agli arbitri rispetto a quello svolto dal giudice statale, atteso che l'arbitrato sarebbe un: “(...) procedimento previsto e disciplinato dal codice di procedura civile per l'applicazione obiettiva del diritto nel caso concreto, ai fini della risoluzione di una controversia con le garanzie del contraddittorio di imparzialità tipiche della giurisdizione civile ordinaria”.

*bensì rispetto al diritto all'azione*⁶⁹⁷, escludendo la “competenza del giudice” in ordine alla controversia introdotta⁶⁹⁸. Secondo l'autrice, anche in tal caso risulterebbe integrato lo schema della pregiudizialità tecnica⁶⁹⁹, nella misura in cui l'elemento pregiudicante, rappresentato dall'esistenza della convenzione di arbitrato, integrerebbe al contempo *una fattispecie autonoma* – idonea (come dimostra oggi l'attuale art. 819 *ter* c.p.c.) ad assurgere ad oggetto esclusivo di una domanda giudiziale, a prescindere dall'azione esercitata dall'attore⁷⁰⁰ – e *altresì una condizione dell'azione*, ossia uno degli elementi costitutivi del diritto ad ottenere un provvedimento di merito. In definitiva, prima ancora che ai sensi dell'art 34 c.p.c., sarebbero *i principi della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato* a far sì che solo la domanda (o, in alternativa, l'espressa previsione di legge) possa provocare la formazione del giudicato in ordine alla determinazione della valida esistenza o all'interpretazione della convenzione arbitrale.

Cavallini, ritiene impropria la qualifica in termini di “competenza” utilizzata dal legislatore della riforma, pur ritenendo che l'eccezione di patto arbitrale abbia una *valenza processuale* assimilabile alle *eccezioni di rito* (in quanto vertente esclusivamente sulla scelta del “giudice” deputato ad accertare l'esistenza del diritto litigioso)⁷⁰¹. Il fatto che il sindacato del giudice statale sulla propria *potestas iudicandi* contempra necessariamente l'esame di un profilo “sostanziale”, regolato da norme e criteri sostanziali, qual è il patto arbitrale, non muterebbe tale natura dell'*exceptio compromissi*. Si avrebbe, in ogni caso, un sindacato su di una *condizione dell'azione* (nel senso che l'omessa proposizione o il rigetto dell'*exceptio com-*

⁶⁹⁷ Secondo la concezione dell'azione in senso astratto quale diritto ad ottenere un provvedimento di merito, su cui v. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova 1985, 206 ss.

⁶⁹⁸ In senso conforme v. C. CONSOLO, *L'arbitrato con sede estera*, cit., 969; *contra*, F.P. LUISO, *Rapporti*, cit., per il quale la questione della sussistenza della *potestas iudicandi* arbitrale è *pregiudiziale* in relazione all'oggetto principale di un processo arbitrale o giurisdizionale (cioè la domanda di merito).

⁶⁹⁹ Secondo l'impostazione “classica” di questo istituto, su cui v., per tutti, E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano 1935, 69.

⁷⁰⁰ Motivo per il quale non si potrebbe parlare di questione preliminare di merito, come invece sostenuto da Cass. 19 gennaio 2003, n. 2501 (ord.), in *Foro it.* 2003, 2095. Per un commento critico a tale decisione v. C. CONSOLO, *Soprassalti delle S.U. intorno all'eccezione di arbitrato estero*, cit., 137 ss., per il quale: “(...) non sapremmo se l'aggettivo ‘preliminare’ sia qui volto invece che ad alludere – vorremmo aggiungere: incongruamente – alle questioni assorbenti del giudizio sulla fondatezza o infondatezza della domanda relative a fatti estintivi, impeditivi o modificativi (...) *ex art. 187 e 279 c.p.c.*, a cercare di rimarcare che la *quaestio compromissi* rimane ‘prima’ del ‘vero’ merito, a monte di esso”.

⁷⁰¹ C. CAVALLINI, *L'arbitrato rituale. Clausola compromissoria*, cit., 130 ss., per il quale la competenza, da intendersi come misura o frazione della giurisdizione, nulla ha a che spartire con l'attribuzione della *potestas iudicandi* degli arbitri, che invero configura una chiara situazione processuale di assegnazione della tutela dei diritti al di fuori dell'ordinamento giudiziario.

promissi costituirebbero una condizione essenziale per l'esercizio della funzione giurisdizionale nei riguardi di una controversa fattispecie dedotta in giudizio). La contestazione, ad opera dell'attore o del giudice statale, del fatto impeditivo opposto dal convenuto, varrebbe solo a *mutare i poteri del giudice statale* (da meramente *cognitivi a decisori*, come effetto di una domanda di accertamento proposta dall'attore ai sensi dell'art. 183, comma 4, c.p.c.⁷⁰²), non, invece, *la natura processuale dell'eccezione e del suo oggetto*, che rimarrebbero esclusivamente di *mero rito*⁷⁰³.

Prospettiva opposta è quella fornita da coloro che, anche dopo la riforma del 2006, ribadiscono la natura eminentemente "privatistica" del fenomeno arbitrale e della pronuncia degli arbitri, rifiutando l'assunto della piena sostitutività dell'arbitrato rispetto alla giurisdizione statale. Questo orientamento esclude che l'equiparazione degli effetti del lodo alla sentenza, sancita dal legislatore, implichi una piena ed integrale equivalenza tra i due provvedimenti, giudicando a tal fine irrilevanti le denominazioni o qualificazioni utilizzate dal legislatore al fine di inquadrare dogmaticamente gli istituti⁷⁰⁴. Alla luce della profonda alterità del fenomeno arbitrale rispetto a quello giurisdizionale (in virtù del carattere privatistico della persona degli arbitri, delle procedure della loro nomina, del patto che li lega alle parti, del procedimento e della pronuncia che emettono), questi autori qualificano l'eccezione di patto arbitrale in termini di *eccezione di merito*, la cui cognizione avrebbe ad oggetto non tanto una mera questione procedurale di allocazione della *potestas iudicandi* tra due organi equivalenti, quanto, piuttosto, *l'esistenza, validità, efficacia o interpretazione di un negozio di diritto privato*⁷⁰⁵. La *ratio* sottesa alla disciplina introdotta dalla riforma del 2006 andrebbe ravvisata unicamente nell'intento di estendere al patto arbitrale il regime dell'incompetenza in vigore nei rapporti tra giudici ordinari, onde consentire l'esperibilità del regolamento di competenza avverso la decisione del giudice statale che abbia deciso sul patto arbitrale, *senza alcuna intenzione di equiparare l'arbitrato alla giurisdizione statale*, gli arbitri ai magistrati ordinari e il lodo (*tout court*) ad una pronuncia giudiziale⁷⁰⁶.

⁷⁰² Una domanda che non sarebbe di accertamento incidentale in senso proprio (in ragione dell'estraneità di tale questione alla fattispecie costituente la *res in iudicium deducta* e dunque alle questioni pregiudiziali in senso tecnico, richiamate dall'art. 34 c.p.c.), integrando una mera domanda nuova, resa ammissibile dalla pendenza del giudizio ordinario in cui è fatto valere il diritto *olim* compromesso in arbitri, e quindi fornita senz'altro dell'interesse ad agire ai sensi dell'art. 100 c.p.c.

⁷⁰³ C. CAVALLINI, *L'arbitrato rituale. Clausola compromissoria*, cit., 133.

⁷⁰⁴ V. G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 237.

⁷⁰⁵ In tal senso v. G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 368 ss.; C. PUNZI, *Luci ed ombre*, cit., 412.

⁷⁰⁶ Così G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 239. In questo senso v. anche E. ODORISIO, *Arbitrato rituale e "lavori pubblici"*, cit., 425; G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in

Dalla natura privatistica della situazione giuridica oggetto dell'accertamento discenderebbe altresì l'idoneità al giudicato sostanziale della pronuncia (statale o arbitrale) sulla *potestas iudicandi* degli arbitri⁷⁰⁷.

Vi è, infine, chi, in virtù della ritenuta estraneità degli arbitri all'ordinamento giudiziario statale, ritiene che il rapporto tra arbitri e giudici statali presenti maggiori affinità con il rapporto intercorrente tra giudici di diversi ordinamenti. Le peculiari caratteristiche dell'istituto arbitrale impedirebbero l'integrale assimilazione degli arbitri alla figura e al ruolo del giudice statale nazionale, nonostante l'accostamento all'autorità giudiziaria statale operato dal legislatore sotto il profilo degli effetti dell'attività da loro esercitata. La posizione degli arbitri sarebbe più affine a quella dei giudici stranieri, i quali, pur svolgendo un'attività analoga (ove non identica) a quella dei giudici del nostro ordinamento, *di quest'ultimo non fanno sicuramente parte*, sicché quello intercorrente tra arbitri e giudici statali sarebbe un rapporto riconducibile più ad un rapporto di *giurisdizione* che ad un rapporto di *competenza*⁷⁰⁸.

Secondo questa prospettiva, l'eccezione che la parte spende dinanzi al giudice statale, a fronte di un'azione giudiziale promossa dalla controparte su una disputa rientrante nell'ambito di applicazione del patto arbitrale, sarebbe *bensì di rito* (integrando il patto arbitrale un *presupposto processuale negativo*, ossia una condizione

S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 364 ss.; C. PUNZI, *Luci ed ombre*, cit., 411; ID., *Il processo civile*, cit., 190; ID., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2ª ed., I, cit., 156, per cui il legislatore avrebbe utilizzato in modo: "(...) tanto improprio quanto barocco: (...)” il termine 'incompetenza' e (197): "(...) al di là del *nomen* utilizzato dal legislatore (...), i rapporti tra arbitri e giudici ordinari non possono essere ricostruiti facendo ricorso ai principi propri della competenza”.

⁷⁰⁷ C. PUNZI, *op. ult. cit.*, 212. L'autore, rigettando l'assunto secondo cui la questione *de qua* avrebbe un contenuto puramente processuale, inidoneo a transitare in cosa giudicata materiale, prospetta l'idoneità della pronuncia sul patto arbitrale resa dalla Corte di cassazione ad acquisire l'efficacia giudicato, in particolare alla luce dell'art. 310 comma 2 c.p.c., norma che compone lo 'statuto' della competenza e la cui applicabilità ai rapporti arbitro-giudice, a differenza delle disposizioni indicate nel secondo comma dell'art. 819 *ter* c.p.c., non è espressamente esclusa dalla legge. Sul punto v. anche G. MONTELEONE, *Arbitrato e giurisdizione: un inopportuno ritorno al passato*, in *Giusto proc. civ.* 2014, 203 ss., per il quale, in base all'art. 59, l. 18 giugno 2009 n. 69: "(...) la pronuncia sulla giurisdizione resa dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione è vincolante per ogni giudice e per le parti anche in altro processo”.

⁷⁰⁸ Così M. BOVE, *La giustizia privata*, 2ª ed., Padova 2013, 36 ss. *Contra* F.P. NELA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme*, cit., 1772, per il quale oggi, a fronte delle scelte compiute dal legislatore della riforma, sarebbe venuta meno l'esigenza, sentita prima della riforma, di colmare il vuoto normativo e, in ogni caso, non si ravviserebbe alcuna indicazione che possa legittimare l'assimilazione della questione *de qua* alle questioni di giurisdizione. Critici anche E.F. RICCI, *La Cassazione si pronuncia ancora*, cit., 1297 e M. ACONE, *Arbitrato e translatio iudicii: un parere eretico?*, cit., 15.

che *non deve esistere* affinché il giudice statale possa e debba decidere nel merito), ma tutt'affatto peculiare, perché non operante sul piano dei rapporti tra organi operanti all'interno della giurisdizione statale. Il regime processuale dell'eccezione in questione dovrebbe dunque rinvenirsi in quello applicabile ai rapporti tra organi appartenenti a diversi ordinamenti, alternativamente, a seconda delle circostanze, l'art. 4, comma 3, l. n. 218 del 1995, che sancisce l'inefficacia dell'accordo di deroga alla giurisdizione italiana in favore degli arbitri, ove questi abbiano declinato la giurisdizione o comunque non possano conoscere della causa, con conseguente riesumazione della competenza del giudice togato⁷⁰⁹; oppure l'art. 59, l. n. 69 del 2009⁷¹⁰ introdotto a seguito della decisione della Corte costituzionale n. 77 del 2007 e della breccia aperta, nel muro della tradizionale incomunicabilità tra giudici ordinari e giudici speciali, dalla possibile trasmigrabilità delle cause⁷¹¹.

7.3. Riflessioni conclusive sull'inquadramento dell'*exceptio compromissi*

Sul problema del corretto inquadramento dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione ordinaria, e sulla qualificazione dell'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* sollevata sia in sede arbitrale che in sede giudiziale ritorneremo nel quinto capitolo.

Come è agevole intuire, e come è emerso dalla trattazione che precede, il problema non è meramente di carattere teorico o nominalistico. Dalla sua soluzione dipende, infatti, la risposta a molti degli interrogativi che la riforma ha lasciato privi di disciplina⁷¹², tra cui quelli, che si è già avuto modo di illustrare, della natura e dell'efficacia della pronuncia resa, dal giudice o dall'arbitro, sul patto compromissorio; dell'applicabilità, all'arbitrato, di alcuni degli istituti applicabili nei rapporti tra giudici ordinari (si pensi, ad esempio, alla *perpetuatio iurisdictionis*); dell'individuazione del rimedio esperibile avverso il lodo che abbia pronunciato,

⁷⁰⁹ M. BOVE, *Aspetti problematici nella nuova disciplina*, cit., 57 ss.; ID., *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, cit., 357 ss.; ID., *Ricadute sulla disciplina dell'arbitrato*, cit., 85.

⁷¹⁰ Con cui il legislatore, in seguito agli interventi delle Sezioni Unite della Cassazione – decisione del 22 febbraio 2007, n. 4109, in *Rep. giur. it.*, 2007, voce *Competenza e giurisdizione civile*, n. 757– e della Corte costituzionale – decisione del 12 marzo 2007, n. 77 *ibidem*, n. 186, entrambe in *Riv. dir. proc.* 2007, 1578, nt. M. ACONE, *Giurisdizione e translatio iudicii... aspettando Godot* – ha disciplinato la *translatio iudicii* fra le diverse giurisdizioni. Sulla portata dell'art. 59 della l. n. 69 del 2009 v. E.F. RICCI, *La nuova disciplina della declinatoria di giurisdizione tra intuizioni felici e confusioni di idee*, in *Riv. dir. proc.* 2008, 1537; C. CONSOLO, *La translatio iudicii tra giurisdizioni nel nuovo art. 59 della legge di riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 1267.

⁷¹¹ M. BOVE, *Ricadute sulla disciplina dell'arbitrato*, cit., 85. In tal senso v. anche M.P. GASPERINI, *Su una proposta di applicazione analogica dell'art. 59 L. 69/2009*, cit., 388 ss.

⁷¹² C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, 2012, 157; P.L. NELA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme*, cit. 1773.

solo o anche, sulla *potestas iudicandi* dell'arbitro; dell'applicabilità dell'art. 310, comma 2, c.p.c.; dell'efficacia (meramente endoprocedurale o anche *esterna*) della decisione resa dal giudice statale o dall'arbitro (solo o anche) sulla *potestas iudicandi* dell'arbitro⁷¹³. Ad esempio, quella parte della dottrina che segue la giurisprudenza sulla qualificazione dei rapporti arbitro-giudice in termini di "competenza" in senso *tecnico* è propensa a risolvere tendenzialmente ogni problematica pratico-applicativa facendo applicazione dei principi e delle norme sulla competenza applicabili nei rapporti tra giudici ordinari, con la sola eccezione di quelle disposizioni la cui applicazione all'arbitrato sia espressamente esclusa dal legislatore⁷¹⁴. E così, al di là dello (scontato) superamento della qualificazione dell'eccezione di compromesso come eccezione di merito⁷¹⁵ – che con l'eccezione di incompetenza condivide bensì il divieto del rilievo officioso⁷¹⁶, ma che sbarrava le porte all'applicazione del principio della *perpetuatio iurisdictionis*, ora ritenuto invece compatibile con la nuova prospettazione dei rapporti arbitro-giudice⁷¹⁷ – e

⁷¹³ F.P. NELA, *Sub art. 817 c.p.c.*, cit., 1773, per il quale la ricaduta: "(...) non più sul sistema, ma sulla concreta disciplina del giudizio arbitrale, sono innumerevoli, al punto da riuscire difficile una loro compiuta elencazione. A seconda che la questione della validità è portata della convenzione di arbitrato o la questione della regolare costituzione del collegio siano di competenza o di merito, trovano soluzione una serie di questioni, di cui la legge, anche nel testo *post* riforma, non tratta (...)".

⁷¹⁴ S. BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, cit., 326; P.L. NELA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme*, cit., 1819.

⁷¹⁵ Così P.L. NELA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme*, cit., 1772, che osserva, peraltro, come la riconduzione dell'*exceptio compromissi* alla categoria della competenza potrebbe dare origine a conflitti sinora non prospettati. Secondo l'autore, la tesi secondo cui sarebbe lecito devolvere in arbitrato le liti per le quali la legge detta una competenza esclusiva, poggiava un tempo sulla considerazione che la regola di competenza esclusiva non operasse per escludere la possibilità degli arbitri di pronunciarsi nel merito, ma solo per escludere la competenza degli altri giudici (su tali profili v. Pret. Bologna 13 giugno 1997, in *Nuova giur. comm.* 1998, I, 613, nt. P.L. NELA, *L'arbitrato e le competenze funzionali*). Secondo P.L. NELA, ora che la ripartizione di reciproche aree di influenza avviene all'interno del sistema della competenza, l'attribuzione di una competenza esclusiva ad un giudice statale potrebbe comportare l'inammissibilità della devoluzione della lite agli arbitri, rimanendo peraltro sempre valida la precedente tesi, per chi attribuisca all'inderogabilità della competenza di un certo giudice statale l'effetto di escludere, per via pattizia, la competenza di altri giudici, *ma non degli arbitri*.

⁷¹⁶ In tale senso v. Cass. 30 dicembre 2003, n. 19865, in *Gius* 2004, 2186; Cass. 8 agosto 2001, n. 10925, in *Giur. it.* 2002, 1280; Cass. 24 marzo 1999, n. 2775, in *Mass. Foro it.* 1999; Cass. S.U. 28 novembre 1996, n. 10617.

⁷¹⁷ La Suprema Corte, in ossequio all'orientamento "negozialista", aveva infatti escluso, in passato, l'applicabilità dell'istituto della *perpetuatio iurisdictionis* all'arbitrato, in base alla considerazione secondo cui: "(...) la disposizione in esame [l'art. 5 c.p.c.] concerne essenzialmente la competenza dei giudici e quindi, atteso che gli arbitri non sono organi giurisdizionali e che le questioni relative all'esistenza di una convenzione arbitrale non si configurano come rapporti di competenza

dell'esclusione della possibilità di configurare detta eccezione come attinente alla giurisdizione, si ritiene applicabile ai rapporti arbitro rituale-giudice statale l'art. 32, comma 2, lett. t) del codice del consumo, che recepisce il contenuto dell'ora abrogato art. 1469 *bis*, comma 3, n. 18, c.c.⁷¹⁸; nella misura in cui si ritiene che la convenzione arbitrale deroghi alla competenza del giudice statale, infatti, si verrebbe in uno dei casi previsti dalla suddetta norma sostanziale⁷¹⁹. Altra conseguenza del superamento della tesi dell'eccezione di merito in favore della categoria della competenza sarebbe ravvisabile nel venir meno del fondamento teorico di quell'orientamento giurisprudenziale che riteneva ammissibile la *mutatio*, in corso di causa, di una domanda di risoluzione del contratto in domanda di adempimento, ove proposta dinanzi agli arbitri, proprio sulla scorta della considerazione che, in tale ultimo caso, non si sarebbe dovuta applicare la disciplina della domanda giudiziale⁷²⁰.

Senza anticipare in questa sede le conclusioni cui perverremo con maggiore cognizione di causa nel quinto capitolo (in particolare per quanto attiene al profilo, più generale, dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione ordinaria), ci pare di poter comunque svolgere alcune riflessioni conclusive, in particolare sulla questione della natura giuridica dell'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* invocabile dalle parti, sia in sede arbitrale che giudiziale.

Attese le peculiarità dell'istituto arbitrale, che ha senz'altro un prevalente carattere privatistico, ma altresì – in ragione dell'equiparazione della funzione degli arbitri a quella svolta dai giudici statali e degli effetti del lodo a quelli della sentenza – una natura *ibrida*, riteniamo, in primo luogo, che sarebbe forse opportuno evitare di utilizzare rigidamente le categorie proprie del processo civile e dei

(o di giurisdizione), ma come questioni di merito, (...) la norma in questione non rileva ai fini dell'accertamento della *potestas iudicandi* degli arbitri (e della successione nel tempo di nuove disposizioni in tema di arbitrato, in specie quanto all'art. 819 *bis* del c.p.c.): così Cass. 21 luglio 2004, n. 13516, in *Guida al dir.* 2004, 38, 58 e in *Riv. dir. proc.* 2005, 251 ss., nt. critica di B. CAPPONI, *Arbitrato e perpetuatio iurisdictionis*. A seguito della riforma, sul punto si è avuto un *revirement* giurisprudenziale, sancito da Cass. 8 gennaio 2014, n. 132, in *Foro it.* 2014, I, 795 ss., nt. E. D'ALESSANDRO, per la quale: "(...) poiché l'arbitrato rituale ha natura giurisdizionale, anche rispetto ad esso opera il principio secondo cui il disposto dell'art. 5 c.p.c. non trova applicazione nei casi in cui la giurisdizione o la competenza, insussistenti al momento della proposizione della domanda, sopravvivono nel corso del processo".

⁷¹⁸ Previsione che considera inefficaci, nei contratti fra professionisti e consumatori, le deroghe della competenza dell'autorità giudiziaria.

⁷¹⁹ P.L. NELA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme*, cit., 1773 ss., che ricorda come la conclusione consegua ad un acceso dibattito, che verteva sulla questione se dette clausole si applicassero o meno all'arbitrato irrituale.

⁷²⁰ Cass. 26 marzo 2003, n. 4463, I, in *Corr. giur.* 2005, 57, nt. G.M. FACCIOLO, *Risoluzione per inadempimento e art. 1453, 1 e 2 comma c.c. ed arbitrato: una stupefacente ma coerente decisione della Suprema Corte*; in *Gius* 2003, 15, 1696.

rapporti tra giudici statali (giurisdizione, competenza, merito) per un incasellamento di tale fenomeno e dei suoi rapporti con la giustizia ordinaria che, oltre a rivelarsi inadeguato sotto il profilo teorico, rischia di rivelarsi poco utile sotto il profilo pratico-applicativo⁷²¹. L'assenza di un rigido archetipo dogmatico di riferimento, a fronte di possibili inconvenienti sotto il profilo classificatorio e dell'agevole individuazione di un inequivoco regime normativo applicabile, avrebbe però forse il vantaggio di conferire all'interprete un certo qual margine di flessibilità nella delineazione, sulla base e nell'ambito della disciplina positiva, di un regime il più rispondente possibile alle peculiarità dell'istituto e alle istanze delle parti che se ne avvalgano.

Ciò detto, riteniamo difficilmente contestabile, da un lato, che l'eccezione *de qua* sia ascrivibile alle eccezioni di rito e non di merito e, dall'altro, che la decisione su tale eccezione, pur avendo, tra i suoi oggetti, la cognizione di una questione dai profili *lato sensu* meritali o sostanziali quale è quella della esistenza, validità ed efficacia del patto arbitrale, ossia di un negozio di diritto privato, rimanga, a tutti gli effetti, una decisione (avente un oggetto) *di natura processuale*, come tale soggetta ai principi e alle regole che, nel nostro ordinamento, governano (anche e soprattutto in relazione ai profili della loro efficacia, soprattutto una volta divenute definitive) le decisioni di rito.

Sotto il primo profilo, ci pare non controvertibile, da un lato, che l'*exceptio compromissi* in sede giudiziale configuri un'eccezione in senso stretto (o proprio)⁷²², e

⁷²¹ V. in proposito P. BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*, Bologna 2018, 653, per il quale (giudicando un'incoerenza, dal punto di vista concettuale, la qualificazione legislativa della questione oggetto dell'eccezione di arbitrato in termini di competenza) ritiene che detta questione sia suscettibile di essere qualificata, per alcuni aspetti, in termini di *questione di giurisdizione* (in ragione della sua attinenza alla verifica del se il potere di giudicare possa dirsi sussistere in capo ai giudici piuttosto che agli arbitri) e, per altri aspetti, in termini di *questione di merito* (in ragione del fatto che detta questione investirebbe (anche) il concreto atteggiarsi della situazione giuridica soggettiva che si assuma (ovvero si contesti) costituire l'oggetto della convenzione arbitrale). In senso critico rispetto ad un inquadramento della questione in schemi rigidi e predeterminati v. anche L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 818 ter c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario alle riforme*, cit., 674 ss.; R. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, cit., 142; A. ATTERITANO, voce *Arbitrato estero*, in *Dig. civ. Aggiornamento*, 3, Torino 2007, 88.

⁷²² La giurisprudenza di legittimità graniticamente afferma che le c.d. eccezioni in senso stretto (o proprio), rilevabili esclusivamente ad istanza di parte, si identificano o in quelle per le quali la legge espressamente riserva il potere di rilevazione esclusivamente alla parte, ovvero in quelle nelle quali il fatto integratore dell'eccezione corrisponde all'esercizio di un diritto potestativo azionabile in giudizio da parte del titolare e quindi, per svolgere l'efficacia modificativa, impeditiva od estintiva di un rapporto giuridico, presuppone il necessario tramite di una manifestazione di volontà, posta in essere dallo stesso soggetto titolare del predetto diritto potestativo (da sola o realizzabile attraverso un accertamento giudiziale in corso di causa). In tal senso v. Cass. 5 agosto 2013, n. 1802.

non una mera difesa⁷²³, non limitandosi il convenuto a contestare la fondatezza della pretesa attorea, rimanendo nei limiti della domanda e dell'oggetto del processo così come fissati dall'attore. L'eccepiente, infatti, chiede di provare circostanze fattuali diverse (l'esistenza, validità ed efficacia di una convenzione arbitrale) al fine di contrastare e/o paralizzare la domanda attorea. In questo caso l'oggetto del processo, come originariamente introdotto, subirà un inevitabile allargamento, anche se solo in prospettiva di ottenere il rigetto della domanda attorea.

Proprio per il fatto che un'eccezione in senso stretto risponde e soddisfa un interesse eminentemente privatistico, dalla riconduzione dell'*exceptio compromissi* a tale categoria discende che la stessa sia inevitabilmente soggetta a specifici limiti temporali per la relativa proposizione (cui corrisponde la sanzione, per la parte negligente, della decadenza, esonerando il giudice dall'esaminarla senza incorrere in un eventuale violazione dell'art. 112 c.p.c.)⁷²⁴.

Dall'altro lato, difficilmente contestabile è anche il fatto che il convenuto, con l'eccezione di patto arbitrale (come, specularmente, con quella di carenza di *potestas iudicandi* dell'arbitro sollevata in sede arbitrale), attraverso la deduzione di un fatto (il patto arbitrale) impeditivo rispetto al diritto di azione in giudizio attivato dall'attore (e, specularmente, in sede arbitrale, attraverso la deduzione di un fatto – l'inesistenza, invalidità o inefficacia del patto arbitrale – impeditivo del diritto di azione in arbitrato attivato dall'attore), miri unicamente, contestando la *potestas iudicandi* dell'organo adito, a paralizzare la procedibilità, nella sede scelta dall'attore, di quel particolare giudizio, senza in alcun modo investire la questione della fondatezza, o meno, della causa nel merito. Si tratta, in altri termini, di una condotta che si esaurisce sul piano processuale, finalizzata alla contestazione della *potestas iudicandi* dell'organo adito e all'individuazione dell'organo fornito della

⁷²³ Che si ha ogniqualvolta il convenuto, evocato in giudizio per contraddire sulla pretesa attorea, si limiti a contestarne la fondatezza (rimanendo in tal caso nei limiti della domanda e dell'oggetto definiti dall'attore). Le mere difese non allargano il novero dei fatti, acquisiti al processo, dotati di giuridica rilevanza ai fini della decisione ma, risolvendosi in una contestazione di quelli che l'attore assume essere i fatti costitutivi della sua pretesa, onerano quest'ultimo a fornire la prova degli stessi: esse assumono, in sostanza, i contorni di una richiesta di accertamento negativo del diritto azionato dall'attore. Per parte della dottrina, le mere difese si ritengono integrate da qualsivoglia tipologia di contestazione che si fondi su circostanze di fatto entrate all'interno del processo: così G. COSTANTINO, in AA.VV., *Commentario alla l. 26 novembre 1990, n. 353. Provvedimenti urgenti per il processo civile*, in *Nuove leggi civ.*, Milano 1992, 87 ss. Sul tema v. P. BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*, cit., 80.

⁷²⁴ Per la dottrina, le eccezioni in senso proprio sono la manifestazione di un atteggiamento difensivo del convenuto che oppone alla pretesa attorea fatti che assumono valenza impeditiva, modificativa e/o estintiva della stessa, determinando un ampliamento dell'ambito della cognizione del giudice. V. A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 1994, 62 ss.; R. ORIANI, *Eccezione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino 1991, 262 ss.

stessa. Una recente presa di posizione delle Sezioni Unite conferma che quella di compromesso è senza dubbio una eccezione di rito e non di merito⁷²⁵.

Sotto il secondo profilo, il fatto che l'organo adito, sia esso il giudice statale o l'arbitro, per decidere della fondatezza o meno dell'eccezione proposta, e dunque della sussistenza o meno della propria *potestas iudicandi*, al fine di decidere se chiudere in rito il giudizio o proseguirlo nel merito, previa affermazione della sussistenza della propria "competenza", debba conoscere incidentalmente, o con cognizione piena, della esistenza, validità o efficacia del patto arbitrale, ossia di un negozio di diritto privato, non muta l'oggetto della cognizione e della conseguente decisione, che rimane *esclusivamente processuale*. Come rilevato da parte della dottrina, nel nostro ordinamento è fisiologico il fenomeno per cui il giudice statale, per conoscere e decidere di questioni processuali (ad esempio, la sussistenza o meno di presupposti processuali), debba svolgere analisi su questioni fattuali aventi carattere o natura sostanziali. Il coinvolgimento di tali profili non muta l'oggetto della cognizione e della conseguente decisione, che rimane *esclusivamente processuale*⁷²⁶.

⁷²⁵ V. in tal senso, da ultimo, Cass. S.U. 18 novembre 2016, n. 23463, in *Foro it.* 2018, 2, I, 647, per la quale il qualificare una questione in termini di rito, ovvero di merito, rappresenta diretta conseguenza delle differenti funzioni che una data questione è suscettibile di svolgere all'interno di un medesimo giudizio.

⁷²⁶ In conformità a quanto esposto nel testo v. Cass. 6 novembre 2017, n. 26300, per la quale l'indagine sulla comune intenzione delle parti, e quindi il controllo e l'interpretazione della convenzione arbitrale, va qualificata come "fatto processuale" e valutata in termini procedurali. In tal senso v. anche A. ANIELLO, *Alcune rilevanti questioni in tema di arbitrato: i profili dell'exceptio compromissi e la sottile linea tra un oggetto del processo disponibile e non disponibile*, in *Riv. arb.* 2018, 707 ss., per il quale sarebbe indubbio che la convenzione arbitrale, pur trovando la propria fonte sul piano sostanziale, e segnatamente nell'autonomia privata, agisca contestualmente sul terreno processuale, *in procedendo*, in quanto determina l'organo legittimato a pronunciarsi sulla lite. Da tale inquadramento discende che, diversamente da quanto sostenuto dalla giurisprudenza nel periodo successivo alla svolta "negozialista" delle Sezioni Unite del 2000, la convenzione arbitrale, nella misura in cui realizza uno dei presupposti processuali necessari per la decisione di merito, opera inevitabilmente in rito, non limitandosi ad integrare una questione meramente sostanziale o contrattuale. In tal senso v. anche Cass. 14 gennaio 2016, n. 3481, per la quale il vizio riferibile ai limiti oggettivi e soggettivi della clausola arbitrale sarebbe: "(...) di natura processuale (...) da cui il potere di procedere all'apprezzamento diretto del fatto processuale". Aderisce all'impostazione adottata da tale decisione M. GRADI, *Cognizione sulla "potestas iudicandi" degli arbitri nelle fasi di impugnazione del lodo arbitrale*, in *Giur. it.* 2016, 7, 1695 ss., per il quale, quale che sia l'inquadramento concettuale prescelto (contrattualistico, negoziale, giurisdizionale), la convenzione di arbitrato integrerebbe in ogni caso un: "(...) 'contratto ad effetti processuali' e (...) l'erronea valutazione da parte degli arbitri della sua portata oggettiva determin[erebbe] (...) un 'vizio del procedere', tale da determinare, per espressa previsione di legge, la nullità del lodo arbitrale ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 4 c.p.c." In tal senso, in dottrina, v. anche F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.* 2005, 791.

Ne segue che la questione oggetto dell'indagine svolta dall'arbitro e dal giudice statale sulla comune intenzione delle parti in relazione alla stipula della convenzione arbitrale va qualificata come "fatto processuale"; eventuali loro errori nel valutare l'esistenza, validità o efficacia di un patto arbitrale concretano non un errore di giudizio (o *error in iudicando*), ma un vizio di attività (o *error in procedendo*), pienamente sindacabile, ai sensi dell'art. 360, nn. 4 e 5, c.p.c., anche dal giudice di legittimità, la cui cognizione (fortemente attenuata in ordine al "fatto sostanziale"), non soffre limitazione alcuna rispetto al "fatto processuale"⁷²⁷.

Ciò detto, allo stato numerose questioni rimangono tutt'ora aperte. Si pensi al tema della natura e modalità della cognizione (solo *incidenter tantum* o con efficacia piena), da parte dell'organo adito con una domanda nel merito, sulla questione dell'esistenza, validità o efficacia del patto arbitrale; oppure alla questione dell'individuazione del rimedio impugnatorio (nessuna impugnazione, impugnazione per nullità del lodo o regolamento di competenza) avverso il lodo che abbia pronunciato, solo o anche, sulla *potestas iudicandi* dell'arbitro; oppure ancora alla questione dell'efficacia (solo endoprocessuale o anche extraprocessuale) della pronuncia sulla *potestas iudicandi* arbitrale.

Su tutti questi profili ritorneremo in parte nel secondo capitolo e, soprattutto, nel quinto capitolo, nell'ambito della nostra proposta ricostruttiva.

⁷²⁷ V., *ex multis*, Cass. 8 giugno 2015, n. 11797 che, sulla scia di Cass. S.U. 22 maggio 2012, n. 8077, ha statuito che: "(...) costituisce principio consolidato quello secondo il quale, in caso di denuncia di *errores in procedendo* del giudice di merito, la Corte di cassazione è anche giudice del fatto (inteso come fatto processuale) ed è perciò investita del potere di procedere direttamente all'esame ed alla valutazione degli atti del processo di merito". In tal senso v. anche Cass. 17 giugno 2009, n. 14098; Cass. 12 maggio 2006, n. 11039; Cass. 24 novembre 2005, n. 24817.

CAPITOLO 2

IL PROBLEMA DEI CONFLITTI (POSITIVI E NEGATIVI) DI *POTESTAS IUDICANDI* TRA ARBITRATO E GIURISDIZIONE STATALE NELL'ORDINAMENTO ITALIANO. LE SOLUZIONI ELABORATE NEL REGIME PRE-RIFORMA 2006

SOMMARIO: Introduzione. – *Sezione Prima. Il sistema delle “vie parallele” quale orientamento dominante nel regime pre-2006.* – 1. Premessa. – 2. L'assenza di norme specifiche disciplinanti il tema dei conflitti arbitro-giudice nei codici del 1865 e del 1940 e la tendenziale ininfluenza, sulla primazia del sistema delle “vie parallele”, delle diverse teorie sulla natura giuridica del fenomeno arbitrale e sull'inquadramento teorico dei suoi rapporti con l'autorità giudiziaria. – 3. “Vie parallele” e tesi della giurisdizionalizzazione *ex post*. – 4. La persistente prevalenza del sistema delle “vie parallele” anche a seguito della novella del 1983 e della riforma del 1994. – 5. “Vie parallele” e “svolta negoziale” delle Sezioni Unite (pronuncia n. 527 del 2000). – 6. I principi salienti del sistema delle “vie parallele” tradizionalmente inteso. – 6.1. Il principio *Kompetenz Kompetenz* come principio regolatore dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale e i conflitti (negativi e positivi) di competenza. – 6.2. L'inapplicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, dell'istituto della litispendenza. – 6.3. L'inapplicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, dell'istituto della *translatio iudicii*. – 6.4. La non vincolatività, nei confronti dell'arbitro, della decisione della Cassazione regolatrice della ‘competenza’ e l'assenza, nei rapporti *orizzontali* arbitro-giudice, di un vincolo reciproco alla rispettiva decisione sulla ‘competenza’. – 6.5. La non impugnabilità, mediante il regolamento di competenza, del lodo, affermativo o declinatorio della ‘competenza’ degli arbitri. – 6.6. Il *conflitto negativo di competenza* e i suoi effetti, tra perdita degli effetti sostanziali e processuali della domanda e diniego di giustizia. – 6.7. Il *conflitto positivo di competenza* e i suoi effetti, tra parallelismo di procedure e conflitto di giudicati. – 7. La giurisprudenza arbitrale e il sistema delle “vie parallele”. – *Sezione Seconda. La tesi della c.d. “litispendenza unilaterale” o “zoppa”.* – 8. Introduzione. – 9. Le decisioni della Suprema Corte nei casi *Montedison* (1996) e *Mascheroni* (1997). – 10. I punti salienti della tesi della “litispendenza unilaterale”. La critica alla tesi delle “vie parallele” e la necessità di una soluzione *ad hoc* per il caso di previa costituzione del collegio arbitrale. – 11. Le principali aporie ricostruttive della soluzione adottata dalla Suprema Corte nei casi *Montedison* e *Mascheroni*. – 12. L'andamento ondivago della giurisprudenza immediatamente successiva alle decisioni della Suprema Corte nei casi *Montedison* e *Mascheroni*. – *Sezione Terza. La tesi dell'applicabilità analogica, ai rapporti arbitro-giudice, dell'istituto della litispendenza.* – 13. Introduzione. – 14. Le ragioni in favore di un'applicabilità in via analogica dell'istituto della litispendenza: la riforma del 1994 e le modifiche apportate alla fase introduttiva del procedimento arbitrale, con la configurabilità di una vera e propria “domanda di arbitrato”. – 15. ... segue: l'asserita pacifica equiparazione, *quoad effectum*, del lodo arbitrale alla sentenza del giudice ordinario. – 16. ... segue: la critica

alla tesi della risoluzione della questione di litispendenza in una questione di competenza. – 17. ... segue: l'asserita infondatezza del rischio di "paralizzare" l'arbitrato e i rimedi contro i possibili abusi. – 18. ... segue: l'asserita irrilevanza dell'ostacolo derivante dalla necessità di qualificare gli arbitri come giudici statali. – 18.1. ... nel contesto della tesi in favore dell'applicabilità analogica del regime *ex art.* 39 c.p.c. – 18.2. ... nel contesto della tesi in favore dell'applicabilità analogica del regime *ex art.* 7, l. n. 218 del 1995 c.p.c. – *Sezione Quarta. Alcune ricostruzioni minori. La litispendenza tra procedimenti arbitrari.* – 19. Introduzione. – 20. La risoluzione dei conflitti arbitro-giudice alla luce della tesi dell'*exceptio compromissi* come carenza di interesse ad agire. – 21. L'estensione analogica della normativa sulla connessione; il ricorso all'art. 700 c.p.c.; la valutazione discrezionale caso per caso. – 22. La litispendenza tra procedimenti arbitrari.

Introduzione

È opinione largamente maggioritaria, sia in dottrina che in giurisprudenza, che il legislatore della riforma del 2006, per quanto attiene alla disciplina dei conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale, abbia codificato, in particolare attraverso l'introduzione del combinato disposto degli artt. 817 e 819 *ter* c.p.c., il c.d. sistema delle "vie parallele" (orientamento assolutamente dominante, come vedremo in questa Sezione, nel regime normativo pre-riforma), in forza del quale la natura tendenzialmente *esclusiva* del patto arbitrale non osta al fatto che la medesima causa, deferita in arbitrato, venga altresì dedotta, contestualmente o successivamente, dinanzi al giudice statale, da una delle parti (che può essere lo stesso attore in arbitrato, oppure il soggetto ivi convenuto, che agisca in giudizio in accertamento negativo in relazione al medesimo rapporto giuridico già dedotto in arbitrato), originando così due procedure parallele, una in sede arbitrale, l'altra in sede giudiziale¹.

¹ V., in particolare, il terzo capitolo. Anticipiamo qui alcune statuizioni degli autori espressi in tal senso con riferimento al regime che governa i rapporti arbitro-giudice a seguito della riforma del 2006. Per M. BOVE, *La giustizia privata*, Milano 2018, 74 ss., ad esempio: "(...) il nostro ordinamento non prevede alcun favore per una previa decisione dell'arbitro sulla propria competenza, come invece avviene nel sistema francese *competence competence* (...). Il nostro legislatore, invece, non prevedendo nulla a tale riguardo, finisce per ispirarsi al modello tedesco delle c.d. vie parallele (...), in virtù del quale i rapporti tra giustizia privata e giurisdizione pubblica non trovano un coordinamento preventivo, né a causa dell'eccezione di litispendenza, né per la disciplina dell'eccezione di patto compromissorio, dovendo il giudice statale, di fronte al quale è sollevata detta eccezione, sempre accertare con cognizione piena la valida esistenza del contratto con cui le parti abbiano in ipotesi scelto la via arbitrale"; C. DELLE DONNE, *Sub art. 819 ter* c.p.c., in P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (a cura di), *Commento del codice di procedura civile*, VII, Tomo quarto, Milano 2014, 585, per la quale la disposizione del comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c., riprendendo *in parte qua* il disposto del precedente art. 819 *bis* c.p.c., avrebbe: "(...) consacrato il

In virtù dell'operatività del principio *Kompetenz Kompetenz*, infatti, sia il giudice sia l'arbitro sono legittimati a valutare autonomamente e separatamente la questione della esistenza, validità ed efficacia della convenzione arbitrale, indipendentemente dal fatto che la medesima causa penda dinanzi all'altro organo, non operando, nei rapporti tra arbitri e giudici statali, l'istituto della litispendenza basato sul criterio della prevenzione.

La questione di *litispendenza*, in altri termini, anche nel contesto normativo introdotto dalla riforma del 2006, così come nel contesto pre-riforma, sembra doversi risolvere in una *questione di competenza*, che l'arbitro e il giudice statale sarebbero legittimati a valutare e decidere in piena autonomia.

Il sistema delle "vie parallele" implica che, in assenza di meccanismi di coordinamento preventivo (*a monte*) tra i due giudizi (quale potrebbero essere il criterio della prevenzione su cui si basa l'istituto della litispendenza, o l'effetto *negativo* del principio *Kompetenz Kompetenz*, adottato, ad esempio, dall'ordinamento francese², o clausole di attribuzione esclusiva della *potestas iudicandi* all'arbitro, analoghe alle *Kompetenz Kompetenz Klauseln*, ammesse in passato nell'ordinamento tedesco³, o alle tutt'ora frequenti pattuizioni riconosciute dall'ordinamento statunitense⁴), tende a risolversi solo *a valle*, nel momento cioè in cui una decisione di merito, pronunciata in uno dei due giudizi e passata in giudicato, possa essere spesa nell'altro, al fine di provocarne il definitivo arresto.

Anche in tale fase *a valle*, tuttavia, l'arbitrato, potrebbe risultare penalizzato.

Da un lato, infatti, è bensì vero che un lodo, divenuto definitivo verosimilmente in tempi più rapidi rispetto alla sentenza che verrà pronunciata nel giudizio statale parallelamente pendente, può essere invocato nel giudizio statale ed ivi speso per impedirne la prosecuzione; tuttavia può sempre accadere che la parte interessata ad avvalersene rimanga contumace nel giudizio statale (non potendo dunque allegarlo o produrlo nel corso del giudizio) o, in ogni caso, che il giudice statale ritenga, per qualsivoglia motivo, di non accogliere l'*exceptio rei iudicatae*, con valutazione suscettibile di essere confermata in sede di impugnazione.

Dall'altro lato, esiste bensì una norma (l'art. 829, comma 1, n. 8, c.p.c.) che

principio di vie parallele"; P.L. NELA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna 2007, 1811, per il quale il regime dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale: "(...) risponde ora al c.d. principio delle "vie parallele": giudizio arbitrale e processo giudiziario, quand'anche relativi alla medesima causa, procedono in linea di massima indifferenti l'uno all'altro, o quantomeno senza che l'autorità giudiziaria possa bloccare il giudizio arbitrale, ravvisando l'insussistenza delle condizioni perché la causa sia affidata agli arbitri".

² Su cui v. *supra* il primo capitolo, al par. 2 e il quarto capitolo alla sezione terza.

³ Su cui v. *supra* il primo capitolo, al par. 2 e il quarto capitolo alla sezione prima.

⁴ Su cui ci permettiamo di rinviare a A. HENKE, *Il diritto americano e l'incerto fondamento del principio Kompetenz-Kompetenz in materia di arbitrato*, in *Dir. comm. int.* 2011, 647 ss.

prevede l'*impugnabilità del lodo per contrasto* (oltre che con un lodo non più impugnabile, altresì) *con una sentenza del giudice statale passata in giudicato* sulla medesima causa); manca, tuttavia, una norma corrispondente che sancisca l'impugnabilità di una sentenza statale *per contrasto con un precedente lodo passato in giudicato* sulla medesima causa nel caso in cui essa non abbia pronunciato sulla relativa eccezione (dal momento che, nell'art. 395, comma 1, n. 5, c.p.c., la contrarietà di una sentenza – legittimante l'accoglimento della domanda di revocazione ordinaria ai sensi della norma – è riferita unicamente "*ad altra precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata*", non, invece, ad un lodo definitivo).

In tali casi si corre il concreto rischio di avere *due giudicati sulla medesima causa*, con prevalenza, secondo l'orientamento maggioritario in dottrina e in giurisprudenza, *di quello formatosi per secondo*⁵. Una soluzione che tende inevitabilmente a favorire il processo statale, in ragione della sua fisiologica maggior durata rispetto a quello arbitrale.

D'altra parte, nel caso in cui il giudizio statale, instaurato molto prima di quello arbitrale, pervenga in tempi ragionevolmente rapidi ad una decisione definitiva (in conseguenza, ad esempio, della mancata impugnazione della sentenza di primo grado), questa potrebbe essere spesa nell'ambito del giudizio arbitrale, al fine di paralizzarne la prosecuzione o, in alternativa, in sede di impugnazione, per censurare, ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 8, c.p.c., la contrarietà, con essa, del lodo ciononostante emesso⁶.

Questo, in estrema sintesi, il sistema delle "vie parallele", che, come detto, secondo l'opinione che prevale in dottrina e in giurisprudenza, sarebbe stato riproposto (anzi, espressamente codificato) dal legislatore della riforma. Quest'ultima ha bensì apportato rilevanti novità alla disciplina dell'arbitrato, anche in relazione alla specifica tematica dei conflitti tra arbitrato e giurisdizione; ciò che, in uno con la sancita equiparazione degli effetti del lodo a quelli della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, ha in parte inciso sulla situazione *a valle* dei rapporti arbitro-giudice (sotto il profilo di un regime sostanzialmente "più efficiente" quanto alla spendita del lodo e della sentenza definitivi, rispettivamente, nell'ambito di un giudizio statale e di una procedura arbitrale, nonché sotto quello della impugnabilità delle rispettive decisioni per contrarietà a quella, già definitiva, resa *dall'altro organo*).

Tuttavia, non è mutata la situazione *a monte*, con il possibile incardinamento di due distinte procedure (rispettivamente, arbitrale e giudiziale) sulla medesima

⁵ Sul punto v. il terzo capitolo, al par. 8, e, *ex multis*, G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 3ª ed., Torino 2010, 175; G.F. RICCI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato. Commento al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile (artt. 806 – 840)*, 2ª ed., Bologna 2007, 512; S. MENCHINI, *Impugnazione del lodo «rituale»*, in *Riv. arb.* 2005, 853.

⁶ Su tali aspetti ritorneremo più volte nel corso della trattazione.

causa, e il conseguente parallelismo di giudizi, indipendentemente l'uno dall'altro.

Da questo punto di vista, l'istituto della domanda autonoma di mero accertamento della invalidità e inefficacia della convenzione arbitrale, introdotto dalla riforma all'art. 819 *ter*, comma 3, c.p.c., nonostante la sua indubbia rilevanza sotto il profilo teorico-sistematico (in particolare per quanto attiene all'inquadramento e qualificazione giuridici della questione dedotta in quel giudizio), non sembra poter svolgere un efficace ruolo di coordinamento preventivo dei conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale, in considerazione dei tempi verosimilmente molto lunghi per pervenire ad una statuizione incontrovertibile del giudice statale sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale.

D'altra parte, l'estensione del meccanismo della trasmigrazione della causa tra arbitrato e giurisdizione statale *anche al rapporto arbitri-giudici statali*, sancita dalla decisione della Corte costituzionale n. 223 del 2013⁷, ha lasciato aperta tutta una serie di rilevanti questioni, di natura sia teorica che pratico-applicativa e non ha affatto risolto il problema del *conflitto negativo di competenza*, che si verifica ogniqualvolta, in base ad una divergente valutazione circa la questione della esistenza, validità ed efficacia della convenzione arbitrale, ad una declinatoria di "competenza" pronunciata dall'organo *a quo* faccia seguito una seconda declinatoria pronunciata dall'organo *ad quem* -. La decisione della Corte non ha infatti affrontato la questione cruciale dell'efficacia reciproca della statuizione sulla *potestas iudicandi* arbitrale pronunciata, rispettivamente, dal giudice o dell'arbitro, che continua dunque ad essere regolata dai principi *Kompetenz Kompetenz* e della reciproca autonomia ed indifferenza delle rispettive valutazioni, esponendo le parti, ora come in passato, al rischio di un diniego di giustizia (nel caso in cui, appunto, ad un prima declinatoria, ne segua una seconda).

Che questo sia a tutt'oggi, anche dopo la riforma del 2006, il sistema applicabile ai rapporti arbitro-giudice viene fatto discendere dal dato testuale di cui agli artt. 817, commi 1 e 2, c.p.c. e 819 *ter*, comma 1, c.p.c., che in effetti contengono delle disposizioni non agevolmente aggirabili nel senso indicato.

Da un lato, il combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 817 c.p.c. prevede che gli arbitri *decidano sulla propria competenza* (e dunque sulla esistenza, validità, contenuto o ampiezza della convenzione d'arbitrato, nonché sulla loro regolare costituzione), sia quando questa sia contestata nel corso dell'arbitrato, sia quando i loro poteri siano contestati *in qualsiasi sede* per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento. Dall'altro, il comma 1 dell'art. 819 *ter*, comma 1, c.p.c. statuisce che la competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice, né dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice.

⁷ Su cui v. il terzo capitolo, al par. 4.

D'altra parte, il comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c., che contempla la proposizione di un'azione giudiziale di mero accertamento sulla *potestas iudicandi* arbitrale, sembra bensì richiamare l'operatività di un meccanismo alternativo a quello del sistema delle "vie parallele" (la c.d. litispendenza "zoppa" o "a senso unico"), nella misura in cui ne impedisce la proposizione nel caso in cui *già penda* un giudizio arbitrale. Tuttavia la fattispecie considerata dalla norma non riguarda il caso della deduzione, dinanzi al giudice statale e in arbitrato, *della medesima causa*, bensì quello della proposizione, dinanzi al primo, di una domanda di mero accertamento, il cui oggetto (l'invalidità o l'inefficacia della convenzione arbitrale) – oltre a non essere deducibile autonomamente in sede arbitrale – è comunque *diverso*, quanto al *petitum* e alla *causa petendi*, da quello deducibile, in un momento successivo, in arbitrato.

Vedremo in realtà, nel corso della trattazione (in particolare nel terzo e quinto capitolo), che il combinato disposto di cui agli artt. 817 e 819 *ter* c.p.c. non è del tutto esente da ambiguità e che non mancano ricostruzioni divergenti, che in qualche modo mettono in dubbio l'attuale vigenza del sistema delle "vie parallele". Prima però di analizzare in dettaglio il combinato disposto delle due norme, alla luce anche del loro rapporto con altre rilevanti disposizioni introdotte o modificate dalla riforma del 2006 (tra cui, *in primis*, l'art. 829 c.p.c.), nonché delle posizioni della dottrina e della giurisprudenza su tutti i profili teorici e pratico-applicativi più rilevanti, è opportuno procedere ad una retrospettiva storica. Il fine è far emergere le ragioni tradizionalmente invocate da dottrina e giurisprudenza a fondamento del sistema delle "vie parallele" (alla luce anche delle diverse ricostruzioni teoriche sulla natura giuridica del fenomeno arbitrale e degli effetti del lodo), le problematiche applicative cui detto sistema dava luogo, nonché le critiche avanzate *sub Julio* da una parte della dottrina che, in ragione del vuoto normativo che caratterizzava i codici di rito allora in vigore (sia quello del 1865, che quello del 1940, anche dopo la novella del 1983 e la riforma del 1994), aveva elaborato soluzioni alternative, la cui applicabilità ai rapporti arbitro-giudice nel contesto normativo attuale non è *a priori* da escludere.

SEZIONE PRIMA

IL SISTEMA DELLE “VIE PARALLELE” QUALE ORIENTAMENTO DOMINANTE NEL REGIME PRE-2006

1. *Premessa*

Sia nel vigore del codice del 1940, sia a seguito della novella del 1983⁸ e della riforma del 1994⁹, l'orientamento assolutamente dominante, sia in dottrina¹⁰ sia, soprattutto, in giurisprudenza¹¹, era nel senso dell'inapplicabilità dell'istituto del-

⁸ V. l. 9 febbraio 1983, n. 28 – *Modificazioni alla disciplina dell'arbitrato*, in *Gazz. Uff., Serie Generale*, n. 44 del 15 febbraio 1983.

⁹ V. l. 5 gennaio 1994, n. 25 – *Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale*, in *Gazz. Uff., Serie Generale*, n. 12 del 17 gennaio 1994.

¹⁰ V., in tal senso, E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino 1997, 43; F.P. LUISSO, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, in *Riv. arb.* 1997, 522 ss.; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino 2004, 88; ID. (a cura di), *Diritto dell'arbitrato*, Torino 2005, 30; F. DANOVI, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova 1999, 401 ss.; E.F. RICCI, *L'arbitro di fronte alla litispendenza giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 500 ss.; S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano 2004, 55 ss.; G.F. RICCI, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, Bologna 2001, 365; D. GIACOBBE, E. D'ALESSANDRO, *L'arbitrato*, Milano 1999, 140; M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato (interno)*, 2, Padova 1994, 367. *Contra*, in senso (più o meno intensamente) favorevole all'applicabilità dell'istituto della litispendenza, v. S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, I, Napoli 2005, 293 ss.; A. BARLETTA, *Sulla previa pendenza tra processo ordinario e giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.* 2000, 570 ss.; C. CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino 1991, 191 ss.; M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, in *Riv. arb.* 1996, 232 ss.; F. LEPRI, *Arbitrato rituale, pendenza della stessa causa innanzi al giudice statale ed applicazione dell'art. 39, comma 1° c.p.c.*, in *Riv. arb.* 1996, 378 ss. In termini dubitativi F. CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato riformato*, in *Riv. arb.* 1994, 672 ss.

¹¹ Per la giurisprudenza nel vigore del codice di rito del 1942 v., *ex multis* (e per maggiori riferimenti *infra*, nel corso della trattazione) Cass. S.U. 4 aprile 1979, n. 1943, in *Mass. Foro it.* 1979, 421; Cass. 28 giugno 1970, n. 177, in *Mass. Foro it.* 1970, 67; Cass. 17 aprile 1968, n. 1143, in *Giust. civ.* 1968, I, 1892, nt. DI SALVO; Cass. S.U. 21 febbraio 1962, n. 348, in *Giust. civ.* 1962, I, 1067. Per la giurisprudenza favorevole al sistema delle “vie parallele” a seguito delle riforme del 1983 e del 1994 v., *ex multis*, Cass. 24 settembre 1996, n. 8407, in *Giust. civ. Mass.* 1996, 1303; Cass. 25 luglio 1997, n. 6950, in *Giust. civ.* 1998, I, 1, 476 ss.; Cass. 9 aprile 1998, n. 3676, in *Riv. arb.* 1998, 501, nt. M. BOVE. Isolata invece è stata la pronuncia (che S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo. Studio sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, Torino 2013, 250, definisce “stravagante”) App. Napoli 29 ottobre 1997, in *Riv. arb.* 1998, 505 ss., nt. critica di C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario (evoluzioni e problemi irrisolti)*, per la quale, sulla premessa dell'impossibilità di dichiarare la litispendenza, di rendere pronuncia declinatoria o di sospendere il procedimento, ed in ragione della necessità di evitare a priori il possibile conflitto tra la sentenza statale ed il lodo arbitrale, l'arbitro, in caso di preventivo ricorso al giudice statale, avrebbe dovuto dichiarare l'improcedibilità del procedimento incardinato di-

la litispendenza ai rapporti arbitro-giudice. Questo perché: “(...) *il primo e fondamentale effetto del compromesso e della clausola compromissoria: (...)*”, oltre a fondare la *potestas iudicandi* degli arbitri, si riteneva fosse di: “(...) *escludere la cognizione dell'autorità giudiziaria ordinaria sulle controversie devolute agli arbitri*”¹², conferendo a ciascuna parte, in caso di proposizione, ad opera dell'altra o delle altre, di una domanda giudiziale rientrante nell'ambito di applicazione di quella medesima pattuizione arbitrale, la facoltà di sollevare, *in limine litis*, un'*exceptio compromissi*, al fine di paralizzarne la procedibilità.

Specularmente, alla parte che contestava la percorribilità della via arbitrale, era sempre consentito sollevare l'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* degli arbitri, per imporre una chiusura in rito del relativo giudizio. “*L'estraneità della controversia all'oggetto dell'accordo compromissorio è dunque l'unico motivo, per il quale l'arbitro può e deve rifiutare l'esame del merito; mentre l'appartenenza della controversia all'oggetto dell'accordo compromissorio è l'unico motivo, per il quale l'esame del merito può essere rifiutato dall'autorità giudiziaria*”¹³.

Tale orientamento era condiviso dalla stragrande maggioranza della dottrina e della giurisprudenza, indipendentemente dall'adesione all'una o all'altra delle di-

nanzi ad esso. Anche la giurisprudenza della svolta “negozialista” di inizio millennio rigettava l'applicabilità analogica dell'istituto della litispendenza ai rapporti arbitro-giudice statale, dal momento che, avendo il lodo natura interamente negoziale e non giurisdizionale, non avrebbe potuto tecnicamente darsi luogo ad un contrasto tra giudicati, con la conseguente irrilevanza della contemporanea pendenza dei due giudizi, arbitrale e giudiziale, sulla medesima causa, che avrebbe trovato un componimento solo attraverso i principi e le regole tradizionalmente utilizzati per risolvere il contrasto tra giudicati sul medesimo oggetto: v., in tal senso, Cass. 3 agosto 2000, n. 527; Cass. 5 dicembre 2000, n. 1251, in *Riv. arb.* 2001, 175, nt. A. VILLA, *Note sul rapporto tra arbitrato e giurisdizione amministrativa e sulla distinzione tra arbitrato rituale e irrituale*; Cass. 30 agosto 2000, n. 11404, in *Giust. civ.* 2001, I 2185, nt. M. VITALE, *L'incertezza del diritto sulla sindacabilità della competenza arbitrale*; Cass. 13 dicembre 2001, n. 15753, in *Riv. arb.* 2003, 81 ss., nt. S. BALDI, *L'arbitrato irrituale e il potere di verifica degli arbitri in merito all'esistenza, validità e portata della clausola compromissoria*; Cass. 30 luglio 2004, n. 14557. Per la giurisprudenza arbitrale v., prima della riforma del 1994, Coll. arb. Lucca 30 novembre 1993, in *Riv. arb.* II, 1994, nt. R. MARENGO, *Conseguenze della omissione dell'exceptio compromissi*; Coll. arb. 25 gennaio 1990, in *A.g. o.o. p.p.* 1991, 555; Coll. arb. Roma 28 dicembre 1989, in *Riv. arb.* 1991, 353 ss., nt. C. SELVAGGI, *Invito ad ulteriore meditazione sull'assorbimento della competenza arbitrale per motivi di connessione*; Coll. arb. Roma 22 febbraio 1989, in *Riv. arb.* 1991, 41 nt. A. GIARDINA; Coll. arb. 6 giugno 1984, in *A.g. o.o. p.p.* 1985, 837. Dopo la riforma del 1994, v. Coll. arb. Roma 2 marzo 1996, in *Giust. civ.* 1997, I, 267, nt. R. VACCARELLA e in *Riv. arb.* 1996, II, 353, nt. F. LEPRI, *Arbitrato rituale, pendenza della stessa causa*, cit.; Coll. arb. Bergamo 20 luglio 1995, in *Riv. arb.* 1996, II, 375, nt. F. LEPRI.

¹²E. REDENTI, *Compromesso*, in *Nuovo Dig. It.*, XVI, Torino 1938, 505.

¹³E.F. RICCI, W. RUOSI, *Commento all'art. 11 (819-bis c.p.c.)*, in G. TARZIA, E.F. RICCI, R. LUZZATTO (a cura di), *Legge 5 gennaio 1994, n. 25. Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale*, in *Le Nuove Leggi civili commentate*, Padova 1995, 516.

verse teorie via via elaborate sulla natura giuridica dell'arbitrato – *tesi privatistica, tesi contrattualistica, tesi giurisdizionalista*¹⁴ – e, a cascata, sulla qualificazione giuridica dell'eccezione di patto arbitrale dinanzi al giudice statale.

Condizione per la produzione dei loro naturali effetti, era però che il compromesso e la clausola compromissoria fossero *esistenti, validi ed efficaci*. In base al principio *Kompetenz Kompetenz*, secondo cui ogni giudice è, prima di tutto, giudice della propria competenza, ritenuto tradizionalmente applicabile sia al giudice statale che all'arbitro¹⁵, ciascuno dei due organi dinanzi ai quali venisse sollevata l'eccezione di carenza di *potestas iudicandi*, in ragione dell'esistenza (o, viceversa, dell'inesistenza di un valido patto arbitrale) era dunque legittimato a valutare, in piena autonomia, *ed indipendentemente dalla valutazione svolta (in precedenza o contestualmente) dall'altro organo*, la questione della esistenza, validità ed efficacia del patto arbitrale.

In presenza di una convenzione arbitrale, in altri termini, l'unico motivo per cui il giudice statale o l'arbitro dovevano declinare la propria competenza (al netto dell'esistenza di altri impedimenti processuali) risiedeva in una valutazione, rispettivamente, *positiva e negativa*, circa l'esistenza, validità ed efficacia di quella convenzione; mentre l'unico motivo per cui entrambi gli organi potevano proseguire con la trattazione del merito risiedeva in una valutazione, rispettivamente, *negativa e positiva*, circa quella medesima questione, indipendentemente dal fatto che fosse contestualmente pendente l'altro giudizio.

Tale impostazione dava luogo al c.d. sistema delle “vie parallele”¹⁶.

Nel caso in cui sia l'arbitro, sia il giudice ritenessero di essere competenti a decidere sulla causa, tale sistema originava un *conflitto positivo di competenza*, con la conseguente pendenza parallela di due procedimenti sulla stessa causa, essendo la pendenza dell'uno *assolutamente irrilevante* per la procedibilità dell'altro. In mancanza di strumenti *preventivi* di coordinamento e di risoluzione del conflitto, tutto veniva dunque rinviato ad una fase successiva alla pronuncia delle rispettive decisioni sul merito della lite.

In prima battuta, alla spendita, in un giudizio, della decisione di merito pronunciata nell'altro e divenuta definitiva.

¹⁴ Su cui v. l'ampio studio di G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano e comparato*, Napoli 2012, nonché i riferimenti che si faranno *infra*, nel testo.

¹⁵ Sul principio *Kompetenz Kompetenz* v., in particolare, *infra*, il par. 6.1.

¹⁶ V., in particolare, Cass. S.U. 9 maggio 1956, n. 1505, in *Giust. civ.* 1956, I, 818, nt. L. MARMO, *Recenti orientamenti della dottrina e della giurisprudenza sulla natura giuridica dell'arbitrato*; in *Rep. Foro it.* 1956, voce *Diritti promiscui*, n. 47; Cass. 17 aprile 1968 n. 1143, in *Giust. civ.* II, 1968, 1892 e in *Rep. Foro it.*, voce *Opere pubbliche*, n. 200; Cass. 28 gennaio 1970, n. 177, in *Mass. Foro it.* 1970; Cass. 4 aprile 1979, n. 1943, in *Mass. Foro it.* 1984, 421; Cass. 27 ottobre 1984, n. 5510, in *Mass. Foro it.* 1984, 1079.

In seconda battuta, alle fasi di impugnazione, in cui, da un lato, prima che le decisioni divenissero definitive, una delle due pronunce poteva essere eliminata tramite il rimedio impugnatorio esperibile (rispettivamente, l'impugnazione per nullità del lodo avverso il lodo di merito contenente una pronuncia affermativa della competenza o avverso un lodo declinatorio; il regolamento di competenza avverso una pronuncia del giudice statale affermativa o declinatoria della propria competenza in presenza di una convenzione arbitrale; l'appello avverso una decisione di merito del giudice statale, contenente altresì un'implicita o esplicita affermazione dell'insussistenza della *potestas iudicandi* arbitrale); dall'altro, al fine di invalidare una decisione confliggente con quella resa dall'altro organo e già passata in giudicato, potevano invocarsi alcune norme specifiche (rispettivamente, l'art. 829, comma 1, n. 8, c.p.c. avverso il lodo e, a seconda delle diverse ricostruzioni prospettate, l'art. 360, comma 1, nn. 3 o 4, c.p.c. avverso la sentenza).

In terza battuta, nel caso in cui la coesistenza o, peggio, il conflitto tra pronunce non venisse risolto attraverso il filtro dell'impugnazione, il mancato coordinamento non poteva che sfociare in due decisioni definitive ed incontrovertibili, il cui contrasto andava risolto in base ai principi generali in tema di conflitto fra giudicati nel tempo (accordando preferenza, secondo l'orientamento da sempre prevalente, a quello formatosi per secondo).

D'altra parte, il principio secondo cui, nei rapporti arbitro-giudice, la "litispendenza" *si risolveva sempre in una questione di competenza* (implicante la necessaria preliminare valutazione circa l'esistenza, validità o efficacia della convenzione arbitrale), che entrambi gli organi (arbitro e giudice), in base al principio *Kompetenz Kompetenz*, erano legittimati a valutare in piena autonomia, poteva dare luogo ad un *conflitto negativo di competenza*, allorquando entrambi pervenissero alla conclusione dell'insussistenza della propria *potestas iudicandi*.

Nel vuoto normativo delle legislazioni anteriori alla riforma del 2006, infatti, l'opinione di gran lunga maggioritaria in giurisprudenza, e altresì prevalente in dottrina, era nel senso che nei rapporti tra arbitrato e giurisdizione non si potesse applicare l'istituto della *translatio iudicii* (che da sempre rappresenta, nel nostro ordinamento, la *condicio sine qua non* per la salvezza degli effetti sostanziali e processuali prodotti da una domanda proposta ad un giudice poi dichiaratosi incompetente) e che né il giudice né l'arbitro fossero in alcun modo vincolati alla valutazione compiuta dall'altro organo in punto di *potestas iudicandi* dell'arbitro (o, detto altrimenti, di esistenza, validità ed efficacia della convenzione arbitrale). Parte attrice, dunque, correva il rischio, a seguito della declinatoria pronunciata dal giudice statale o dall'arbitro, di incorrere non solo nella perdita degli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda anteriormente proposta dinanzi all'organo poi dichiaratosi incompetente, ma altresì in un *diniego di giustizia*.

I presupposti teorici a fondamento di questo orientamento erano, da un lato,

la ritenuta non appartenenza degli arbitri e dei giudici statali al medesimo ordinamento giuridico, da cui veniva fatta discendere l'inapplicabilità, ai loro rapporti, non solo di quei meccanismi che, nei rapporti tra giudici statali, governano il rapporto tra procedure pendenti sulla medesima causa (tra i quali l'istituto della litispendenza *ex art. 39 c.p.c.*) o su cause connesse (tra i quali, ad esempio, l'istituto della sospensione *ex art. 295 c.p.c.*), ma, appunto, altresì dell'istituto della *translatio iudicii*. Dall'altro, l'inidoneità della decisione dell'arbitro e del giudice statale sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale ad esplicare una qualsivoglia efficacia extraprocessuale vincolante (assimilabile o meno alla *forza* – per qualità ed effetti – del giudicato sostanziale), nei confronti, rispettivamente, del giudice o dell'arbitro.

Tale inidoneità era ricollegata, da un lato, all'ossequio dovuto al principio *Kompetenz Kompetenz*, che attribuiva a ciascun giudice, arbitrale o statale che fosse, il potere di decidere autonomamente sui presupposti fondanti la propria *potestas iudicandi*, senza essere vincolato a decisioni che, su quella medesima questione, fossero state rese da altri organi; dall'altro, alla ritenuta inapplicabilità, ai rapporti giudice-arbitro, di regole corrispondenti agli artt. 44 ss. c.p.c. (che, nei rapporti tra giudici ordinari, assicurano l'efficacia extraprocessuale e vincolante della pronuncia declinatoria resa sulla questione di competenza, quantomeno di quella definita “debole”, del giudice adito); dall'altro ancora, alla ritenuta natura di *mero rito* dell'oggetto della decisione sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale pronunciata dal giudice statale o dall'arbitro, in ragione della generalmente condivisa riconduzione di detta questione alla categoria della “competenza”. Dalla non appartenenza del giudice e dell'arbitro al medesimo ordinamento giuridico veniva altresì fatta discendere la conseguenza per cui una decisione della Cassazione, emessa in sede di ricorso di cassazione o di regolamento di competenza, pur se in linea di principio idonea a vincolare *tutti i giudici dell'ordinamento* quanto alla statuizione sulla questione della competenza e all'individuazione del giudice fornito di competenza, *non fosse idonea ad esplicare alcun vincolo nei confronti degli arbitri*.

Tale sistema, che in più occasioni e in relazione a diversi profili era stato sottoposto a critica da una parte della dottrina¹⁷ (in particolare per il fatto che im-

¹⁷V., in particolare, *infra* la Sezione terza, parr. 13 ss., per la posizione degli autori favorevoli all'applicabilità, in via analogica, anche ai rapporti arbitro-giudice, dell'istituto della litispendenza. V. anche, per riferimenti alle posizioni critiche di dottrina e giurisprudenza al sistema delle “vie parallele”, M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, in *Riv. arb.* 1996, 239 ss.; D. BUONCRISTIANI, *Efficacia nel procedimento arbitrale della sentenza del giudice ordinario declinatoria della competenza a favore del collegio arbitrale*, in *Riv. arb.* 1992, IV, 748 ss.; C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario*, cit., 670 ss.; M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, nota a App. Napoli 29 settembre 1997, in *Riv. arb.* 1998, 501 ss.; ID., *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv.*

poneva alle parti di: “(...) sostenere uno o più estenuanti giudizi, arbitrari e/o ordinari, per accertare l'inesistenza di una convenzione arbitrale, a tutto scapito dell'economia processuale”¹⁸, era invece, come detto, graniticamente avallato dalla giurisprudenza maggioritaria, che nella centralità del principio *Kompetenz Kompetenz* aveva ravvisato lo strumento per governare il problema dell'allocazione della *potestas iudicandi* tra arbitro-giudice¹⁹.

2. *L'assenza di norme specifiche disciplinanti il tema dei conflitti arbitro-giudice nei codici del 1865 e del 1940 e la tendenziale ininfluenza, sulla primazia del sistema delle “vie parallele”, delle diverse teorie sulla natura giuridica del fenomeno arbitrale e sull'inquadramento teorico dei suoi rapporti con l'autorità giudiziaria*

Si è già avuto occasione di illustrare, nel primo capitolo, cui integralmente si rimanda²⁰, i tratti distintivi della legislazione in vigore ai tempi del codice di rito del 1865 e del 1940.

Nessuno dei due codici prevedeva alcuna norma che espressamente disciplinasse il tema dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale, fatta salva l'ipotesi, disciplinata dall'art. 817 c.p.c. (introdotta con il codice del 1940), dell'esorbitanza delle conclusioni di una parte dai limiti del patto arbitrale, rispetto alla quale era contemplata una decadenza, per la parte che non l'avesse eccepita nel corso del giudizio arbitrale, consistente nella preclusione della facoltà di impugnare, per questo motivo, il futuro lodo.

arb. 1999, 409 ss.; ID., *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.* 2007, 357 ss.; F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.* 2005, 773 ss. e in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, Milano 2006, 111 ss.; ID., *Ancora sui rapporti tra arbitri e giudice*, nt. a Cass. 7 aprile 1997, n. 3001, in *Riv. arb.* 1997, 524 ss.; R. VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale a giudicare della propria competenza*, nota a Cass. 8 luglio 1996, n. 6205, in *Riv. arb.* 1997, 329 ss.; ID., *Questioni di litispendenza e competenza nei rapporti tra arbitri e A.G.O.*, in *Giust. civ.* 1997, I, 269 ss.; D. GIACOBBE, *Questioni di litispendenza tra giudizio ordinario e giudizio arbitrale*, in *Giust. civ.* 1997, I, 2457.

¹⁸ CARBONE, *I ripensamenti sulla potestas iudicandi degli arbitri nel corso del procedimento arbitrale*, nota a Cass. 8 luglio 1996, n. 6205, in *Corr. giur.*, 1007 ss.

¹⁹ D. GIACOBBE, *Questioni di litispendenza*, cit., 2454, ad esempio, osservava che: “(...) problemi di litispendenza, in effetti, non sono astrattamente configurabili, atteso che la sussistenza di un patto compromissorio si risolve, davanti al giudice ordinario, nel potere attribuito alla parte di formulare l'eccezione di compromesso: davanti agli arbitri, invece, la questione si sostanzia in un'eccezione di competenza valutabile dagli arbitri stessi alla stregua delle altre domande proposte nel relativo procedimento”.

²⁰ V. il primo capitolo al par. 61 ss.

Un dato piuttosto sorprendente, che emerge dall'esame delle posizioni della dottrina che in passato si è occupata del tema dei conflitti tra arbitrato e giurisdizione statale, risiede nella *tendenzialmente generalizzata adesione* (salvo poche eccezioni²¹) al sistema delle "vie parallele", con una sostanziale convergenza di posizioni tra autori che, per altro verso, su altri e diversi profili attinenti al fenomeno arbitrale (dalla *vexata quaestio* della natura giuridica dell'arbitrato e degli effetti del lodo, alla qualificazione giuridica della convenzione arbitrale e della relativa eccezione²²), avevano sempre sostenuto tesi anche radicalmente divergenti.

Tale sorprendente omogeneità, nel tempo, tra le rispettive posizioni è infatti riscontrabile nonostante, da un lato, la mutevolezza dei "contesti culturali" di riferimento, non poco marcata, se sol si pensa che, mentre il codice del 1865²³ guardava favorevolmente all'istituto arbitrale²⁴, considerato quale mezzo che non ledeva in alcun modo l'interesse pubblico, in quanto: "(...) *ad esso si congiunge la piena libertà dell'individuo*"²⁵, il codice del 1940²⁶ era ispirato ad una concezione

²¹ Si pensi, ad esempio, ai fautori dell'applicabilità, anche ai rapporti arbitro-giudice, dell'istituto della litispendenza *ex art.* 39 c.p.c., fondata sul criterio della prevenzione, che discendeva per lo più da una concezione dell'attività svolta dagli arbitri in chiave *giurisdizionalista* e dalla convinzione, soprattutto dopo la riforma del 1994, dell'avvenuta equiparazione, almeno *quoad effectum*, tra lodo e sentenza statale.

²² Tali temi sono già stati affrontati nel primo capitolo (in particolare nella Sezione seconda), cui si rinvia.

²³ Sulla disciplina dell'arbitrato nell'ambito del codice del 1865 v. G. MONTELEONE, *Introduzione: il codice di procedura civile italiano del 1865*, in N. PICARDI, A. GIULIANI (a cura di), *Codice di procedura civile del Regno d'Italia 1865*, Milano 2004, VII ss.; M. AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, 2^a ed., Torino 1879, *passim*; N. PICARDI, *Il bicentenario del codice di procedura civile in Italia. Origine, evoluzione e crisi del monopolio statale della procedura*, in AA.VV., *Studi in onore di Modestino Acone*, I, Napoli 2010, 185 ss.; E. CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino 1915, *passim*. Per un'illustrazione della situazione normativa nell'ambito dei codici degli Stati italiani pre-unitari, v. G. MARANI, *Aspetti negoziali e aspetti processuali dell'arbitrato*, Torino 1966, *passim*; G. ASTUTI, *Gli ordinamenti giuridici degli Stati Sabaudi (estr. dalla Storia del Piemonte)*, Torino 1960, 555 ss.; A. ACQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano 1960, 3 ss.

²⁴ Ma v. l'opinione di F. CARNELUTTI, *Per una riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. comm.* 1923, I, 56, per il quale, al di là dei proclami dei *conditores*, l'istituto arbitrale, sottoposto ad una nutrita serie di controlli (tra cui una *querela nullitatis* di particolare ampiezza), era relegato: "(...) *al margine, ma non dentro il territorio processuale*". Per maggiori riferimenti v. S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 38 ss.

²⁵ V. la relazione al codice dello Stato unitario (*Relazione al progetto di codice di procedura civile del Regno d'Italia*, presentata dal ministro guardasigilli G. PISANELLI, il 26 novembre del 1863), ove l'arbitrato è visto come "*vestibolo dell'edificio processuale*", in quanto (secondo la *Relazione al progetto di codice di procedura civile*, tenuta dal ministro guardasigilli G. VACCA, nell'udienza del 25 novembre 1985) "*benefizio, circondato di serie e solide garanzie*". Le due relazioni possono leggersi in A. ACQUARONE, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Milano 1960, 239 ss. e 383 ss.

²⁶ Su cui v. C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, 2^a ed., III, Torino 2010, 235; S.

diametralmente opposta e rigidamente statualistica della giurisdizione, tendenzialmente ostile ad ogni forma di *risoluzione alternativa delle controversie*²⁷. Dall'altro, la divergenza delle disposizioni rilevanti e "di sistema" nel passaggio da una legislazione all'altra; se il codice del 1865 non distingueva tra lodo e sentenza arbitrale, prevedendo in ogni caso che la decisione degli arbitri perdesse efficacia se non depositata entro cinque giorni dalla sua pronuncia²⁸, il codice del 1940 aveva invece introdotto una norma apposita per distinguere tra "lodo" (i.e. la pronuncia degli arbitri *prima* dell'omologazione pretorile²⁹) e "sentenza arbitrale" (i.e. la pronuncia degli arbitri *dopo* detta omologazione³⁰), conseguente al fatto che l'omologazione pretorile non serviva solo a conferire al lodo l'efficacia esecutiva, ma altresì l'"*efficacia di sentenza*" (art. 825, comma 3, c.p.c.)³¹.

Insomma, la stragrande maggioranza degli autori, che appartenessero all'orientamento "privatistico" (o all'interno di questo, "contrattualistico") o all'orientamento "giurisdizionalista", convergeva sul fatto che i conflitti (*positivi e negativi*) di competenza tra arbitrato e giurisdizione statale andassero risolti in base ai principi e alle regole del sistema delle "vie parallele", con l'esclusione, in particolare,

SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano 1959-1962, 162 ss.; S. CHIARLONI, C. CONSOLO, *Passato e futuro del libro IV sui "procedimenti speciali"*, in *Giur. it.* 2006, 641 ss.; E. FAZZALARI, *Codice di procedura civile*, in *Noviss. Dig. It. App.*, I, Torino 1980, 1291.

²⁷ Osservava G. VERDE, *Arbitrato e giurisdizione*, in *L'arbitrato secondo la legge 28/1983*, Napoli 1985, che dalle novità legislative introdotte dal legislatore del 1940 emergeva l'intenzione di convogliare il fenomeno arbitrale nell'ambito della giurisdizione, in conformità: "(...) *all'intonazione complessiva di un ordinamento monolitico, nel quale lo Stato accentrava il monopolio della giustizia*".

²⁸ G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2ª ed. I, Napoli 1935, 77.

²⁹ Espressione utilizzata dagli allora vigenti artt. 820, 821, 823, 824, 825. V. per riferimenti, G. BONATO *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 15 ss.

³⁰ Espressione utilizzata dagli allora vigenti artt. 826, 827, 828, 829, 830, 831. V. per riferimenti G. BONATO, *op. cit.*, 15 ss. Evidente, anche in questa seconda innovazione (in aggiunta alla norma che attribuiva al lodo omologato "efficacia di sentenza"), l'intento del legislatore di ricondurre l'attività degli arbitri, ai fini dell'attribuzione ad essa della necessaria efficacia ed effettività, nell'alveo della giurisdizione statale, in conformità allo spirito dei tempi, improntato ad una diversa concezione del rapporto tra libertà individuale e potere dello Stato e al: "(...) rafforzamento del principio di autorità dello Stato [che] si proietta e si traduce necessariamente, nel processo, in un rafforzamento dell'autorità del giudice". Così la *Relazione alla Maestà del Re imperatore del Ministro Guardasigilli*, presentata nell'udienza del 28 ottobre 1940, n. 253, Parte I § 2, 4004.

³¹ A proposito dell'innovazione introdotta dal codice del 1940, osservava F. MAZZARELLA, *Arbitrato e processo. Premesse per uno studio sull'impugnazione del lodo*, Padova 1968, 62: "(...) la formula del 3° comma dell'art. 825 e le affermazioni della natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale stanno sul medesimo piano, sul piano cioè delle affermazioni ideologicamente orientate; se si vuole, si può dire che esse sono delle sovrastrutture, cioè delle razionalizzazioni *post factum* tendenti a rendere in termini normativi (...) uno stato di cose che trae la sua legittimazione fuori dalle norme. Che un lodo arbitrale equivalga, sotto un profilo del tutto generico, ad una sentenza del giudice statale discende, difatti, dalla natura stessa dell'arbitrato".

dell'applicazione di norme quali l'art. 39 c.p.c. e l'attribuzione al giudice e all'arbitro (in ossequio al principio *Kompetenz Kompetenz* e al principio secondo cui la *litispendenza* si risolveva in una questione di *competenza*) del potere di valutare in piena autonomia la questione della sussistenza della propria *potestas iudicandi* in presenza di una convenzione arbitrale. Non solo. Raramente le ragioni addotte a sostegno dell'adesione a detto sistema rimandavano alle diverse concezioni elaborate dagli autori sulla natura giuridica dell'arbitrato.

Solo sporadicamente, dalle posizioni di alcuni di essi emergeva un certo qual collegamento tra il fondamento – o uno dei fondamenti – della tesi delle “vie parallele” e la propria personale ricostruzione del fenomeno arbitrale. Secondo Schizzerotto, ad esempio: “(...) *stante la vista natura di giudice particolare del giudice arbitrale, l'ipotesi di litispendenza in senso proprio non può ricorrere*”³². Per Fazzalari: “(...) *in questo caso non si può far capo alla disciplina della “litispendenza”, di cui all'art. 39 c.p.c. del codice di rito, che riguarda soltanto il rapporto fra processi giurisdizionali (...). A ciò consegue che il rapporto de quo agitur (fra processo civile e arbitrato sulla stessa causa) è di possibile cumulo; con la conseguenza che soltanto la pronuncia – di giudice o di arbitro – che diventi definitiva per prima può farsi valere e dev'essere osservata nel processo ancora pendente*”³³.

3. “Vie parallele” e tesi della giurisdizionalizzazione *ex post*

Nel contesto normativo di cui al codice di rito del 1940, un peculiare filone interpretativo, noto come tesi della “giurisdizionalizzazione *ex post*”, invero non più riproposto dopo le riforme del 1983 e del 1994, in quanto privato, da queste, del suo principale fondamento teorico (ossia l'omologazione pretorile del lodo entro cinque giorni dalla sua pronuncia *come condizione per la sua stessa giuridica esistenza*), faceva discendere l'esclusione della configurabilità di una vera e propria *litispendenza* tra arbitrato e giurisdizione statale da un inquadramento teorico *sui generis* della natura giuridica dell'arbitrato.

A partire dalla metà degli anni '50 tale orientamento, pur se aspramente criticato dalla prevalente dottrina³⁴, era divenuto largamente maggioritario in giuri-

³² G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano 1988, 229; ID., *L'arbitrato rituale nella giurisprudenza*, Padova 1969, 194.

³³ E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., 43. Sulla stessa linea v. R. MARENGO, *Conseguenze della omissione dell'exceptio compromissi*, in *Riv. arb.* 1994, 345 ss., per il quale non sarebbe stato possibile: “(...) applicare la disciplina che l'art. 39 c.p.c. impone in caso di litispendenza, giacché essa riguarda soltanto le ipotesi d'identità tra processi giurisdizionali e non si applica all'arbitrato”.

³⁴ V., ad esempio, T. CARNACINI, M. VASETTI, *Arbitri*, in *Nuovo Dig. It.*, XVI, Torino 1937, 655; T. CARNACINI, *Arbitrato rituale*, in *Novissimo Dig. It.*, I, 1, Torino 1957, 879 ss.; G. TOM-

sprudenza³⁵ ed aveva in Redenti³⁶ il suo esponente più autorevole.

Secondo l'illustre autore, la cui ricostruzione teorica era un tentativo di fondere gli aspetti salienti della corrente "giurisdizionalista" e di quella "privatistica" (rappresentando uno sviluppo della nozione carneltuttiana *dell'organo e dell'atto complessi*), l'arbitrato nasceva bensì come *fenomeno privato*, ma era idoneo ad assumere, a seguito del conferimento alla decisione degli arbitri, una volta omologata, di un'autorità ed efficacia *iuris publici*, i caratteri pubblicistici della *giurisdizionalità*. Secondo questa impostazione, alla luce di alcuni appigli normativi, quali gli allora vigenti artt. 825, comma 1³⁷, 825, comma 3³⁸ e 827 c.p.c.³⁹, solo l'omologazione pretorile avrebbe conferito al procedimento arbitrale, *retroattivamente*, le prerogative e le caratteristiche proprie di un processo giurisdizionale. Tuttavia,

BARI, *Natura e regime giuridico dell'eccezione di compromesso*, in *Riv. trim. dir. proc.* 1964, 1036; E. GARBAGNATI, *In tema di impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.* 1947, II, 248; ID., *In tema di regolamento preventivo di giurisdizione proposto nel corso del procedimento arbitrale*, in *Foro pad.* 1956, I, 868. In generale, sulle posizioni della dottrina in relazione a questo orientamento, v. C. FURNO, *Appunti in tema di arbitrato e arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 1951, II, 157 ss.; ID., *Alcune questioni in materia di arbitrato*, in *Giur. it.* 1951, I, 1, 617 ss.; L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano 1923, 52; G. SCHIZZEROTTO, *Della natura giuridica dell'arbitrato rituale*, in *Riv. arb.* 1962, 89 ss.; R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, cit., 44 ss.

³⁵ Oltre alla pronuncia delle Sezioni Unite del 1956 (su cui v. subito *infra*, nel testo), si erano espresse in favore di questa tesi Cass. 31 luglio 1944, n. 454, in *Riv. dir. proc.* 1946, II, 75, nt. CAMBER; Cass. 10 dicembre 1981, n. 6532, in *Foro it.* 1982, I, 404.

³⁶ V. E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, 2^a ed., III, Milano 1954, 459 ss.; ID., *Compromesso (dir. proc. civ.)*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino 1959, 786 ss. In linea con la tesi del E. REDENTI v. anche R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, cit., 46 ss.; L. BIAMONTI, *Arbitrato (dir. proc. civ.)*, cit., 899 ss.

³⁷ La norma imponeva agli arbitri di procedere al deposito del lodo: "(...) nel termine perentorio di cinque giorni dalla data di sottoscrizione", pena la nullità dello stesso ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 5, c.p.c.

³⁸ In forza della norma menzionata, il decreto del pretore conferiva al lodo "efficacia di sentenza". Il lodo, unitamente all'omologa pretorile, costituiva infatti la c.d. sentenza arbitrale, un *unicum* inscindibile, al quale era riconosciuta la medesima efficacia del provvedimento pronunciato dall'autorità giudiziaria; e non già, solo, l'efficacia esecutiva, ma *l'imperatività propria della decisione giurisdizionale*, come confermato dal tenore complessivo dell'art. 825 c.p.c., che al secondo comma si esprimeva in termini di "efficacia esecutiva" e al terzo di "efficacia di sentenza". V. Cass. S.U. 9 maggio 1956, n. 1505 e, in senso sostanzialmente conforme, Cass. 12 agosto 1982, n. 4586; Cass. S.U. 4 luglio 1981, n. 4360; Cass. 11 febbraio 1980, n. 975; Cass. 29 ottobre 1968, n. 3618; Cass. 7 gennaio 1967, n. 56, in *Foro it. Rep.* 1967, 139, n. 18. V., per ulteriori riferimenti e commenti, G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 41 ss.; T. CARNACINI, *Arbitrato rituale*, cit., 880; F. CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma 1956, 64 e 234.

³⁹ La norma, nel prevedere che l'impugnazione per nullità e quella per revocazione fossero esperibili avverso la "sentenza arbitrale", individuava nel deposito e nella concessione dell'omologa pretorile le condizioni necessarie per l'impugnazione del *dictum* arbitrale.

in considerazione del fatto che l'omologazione consisteva in una verifica di *mera regolarità formale ed estrinseca* del lodo, provenendo unicamente dagli arbitri il *contenuto* della decisione (nel suo articolarsi in pronunce di accertamento, di condanna e costitutive), una giurisdizionalizzazione *ex post* dell'arbitrato che, prima di quel momento, era qualificato come fenomeno *esclusivamente privatistico* (che si poneva integralmente *al di fuori* della giurisdizione) appariva possibile solo attribuendo: "(...) *lo stesso carattere pubblico anche al suo [dell'arbitro] procedimento formativo. Il carattere legalmente riconosciuto del prodotto, si rispecchia o si riflette cioè a tergo sulle attività (atti e fatti), che hanno necessariamente servito alla sua produzione*". Una tale natura pubblica della funzione esercitata dagli arbitri non si sarebbe però mai concretizzata ove, per qualsiasi ragione, fosse mancata l'omologazione pretorile.

Tale ricostruzione risentiva non poco della filosofia, marcatamente statualistica e pubblicistica, che aveva ispirato il codice del 1940. In base al principio della "giurisdizione unica"⁴⁰, la tutela della generalità dei diritti e delle situazioni giuridiche veniva ricondotta sotto l'ombrello della magistratura ordinaria, rappresentativa: "(...) *su tutte le forze economiche e politiche, [del]la continuità e [del]la stabilità della disciplina giuridica dello Stato*"⁴¹, comprimendo drasticamente il ricorso a giurisdizioni speciali o specializzate.

In linea con lo spirito del codice del 1940, che mirava, appunto, a disciplinare i rapporti giuridici: "(...) *in forma uguale e costante, secondo la legge*", si da risolvere i relativi conflitti: "(...) *in forme ugualmente costanti, secondo la legge, dagli organi dello Stato che hanno la pienezza della funzione giurisdizionale*"⁴², l'omologazione pretorile aveva dunque la funzione di ricondurre nell'alveo della giurisdizione statale una vicenda contenziosa originatasi e svoltasi integralmente, sino a quel momento, *al di fuori* di essa.

Da tale, *solo successiva*, confluenza dell'arbitrato nell'alveo della giurisdizione statale, con *inquadramento giurisdizionalistico retroattivo* dell'istituto e degli effetti del suo prodotto finale, discendevano, per quanto qui interessa, due principali conseguenze.

Da un lato, l'idea che il giudizio celebrato dagli arbitri rappresentasse *il primo*

⁴⁰ Il principio dell'unità della giurisdizione trovava altresì espressione nelle norme in tema di competenza, introdotte sempre dal codice del 1940, quali gli artt. 44, 45, 49 e 50 c.p.c. Norme che, secondo A. ATTARDI, *Sulla traslazione del processo dal giudice incompetente a quello competente*, in *Riv. dir. proc.* 1951, I, 142 ss. consentivano, appunto, l'attuazione del: "(...) principio dell'unità della giurisdizione (...) quasi che i giudici ordinari siano ramificazione o rifrazione di un unico 'corpo' investito nel suo complesso della giurisdizione".

⁴¹ Così la *Relazione alla Maestà del Re imperatore del Ministro Guardasigilli*, presentata nell'udienza del 28 ottobre 1940, n. 253. Parte I § 2, 4008 ss.

⁴² Così la *Relazione alla Maestà del Re imperatore*, cit., 4009.

grado di un'unica vicenda processuale, destinata a sfociare, passando attraverso il giudizio di impugnazione per nullità del lodo, nel giudizio di legittimità⁴³; con la conseguenza, ad esempio, che la mancata riassunzione del giudizio di rinvio in seguito alla cassazione della sentenza dichiarativa della nullità del lodo (anche in base al dato testuale di cui all'art. 830 c.p.c., nella sua versione originaria, che attribuiva al giudice dell'impugnazione per nullità il giudizio rescissorio, ogniqualvolta l'impugnazione fosse stata accolta) determinava, ai sensi dell'art. 393 c.p.c., *l'estinzione dell'intero giudizio e la caducazione della sentenza arbitrale*⁴⁴. Dall'altro, la qualificazione, anch'essa *ex post*, del rapporto tra arbitri e giudici *in termini di competenza*: ciò proprio in conseguenza dell'effetto retroattivo, che rivestiva del carattere della giurisdizionalità un'attività altrimenti di natura eminentemente privata; ché, se tale carattere fosse stato ravvisabile *ab initio*, i rapporti fra arbitri e giudice sarebbero dovuti probabilmente essere ricondotti alla categoria della giurisdizione e non a quella della competenza⁴⁵.

⁴³ Sul punto v., in motivazione, Cass. S.U. 10 dicembre 1981, n. 6532 e Cass. S.U. 9 maggio 1956, n. 1505. In linea con questa concezione, si riteneva che la mancata riassunzione del giudizio di rinvio, in seguito alla cassazione della sentenza dichiarativa della nullità del lodo, determinasse, ai sensi dell'art. 393 c.p.c., l'estinzione dell'intero giudizio e la caducazione della sentenza arbitrale. V. Cass. 6 agosto 2003, n. 11842, in *Riv. esec. forz.* 2004, 147, nt. B. CAPPONI, *Se il lodo rituale annullato con sentenza della Corte d'appello, a sua volta cassata dalla Suprema Corte, costituisca titolo esecutivo in caso di estinzione del giudizio di impugnazione in sede di rinvio*; Cass. 26 novembre 1996, n. 10456, in *Riv. arb.* 1996, 317, nt. E. FAZZALARI *Impugnazione per nullità del lodo rituale e art. 393 c.p.c.* e in *Foro it.*, 1997, I, 833, nt. C.M. BARONE.

⁴⁴ In tal senso v. Cass. 6 agosto 2003, n. 11842, in *Riv. esec. forz.* 2004, 147, nt. B. CAPPONI, *Se il lodo rituale annullato con sentenza della Corte d'appello, a sua volta cassata dalla Suprema Corte, costituisca titolo esecutivo in caso di estinzione del giudizio di impugnazione in sede di rinvio*; Cass. 26 novembre 1996, n. 10456, in *Riv. arb.* 1996, 317, nt. E. FAZZALARI, *Impugnazione per nullità del lodo rituale e art. 393 c.p.c.* e in *Foro it.* 1997, I, 833, nt. C.M. BARONE. Ma, per la tesi secondo cui il giudizio di cui all'art. 828 c.p.c. dovesse considerarsi alla stregua di un giudizio *in unico grado* (tesi poi fatta propria dalla giurisprudenza di legittimità, a seguito della riforma del 1994), v. E. GARBAGNATI, *In tema di regolamento preventivo di giurisdizione nel corso del procedimento arbitrale*, in *Foro pad.* 1956, 687 e 688, secondo il quale il giudizio di cui all'art. 828 c.p.c. doveva considerarsi alla stregua di un giudizio in unico grado, nel quale venivano esercitate un'azione costitutiva di annullamento di un atto privato (il lodo) ed un'azione di cognizione in merito alla medesima controversia decisa in sede arbitrale. V. Cass. 1 luglio 2004, n. 12031, in *Giust. civ.*, 2005, I, 3098. Sul tema si rinvia a S. BOCCAGNA, *Sulle conseguenze dell'estinzione del giudizio di rinvio dopo cassazione della sentenza che abbia pronunciato sull'impugnazione per nullità del lodo*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli 2010, 67 ss.

⁴⁵ V., in proposito, Cass. S.U. 9 maggio 1956, n. 1505 (subito *infra*, nel testo), per la quale: "Altrimenti, se la funzione degli arbitri avesse già di per sé, e indipendentemente dal provvedimento del pretore, carattere giurisdizionale, non sarebbe forse ingiustificato ravvisare in essi organi di giurisdizione speciale e nei rapporti tra loro e il giudice ordinario questioni di giurisdizione anziché di competenza"; v., anche, S. BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 224. L'inquadramento dei rapporti

Con particolare riferimento al tema dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione ordinaria, la tesi della giurisdizionalizzazione *ex post*, che aveva bensì ricevuto l'avallo delle Sezioni Unite con la celebre decisione del 9 maggio 1956, n. 1505⁴⁶, ma era divenuta obsoleta a seguito delle riforme del 1983 e del 1994, risultava in ogni caso intrinsecamente contraddittoria.

Se, infatti, il ricorso all'efficacia retroattiva dell'omologa pretorile appariva funzionale, sotto il profilo teorico, ad attribuire al fenomeno arbitrale i crismi della giurisdizionalità e, sotto quello pratico, a giustificare la qualificazione dei rapporti arbitro-giudice in termini di competenza, si continuava tuttavia ad invocare la natura privatistica della procedura arbitrale, *mentre era in corso di svolgimento* (e, dunque, *prima* dell'ottenimento dell'*exequatur* da parte del lodo), al fine di escludere l'applicabilità di alcuni istituti, che *proprio da quella qualificazione avrebbero dovuto fisiologicamente discendere*, tra cui, *in primis*, l'istituto della litispendenza *ex art. 39 c.p.c.*

Su questo specifico punto, le Sezioni Unite, premesso che la proponibilità del regolamento di giurisdizione per dirimere la questione dell'allocazione della *potestas iudicandi* tra arbitro e giudice statale avrebbe presupposto la *pendenza* di un processo innanzi ad un *organo giurisdizionale*, ordinario o speciale, ritenevano pregiudiziale, ai fini della soluzione del quesito circa la sua ammissibilità nell'ambito di un giudizio arbitrale, l'accertamento della *natura giuridica di quest'ultimo*. In proposito, così concludevano: "(...) *se, una volta intervenuto il decreto del pretore, il procedimento arbitrale acquista retroattivamente, fin dal momento della sua instaurazione, carattere giurisdizionale, in attesa che ciò si verifichi non possono intanto riconoscersi all'instaurazione medesima gli effetti processuali propri della domanda agli organi giurisdizionali, e soprattutto quelli che si riconnettono al fenomeno della litispendenza*".

Insomma, il *carattere solo successivo dell'omologa*, se da un lato veniva utilizzato per giustificare la ricostruzione, *con efficacia retroattiva*, dei rapporti fra arbitrato e processo secondo lo schema della competenza, dall'altro veniva invocato *proprio per escludere la giurisdizionalità degli atti intermedi della procedura arbitrale* (a par-

arbitro-giudice nella categoria della competenza fu preferito ad una qualificazione di detti rapporti in chiave di rapporti tra giurisdizioni, anche in ragione della: "(...) unitaria visione del procedimento arbitrale, comprensivo del provvedimento dell'organo statale", mediante cui l'attività degli arbitri riceveva, appunto retroattivamente, il crisma della giurisdizionalità. In quest'ottica, come emerge da numerose decisioni della giurisprudenza (tra cui v., *ex multis*, Cass. S.U. 8 febbraio 1946, n. 110; Cass. 7 maggio 1946, n. 547, entrambe in *Giur. compl. Cass. Civ.* 1946, I, 192), gli arbitri non potevano essere considerati alla stregua di una *giurisdizione speciale*, derivando il loro potere decisorio non da una norma di legge, ma da una deroga convenzionale alla giurisdizione ordinaria. V., sul punto, S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 55.

⁴⁶ Cass. S.U. 9 maggio 1956, n. 1505, in *Foro it.* 1955, I, 847, nt. V. ANDRIOLI; in *Foro pad.* 1956, I, 686, nt. E. GARBAGNATI, *In tema di regolamento preventivo di giurisdizione*. Per un'analisi della decisione v. anche G. SCHIZZEROTTO, *L'arbitrato rituale nella giurisprudenza*, cit., 3.

tire dalla domanda d'arbitrato), su cui, evidentemente, quella stessa efficacia retroattiva non era idonea a riverberarsi, facendo così venir meno il requisito necessario per l'applicazione dell'istituto della litispendenza.

In un passo della medesima decisione si legge infatti: “*La contraria opinione comporterebbe che, qualora una delle parti, in pendenza del procedimento arbitrale, si rivolgesse per la risoluzione della stessa controversia all'autorità giudiziaria, questa dovrebbe dichiarare la litispendenza, secondo i principi che reggono tale istituto (art. 39, comma 1 cod. proc. civ.), non solo senza controllo della competenza o meno degli arbitri, preventivamente aditi, ma anche nella contumacia dell'altra parte e comunque indipendentemente da un'eccezione della medesima; mentre sembra più rispondente al sistema della legge in materia di arbitrato che, anche nel caso sopra ipotizzato, il giudice non possa spogliarsi della causa se non su eccezione di compromesso, da lui ritenuta fondata*”.

Emerge in tutta la sua evidenza la debolezza di tale argomentazione, che infatti la dottrina non ha mancato di censurare⁴⁷.

Un ulteriore elemento di contraddittorietà della tesi in esame risiedeva in ciò, che, a prima vista, la Corte sembrava far discendere la soluzione del conflitto positivo di competenza tra arbitrato e giurisdizione statale *in un senso o nell'altro* (i.e. applicazione o meno dell'istituto della litispendenza) dalla *natura giuridica dell'arbitrato*. In quest'ottica, mentre il carattere e la natura privatistici del fenomeno arbitrale sarebbero stati d'ostacolo ad un'estensione, ad esso e ai suoi rapporti con i giudici statali, di norme applicabili ai rapporti tra questi ultimi (a cominciare dal ricollegare alla stessa instaurazione della procedura gli effetti processuali propri della domanda giudiziale), l'eventuale inquadramento del fenomeno arbitrale nella categoria della giurisdizionalità avrebbe invece consentito di trattare l'arbitrato *alla stregua di una procedura giurisdizionale*, con la conseguenza, appunto, che: “*(...) qualora una delle parti, in pendenza del procedimento arbitrale, si rivolgesse per la risoluzione della stessa controversia all'autorità giudiziaria, questa dovrebbe dichiarare la litispendenza, secondo i principi che reggono tale istituto (art. 39, comma 1 cod. proc. civ.)*”.

Tuttavia, nel prosieguo della sua motivazione, la Corte osservava che *l'unica ragione* per cui il giudice statale avrebbe dovuto spogliarsi della causa fosse a seguito dell'accoglimento dell'*exceptio compromissi* proposta dalla parte interessata. E ciò avrebbe dovuto avvenire non solo *indipendentemente* dal fatto che un arbitrato fosse o meno contestualmente pendente, ma, soprattutto, *indipendentemente dalla natura, meramente privatistica o giurisdizionale, dell'attività condotta dagli arbitri*. Al di là, dunque, delle palesi e intrinseche contraddizioni di tale tesi, anch'essa

⁴⁷ V., in particolare, M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 247; G. TOMBARI, *Natura e regime giuridico dell'eccezione*, cit., 1041.

finiva per confermare non solo l'*insensibilità* delle valutazioni compiute dall'arbitro o dal giudice statale sulla propria *potestas iudicandi* ad una situazione di contestuale pendenza, *aliunde*, della medesima causa, ma anche, in generale, l'*insensibilità* del tema al problema dei rapporti arbitro-giudice rispetto alla *vexata quaestio* della natura giuridica del fenomeno arbitrale e del lodo.

Anche nell'ambito di questa peculiare ricostruzione, dunque, si confermava l'esclusione dell'applicabilità dell'istituto della litispendenza ai rapporti arbitro-giudice, che è l'elemento caratterizzante il sistema delle "vie parallele", sia nel contesto dei regimi normativi di cui ai codici del 1865 e del 1940, sia, come vedremo a breve, a seguito delle riforme del 1983 e del 1994 (che pure, confinando l'efficacia del decreto del pretore al conferimento, al lodo, della *vis* esecutiva, avevano privato di ogni fondamento la tesi della *giurisdizionalizzazione ex post*, poco convincente, peraltro, anche nell'ambito del sistema normativo precedente⁴⁸), sia, infine, a seguito della riforma del 2006, nell'ambito del cui regime l'equiparazione, *quoad effectum*, del lodo ad una sentenza giudiziale è divenuta norma di legge.

D'altra parte, al contrario di quanto statuito in motivazione dalle Sezioni Unite, riconoscere all'atto iniziale del procedimento arbitrale (la domanda di arbitrato) l'idoneità a produrre alcuni degli (o tutti gli) effetti (sostanziali e) processuali propri della domanda giudiziale, tra i quali financo la determinazione del momento in cui il procedimento poteva dirsi formalmente pendente, non avrebbe necessariamente implicato che si dovesse risolvere il problema del conflitto positivo *in base al criterio della prevenzione*, come anche in tal caso dimostrato dal fatto che, pur dopo la riforma del 1994 (che alla "domanda d'arbitrato" aveva riconosciuto l'idoneità a produrre sostanzialmente gli stessi effetti – sostanziali e processuali – della domanda giudiziale), la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie han continuato a ritenere l'istituto della litispendenza, basato sul criterio della prevenzione, *inapplicabile* ai rapporti arbitro-giudice.

Un elemento di continuità tra gli orientamenti dottrinali al tempo maggioritari e questa peculiare ricostruzione (la cui stranezza risiedeva in un inquadramento teorico del fenomeno arbitrale che ne presupponeva una natura precaria e "*mute-*

⁴⁸ Ci sembra, infatti, che colga nel segno G. TOMBARI, *Natura e regime giuridico dell'eccezione*, cit., 1036 ss., molto critica nei confronti della tesi del E. REDENTI, quando, di fronte alla peculiarità di un procedimento che, mentre si svolge, non è giurisdizionale, divenendo giurisdizionale solo quando, con la pronuncia e il deposito del lodo, l'attività degli arbitri è cessata ed ogni loro potere è esaurito, commentava: "(...) non riusciamo cioè a comprendere l'opportunità di qualificare un'attività solo quando essa si è già compiuta ed esaurita. In qualunque modo si voglia definire l'attività degli arbitri, essa va definita in modo autonomo e non riflesso, guardando direttamente ai loro poteri e alla fonte di questi, e non ai poteri e alla fonte di un altro organo che verrà a svolgere una funzione successiva sebbene collegata. Ma soprattutto un'attività non perde, nel momento in cui cessa, il carattere essenziale che aveva quando si stava svolgendo; né la sua cessazione può autorizzare a definirla o a qualificarla in modo diverso da come la si doveva qualificare quando era in corso".

vole”, in dipendenza del verificarsi di un evento *futuro e incerto* – l’intervento del decreto pretorile –, che, per di più, produceva i suoi effetti solo *retroattivamente*⁴⁹), era ravvisabile nel fatto che anche la pendenza contestuale di un procedimento arbitrale (oltre che la mera esistenza di un patto arbitrale) dovesse essere rilevata, nel giudizio ordinario, *ad istanza di parte*, in conformità al carattere necessariamente relativo dell’*exceptio compromissi*, che escludeva ogni possibile rilievo officioso⁵⁰.

4. *La persistente prevalenza del sistema delle “vie parallele” anche a seguito della novella del 1983 e della riforma del 1994*

Come detto, la tendenziale *insensibilità* della soluzione adottata in tema di conflitti arbitro-giudice rispetto ai divergenti inquadramenti teorico-dogmatici del fenomeno arbitrale elaborati dalla dottrina è un dato ravvisabile anche nel contesto normativo introdotto dapprima con la novella del 1983⁵¹ e, dipoi, con la riforma del 1994⁵², che pure avevano innovato in maniera molto significativa la disciplina dell’arbitrato⁵³, sancendo addirittura, in taluni casi, il venir meno di alcune

⁴⁹ Icastico, in proposito, il T. CARNACINI (che pur in un primo tempo aveva aderito alla ricostruzione teorica del E. REDENTI), per il quale non poteva che essere paradossale una tesi che rendeva *quasi miracoloso* l’effetto del decreto pretorile. V. T. CARNACINI, M. VASETTI, *Arbitri*, cit., 655; T. CARNACINI, *Arbitrato rituale*, cit., 878 ss. L’autore aveva infatti dapprima attribuito all’attività degli arbitri carattere essenzialmente privato, ma, rivedendo, in un secondo momento, la propria posizione, si orientava nel senso di considerare la loro funzione *essenzialmente giurisdizionale*, sia per lo scopo in vista del quale era attuata (risultando irrilevante, per qualificarne l’attività svolta: “(...) il fatto che il traguardo [fosse] in concreto superato o no”), sia per il risultato al quale conduceva.

⁵⁰ Il principio della rilevabilità, solo ad istanza di parte, dell’eccezione di patto compromissorio (concordemente sostenuto, pur nella varietà delle motivazioni con cui si giustificava tale conclusione, da dottrina e giurisprudenza), è essenzialmente riconducibile al fatto che, consistendo l’effetto minimo indiscutibile del patto nell’esclusione del procedimento ordinario, e qualificandosi esso, al di fuori di ogni dubbio, come atto di autonomia privata, dal necessario rispetto del principio dispositivo, che informa tutto il processo civile, deriva che tale effetto: “(...) proprio perché derivante da un atto ‘autonomo’, debba essere sottratto al diretto potere di controllo e di rilevazione del giudice, ed essere invece rimesso alla concreta esclusiva disponibilità delle parti”: così G. TOMBARI, *Natura e regime giuridico dell’eccezione*, cit., 1073.

⁵¹ Su cui v., in generale, C. PUNZI, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, 2ª ed., I, Padova 2012, 109 ss.; F. CARPI, *Gli aspetti processuali della riforma*, cit., 47 ss.

⁵² Su cui v., in generale, E. FAZZALARI, *La riforma dell’arbitrato*, in *Riv. arb.* 1994, 4 ss.; A. BRIGUGLIO, E. FAZZALARI, R. MARENGO, *La nuova disciplina dell’arbitrato*, Milano 1994, *passim*; BERNARDINI, DE NOVA, C. PUNZI, *La riforma dell’arbitrato. Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, Milano 1995, 66 ss.; G. TARZIA, R. LUZZATTO, E.F. RICCI (a cura di), *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, cit.

⁵³ In particolare, si ricorda (rimandando, per maggiori riferimenti, all’approfondimento svolto

delle tesi ricostruttive della natura dell'arbitrato formatesi sotto il vigore della precedente disciplina, per chiara incompatibilità con il nuovo dato normativo.

Si pensi, ad esempio, oltre alla tesi della giurisdizionalizzazione *ex post*, a quelle ricostruzioni che, in ragione della necessità del deposito del lodo entro cinque giorni dalla sua pronuncia, pena la sua giuridica inesistenza, definivano l'originaria efficacia del lodo come *qualche cosa di diverso*, e spesso *di minore*, della efficacia tipica della decisione giurisdizionale⁵⁴ o dell'efficacia tipica del negozio stipulato tra le parti⁵⁵, presupponendo l'esistenza di un *momento ben preciso* (rappresentato, appunto, nella disciplina previgente, dal termine entro cui effettuare il

nel primo capitolo) che con la riforma del 1983 si era approdati ad una configurazione del lodo arbitrale come *atto giuridico autonomo e indipendente* dall'*exequatur*, mediante l'introduzione dell'art. 823 c.p.c., secondo cui: "*Il lodo ha efficacia vincolante tra le parti dalla data della sua ultima sottoscrizione*". Il deposito veniva reso *facoltativo* (entro un anno dalla pronuncia) e *funzionale unicamente* al conferimento alla pronuncia arbitrale dell'efficacia esecutiva. Tuttavia, la mancata abrogazione di alcune norme, tra cui quella di cui all'art. 825, comma 3, secondo cui l'omologazione conferiva al lodo "*l'efficacia di sentenza*" e la peculiare formulazione di altre, quali quelle relative ai mezzi di impugnazione, che continuavano a riferirsi alla *sentenza arbitrale* (art. 827 ss. c.p.c.), avevano dato luogo a non poche dispute interpretative e qualificatorie, concernenti, in particolare, l'efficacia del lodo non ancora omologato, il suo regime d'impugnazione e le conseguenze del mancato deposito. Le incertezze provocate dall'intervento del 1983 avevano indotto il legislatore a procedere ad una sostanziale revisione dell'intera disciplina dell'arbitrato, a distanza di solo pochi anni. Con la riforma del 1994 – e l'abrogazione della norma per cui l'omologazione conferiva al lodo *l'efficacia della sentenza* –, si completava il percorso di *autonomizzazione* del giudizio e del lodo arbitrale, che produceva efficacia vincolante fin dalla data della sua sottoscrizione, necessitando dell'omologa pretorile (possibile ora *senza limiti di tempo*) *solo per la produzione dell'efficacia esecutiva*, oltre che per la trascrivibilità della pronuncia e l'iscrivibilità dell'ipoteca giudiziale. Ciò che veniva evidenziato anche dalla sostituzione del termine *sentenza arbitrale* con quello di *lodo*, ora impugnabile fin dalla sua pronuncia, senza necessità di attenderne il deposito. Tutte modifiche intese a configurare l'arbitrato come un procedimento autonomo, dotato di pari dignità rispetto alla giurisdizione statale, come dimostrava anche il superamento della famigerata regola, di origine giurisprudenziale, della *vis attractiva*, avvenuto con l'introduzione di una norma, l'art. 819 *bis* c.p.c., per la quale la *potestas iudicandi* arbitrale non era esclusa dalla connessione della controversia con altra pendente dinanzi al giudice statale.

⁵⁴ Così E. GRASSO, *La nuova disciplina dell'arbitrato alla luce della legge 9 febbraio, n. 28*, in AA.VV., *L'arbitrato secondo la legge n. 28 del 1983*, Napoli 1985, 13 ss.; C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, III, Torino 1983, 307.

⁵⁵ G.A. NICOLETTI, *La legge 9 febbraio 1983, n. 28 e la modifica dell'arbitrato*, in *Giur. it.* 1983, IV, 308 ss.; ID., *L'arbitrato della riforma*, in AA.VV., *L'arbitrato secondo la legge n. 28 del 1983*, cit., 107; G. VERDE, *Arbitrato e giurisdizione*, *ivi*, 161 ss.; L. BIAMONTI, *Arbitrato rituale e arbitrato libero. Considerazioni sulla nuova legge 9 febbraio 1983, n. 28*, in *Giur. it.* 1984, IV, 105 ss.; L. MONTESANO, *Sugli effetti e sulle impugnazioni del lodo nella recente riforma dell'arbitrato rituale*, in *Foro it.* II, 1983, 160; ID., *Negozio e processo nel nuovo arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 1984, 214; F. CARPI, *Gli aspetti processuali della riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1984, 47.

deposito del lodo) cui ricollegare *un mutamento o un consolidamento* della originaria (precaria) natura giuridica del lodo stesso⁵⁶.

La generalizzata convinzione che la riforma avesse sancito l'adesione del legislatore alla tesi della natura giurisdizionale del fenomeno arbitrale, equiparando, *quoad effectum*, il lodo alla sentenza arbitrale, se induceva taluni autori a calibrare le proprie precedenti posizioni con riferimento all'inquadramento giuridico di alcuni istituti (come nel caso dell'eccezione volta a contestare l'attribuzione della *potestas iudicandi* all'arbitro o al giudice statale)⁵⁷, solo in rari casi incideva sulle proposte ricostruttive relative alla disciplina dei rapporti tra arbitrato e processo⁵⁸, nell'ambito delle quali le soluzioni continuavano ad essere imperniate sulla centralità del principio *Kompetenz Kompetenz*, con la conseguente esclusione dell'applicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, degli istituti della *translatio iudicii*, della vincolatività reciproca delle pronunce degli arbitri e del giudice statale sulla propria *potestas iudicandi*, del vincolo, nei confronti degli arbitri, delle sentenze regolatrici della competenza pronunciate dalla Corte di cassazione⁵⁹, nonché della

⁵⁶ Come osservano, tra gli altri, S. BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 180 e M. BOVE, *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza di un patto compromissorio*, nota a Cass. 25 gennaio 1997, n. 781, in *Riv. arb.* 1997, 543, l'eliminazione del terzo comma dell'art. 825 c.p.c. aveva privato la tesi della giurisdizionalizzazione *ex post* di qualsivoglia addentellato normativo, non potendo più l'omologa pretorile convogliare successivamente l'attività degli arbitri nell'ambito della giurisdizione statale.

⁵⁷ Nello specifico, sottoponendo detta eccezione al regime di cui all'art. 38, comma 1, c.p.c., con la previsione dell'impugnabilità della sentenza che decideva su di essa mediante il regolamento, necessario o facoltativo, di competenza. Così M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 239 ss.; S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, cit., 245 ss. In giurisprudenza v., *ex multis*, Cass. 16 dicembre 1992, n. 13317, in *Rep. Foro it.* 1994, voce *Arbitrato*, n. 96; Cass. 23 gennaio 1990, n. 354, in *Riv. arb.* 1991, 79, nt. critica di G. MIRABELLI; Cass. 8 febbraio 1986, n. 792, in *Rass. arb.* 1986, 216.

⁵⁸ È il caso di E.F. RICCI, *La «natura dell'arbitrato rituale» e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, in *Riv. dir. proc.* 2001, 259; ID., *La Cassazione insiste sulla natura «negoziale» del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici*, in *Riv. dir. proc.* 2002, 1239; ID., *La never ending story della natura negoziale del lodo: ora la Cassazione risponde alle critiche*, in *Riv. dir. proc.* 2003, 557, per il quale proprio la previsione di una disciplina specifica per regolare i rapporti tra arbitrato e processo statale trovava la sua giustificazione solo accogliendo la prospettiva dell'efficacia giurisdizionale del lodo; in tal senso v. anche G. TOTA, *Ancora sulla natura dell'eccezione di compromesso (e sull'ammissibilità del regolamento di competenza avverso la sentenza del giudice ordinario che pronunci su di essa)*, in *Giust. civ.* 2003, I, 1601 ss.; G. TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali e conflitti tra lodi e sentenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1994, 644. Ma v. *contra* C. PUNZI, *Natura dell'arbitrato e regolamento di competenza*, in *Giust. civ.* 2003, I, 726, nt. critica a Cass. S.U. 25 giugno 2002, n. 9289 (ord.), per il quale la predisposizione di una disciplina relativa ai rapporti tra giudizio arbitrale e processo giurisdizionale era invece del tutto compatibile con l'affermazione della natura privatistica dell'istituto in esame, alternativo e derogatorio, *ma non sostitutivo*, delle funzioni attribuite ai giudici ordinari.

⁵⁹ V., *ex multis*, Cass. 8 luglio 1996, n. 6205, in *Corr. giur.* 1996, 1119, nt. CARBONE; in *Riv. arb.* 1997, 325, nt. R. VACCARELLA; Cass. 30 agosto 2000, n. 11404; Cass. 12 maggio 1998, n. 3327.

litispendenza (fatta eccezione, in relazione a tale ultimo istituto, per un orientamento minoritario, di cui si darà conto nel prosieguo, che ne auspicava l'applicabilità anche alla luce di alcune, asseritamente decisive, modifiche introdotte dalla riforma del 1994⁶⁰).

Ricci, ad esempio, a margine di un commento al nuovo art. 819 *bis* c.p.c., che aveva messo fine alla regola giurisprudenziale della *vis attractiva*⁶¹, osservava che già prima della riforma del 1994 – in relazione all'ipotesi del parallelismo di procedure sulla medesima causa (e al contrario di quanto accaduto per la connessione) – si tendeva ad escludere l'assorbimento dei poteri degli arbitri nella competenza dell'autorità giudiziaria e che, su tale tematica: “(...) *la nuova norma non pare avere alcuna influenza. Già anteriormente alla riforma, in particolare, si era tutti d'accordo nel ritenere che i poteri degli arbitri non venissero meno per virtù della successiva proposizione della stessa controversia davanti al giudice togato (...). Né oggi le cose potrebbero andare diversamente. (...) Nello stesso tempo si pone ancor oggi nei medesimi termini di un tempo il problema, se possa valere nei rapporti tra arbitrato ordinario e processo civile l'art. 39 c.p.c.; e vale la pena di notare che sino ad ora il diritto vivente ha riposato sulla soluzione negativa*”⁶².

Anche a seguito della riforma del 1994, dunque, rimaneva fermo il principio secondo cui, in caso di proposizione della medesima causa in arbitrato e in sede giudiziale, sia l'arbitro, sia il giudice togato dovessero procedere preliminarmente alla valutazione della sussistenza o meno della *potestas iudicandi* arbitrale, attraverso un esame *autonomo* e *indipendente* del patto arbitrale, senza che su quella valutazione l'eventuale contemporanea pendenza della medesima causa dinanzi *all'altro organo*, e financo una pronuncia di questi sulla questione della competenza arbitrale, esercitassero alcuna influenza⁶³.

Insomma: “(...) *se davanti agli arbitri e davanti al giudice ordinario viene proposta eccezione di litispendenza, è come se venisse sollevata una questione di competenza*”⁶⁴. Nel caso in cui veniva fatto valere dinanzi al giudice statale un patto arbitrale: “(...) *si ha una normale questione di eccezione di compromesso; se è eccepita la litispendenza dinanzi agli arbitri, questi valuteranno la propria competenza*”⁶⁵.

⁶⁰ Su cui v. *infra* la Sezione terza ai parr. 13 ss.

⁶¹ E.F. RICCI, W. RUOSI, *Commento all'art. 11 (819-bis c.p.c.)*, in G. TARZIA, R. LUZZATTO, E.F. RICCI (a cura di), *Legge 5 gennaio 1994, n. 25, in Le Nuove leggi civ. comm.*, Padova 1995, 516.

⁶² E.F. RICCI, W. RUOSI, *ibidem*.

⁶³ E.F. RICCI, W. RUOSI, *ibidem*: “(...) nemmeno anteriormente alla riforma gli arbitri hanno trovato un ostacolo ai loro poteri nella precedente proposizione della controversia davanti al giudice togato; e dall'altro il giudice togato non ha trovato un ostacolo ai propri poteri nella preventiva proposizione della controversia davanti ad arbitri”.

⁶⁴ G. MIRABELLI, D. GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato*, Napoli 1994, 96.

⁶⁵ Così G. MIRABELLI, D. GIACOBBE, *op. ult. cit.*, 96; M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto*

Ciò detto, alcune innovazioni normative (in particolare l'abrogazione della norma ai sensi della quale l'omologazione conferiva al lodo l'efficacia della sentenza; l'attribuzione al lodo arbitrale di un'efficacia vincolante *fin dalla data della sua sottoscrizione*; l'assoggettamento del lodo ai rimedi impugnatori fin dalla sua pronuncia, senza la necessità di attenderne il deposito; il divieto della regola della *vis attractiva*), inducevano taluni autori a scorgere profili di novità nella disciplina dei rapporti arbitro-giudice statale, per quanto più in una prospettiva *de iure condendo* che *de iure condito*.

Tarzia, ad esempio, tra i più convinti sostenitori della natura giurisdizionale del fenomeno arbitrale già all'indomani della novella del 1983⁶⁶, riteneva che l'adesione del legislatore del '94 alla tesi "giurisdizionalista" avrebbe consentito: "(...) di valutare non come infondate nel merito, ma come impedito, a seconda dei casi, dall'eccezione di litispendenza o dall'eccezione di giudicato pretese, identiche o contrarie, dedotte in giudizio durante il procedimento arbitrale o dopo il dictum degli arbitri o quando esso sia divenuto impugnabile"⁶⁷.

Lo stesso Ricci, che, in linea di principio, come visto poc'anzi, non attribuiva alla riforma, se non per quanto riguardava il divieto di *vis attractiva*, un impatto innovativo sul tema dei conflitti arbitro-giudice, riteneva tuttavia che una decisa opzione per la tesi "giurisdizionalista"⁶⁸ potesse avere significative ricadute in una pluralità di direzioni⁶⁹, tra cui la rilevabilità d'ufficio dell'eccezione con cui il vincitore in un giudizio arbitrale avrebbe potuto opporre il lodo (divenuto o meno non più impugnabile e ancor prima dell'ottenimento dell'*exequatur*) alla controparte che avanzasse in giudizio pretese da esso già rigettate. In particolare, ove la pronuncia arbitrale non fosse già "passata in giudicato", si sarebbe potuto far questione: "(...) secondo i casi – o di litispendenza o di applicazione dell'art. 337, com-

dell'arbitrato interno, Padova 1991, 330; P. BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., *passim*; R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, cit., *passim*.

⁶⁶L'autore, invero, già dopo la novella del 1983, riteneva che la qualificazione della natura giuridica del lodo e della sua efficacia in termini assimilabili a quelli della sentenza del giudice statale fosse rilevante a vari effetti: v. G. TARZIA, *Efficacia ed impugnabilità del lodo nell'arbitrato rituale*, in *Rass. arb.* 1985, 1 ss.

⁶⁷G. TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali*, cit., 633.

⁶⁸L'autore, già in uno scritto apparso all'indomani della riforma dell'83 (v. E.F. RICCI, *Legge 9 febbraio 1983*, n. 28 – *Modificazioni alla disciplina dell'arbitrato*, cit., 733 ss.), tra le ipotesi formulabili relativamente al valore da attribuire alla "efficacia vincolante" del lodo, se cioè equipararla all'efficacia tipica di un negozio o, all'opposto, a quella di una decisione giudiziale, optava decisamente per questa seconda lettura. Opzione ribadita con ancor più convinzione all'indomani della riforma del '94. V. E.F. RICCI, *L'efficacia vincolante del lodo arbitrale dopo la legge n. 25 del 1994*, cit., 809 ss.

⁶⁹Quali la precisa definizione del nuovo ruolo da attribuire all'*exequatur*; la definitiva esclusione o la perdurante ammissibilità delle impugnative negoziali avverso il lodo; la definizione dei rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria e la conseguente qualificazione dell'*exceptio compromissi* in sede giudiziale.

ma 2, c.p.c. (...)". Inoltre, avverso il rigetto dell'eccezione di giudicato arbitrale, avrebbero dovuto considerarsi ammissibili, rispettivamente, i rimedi della revocazione *ex art. 395, n. 5, c.p.c.* (purché la sentenza non avesse pronunciato sulla relativa eccezione) o il ricorso per cassazione, nell'ambito di un inquadramento complessivo della tematica tale per cui: "(...) *la disciplina non è quella propria di una qualunque eccezione di merito, ma quella – assai diversa – dell'exceptio rei iudicatae o dell'exceptio rei iam in iudicium deductae*"⁷⁰.

5. "Vie parallele" e "svolta negoziale" delle Sezioni Unite (pronuncia n. 527 del 2000)

Se le riforme del 1983 e, soprattutto, del 1994, avevano, almeno in parte, adottato, secondo l'opinione che prevaleva in dottrina e in giurisprudenza, la ricostruzione "giurisdizionalista" della natura giuridica del fenomeno arbitrale, sì da aprire qualche spiraglio ad una regolamentazione dei rapporti arbitro-giudice statale *alla stregua delle norme che governano i rapporti tra giudici ordinari*, con la possibile estensione, ai primi, di alcuni istituti applicabili ai secondi (tra cui, eventualmente, financo l'istituto della litispendenza), la svolta "negozialista" delle Sezioni Unite del 2000, con la più volte richiamata decisione n. 527⁷¹, aveva invece privato tale prospettiva di qualsivoglia fondamento.

La concezione dell'arbitrato quale *giustizia integralmente privata e ontologicamente alternativa* alla giurisdizione statale, di cui si riteneva che il primo costituisse addirittura "la negazione", in uno con la qualificazione dei rapporti arbitro-giudice in termini di *questione di merito*, e con la ritenuta radicale carenza, in capo agli arbitri, di: "(...) *potestà giurisdizionale d'imperio*", precludeva ogni assimilazione tra lodo e sentenza, dando origine, il primo, ad: "(...) *una regolamentazione negoziale degli interessi in conflitto*", dal carattere *antitetico* alla seconda⁷².

⁷⁰ Ad esiti significativamente diversi avrebbe invece condotto, secondo E.F. RICCI, l'adesione all'opposta concezione del lodo come *produttivo di una mera efficacia negoziale*: tra questi, l'infondatezza, *nel merito*, delle pretese già ritenute infondate da quella pronuncia arbitrale, in quanto superate da una contraria stipulazione negoziale; la necessità di dedurre nel giudizio tale stipulazione, qualificandosi la relativa eccezione come eccezione in senso stretto, non rilevabile d'ufficio; l'impugnabilità della decisione, che avesse rigettato l'eccezione, unicamente mediante l'appello e il ricorso per cassazione *ex art. 360, n. 3, c.p.c.*

⁷¹ In *Foro it.* 2001, I, 839 e in *Giur. it.* 2001, 1107, nt. G. CANALE. Per un'analisi di tale decisione v., in particolare, il capitolo primo, ai par. 6.1.3. e 7.1.2.

⁷² "(...) i cui effetti di accertamento conseguono ad un giudizio compiuto da un soggetto il cui potere ha fonte nell'investitura conferitagli dalle parti". Secondo la Corte, l'attribuzione al lodo, *a posteriori*, di effetti propri della decisione del giudice statale, non incideva sulla sua configurazione quale atto negoziale, dovendo intendersi come attribuzione *quoad effectum*: "(...) *che lascia inalterata la sua natura*".

Non era dunque possibile ravvisare, nell'attività degli arbitri, una *funzione sostitutiva* di quella spettante all'autorità giudiziaria, dato che implicava una vera e propria *rinuncia alla giurisdizione statale nel suo complesso*.

Da tali premesse discendeva l'impossibilità di estendere ai rapporti fra arbitro e processo ordinario, in via analogica, le norme in tema di competenza valevoli per i rapporti tra giudici ordinari, tra cui, *in primis*, quelle sulla litispendenza *ex art. 39 c.p.c.* e quelle in tema di *translatio* (nonché quelle ad essa correlate, quali l'art. 44 ss. c.p.c.), con conseguente impossibilità di prevenire potenziali conflitti *positivi* (i.e. parallelismo di procedure sulla medesima causa) e *negativi* (duplice declinatoria e rischio di diniego di giustizia) di *potestas iudicandi*⁷³.

Le due procedure (arbitrale e giudiziale) non potevano che essere caratterizzate da una tendenzialmente integrale assenza di interazione reciproca e dall'insensibilità, dell'una, alle vicende riguardanti l'altra, con la persistente applicabilità, per la regolamentazione dei conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitro e giudice statale, del sistema delle "vie parallele", fondato sul principio *Kompetenz Kompetenz*⁷⁴.

Tale impostazione non era stata minimamente scalfita dalla decisione delle Sezioni Unite. D'altra parte, il rifiuto dell'applicabilità analogica, ai rapporti arbitro-giudice, dell'istituto della litispendenza veniva altresì giustificato in base alla considerazione che, avendo il lodo natura interamente negoziale e non giurisdizionale, non avrebbe potuto tecnicamente darsi luogo ad un contrasto tra giudicati⁷⁵.

Tuttavia, a ben vedere su un punto la soluzione adottata dalle Sezioni Unite poteva andare ad incidere sul tradizionale funzionamento del sistema delle "vie

⁷³ Così G. RUFFINI, nota a Cass. S.U. 3 agosto 2000, n. 527, cit., 56 ss., sull'assunto che agli arbitri sarebbe stato definitivamente disconosciuto lo *status* di organi giurisdizionali.

⁷⁴ V., in questo senso, nella giurisprudenza allineata alla svolta "negozialista" imposta dalle Sezioni Unite del 2000, Cass. S.U. 5 dicembre 2000, 1251; Cass. 13 dicembre 2001, n. 15753, in *Riv. arb.* 2003, 81, nt. S. BALDI, *L'arbitrato irrituale e il potere di verifica degli arbitri in merito all'esistenza, validità e portata della clausola compromissoria*; Cass. 30 luglio 2004, n. 14557; App. Milano 10 aprile 2001, in *Corr. giur.* 2001, 1461; Trib. Verona 7 novembre 2006, n. 3143, in *Giur. merito* 2008, 2, 409, nt. NARDELLI; Coll. arb. Salerno 25 giugno 2001. Per ulteriori riferimenti v. anche C. CONSOLO, *Raccordi o antifonie fra arbitrato e giudizio ordinario? Profili comparatistici e transnazionali*, in *Contr. impresa* 2004, 3834; G. RUFFINI, *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione?*, nota a Cass. S.U. 3 agosto 2000, n. 527, in *Corr. giur.* 2001, 61 ss.; C. CONSOLO, R. MURONI, *L'eccezione di arbitrato rituale come eccezione di "merito" e la supposta inammissibilità del regolamento di competenza*, in *Corr. giur.* 2001, 1453 ss.

⁷⁵ V., in tal senso, Cass. 5 dicembre 2000, n. 1251, in *Riv. arb.* 2001, 175, nt. A. VILLA, *Note sul rapporto tra arbitrato e giurisdizione amministrativa e sulla distinzione tra arbitrato rituale e irrituale*; Cass. 13 dicembre 2001, n. 15753, in *Riv. arb.* 2003, 81 ss. In precedenza, nello stesso senso, v. Cass. 24 settembre 1996, n. 8407, in *Giust. civ. Mass.* 1996, 1303; Cass. 25 luglio 1997, n. 6950, in *Giust. civ.* 1998, I, 1, 476 ss.

parallele”: la configurazione di un’efficacia “esterna” della pronuncia, dell’arbitro o del giudice, sul patto arbitrale, come conseguenza della natura *di merito* e non di rito del suo oggetto e della sua idoneità al giudicato sostanziale⁷⁶.

Eppure, da un lato, tale direzione non è stata percorsa non solo dalle stesse S.U., ma nemmeno dalla giurisprudenza che, negli anni seguenti, si è pronunciata sulla stessa linea⁷⁷; dall’altro, l’impatto di una tale potenziale efficacia, in termini di coordinamento preventivo tra le due procedure, sarebbe risultato in ogni caso limitato, in considerazione del fatto che, divenendo una statuizione di mero accertamento incontrovertibile solo con il passaggio in giudicato, si sarebbe dovuta comunque attendere la celebrazione delle ulteriori fasi dei giudizi impugnatori (l’impugnazione per nullità e, dipoi, il ricorso per cassazione) prima di ottenere, nell’ambito di un processo, un accertamento incontrovertibile, efficacemente spendibile nell’altro, per arrestarne la prosecuzione.

Anche nell’ambito della ricostruzione negozialista inaugurata dalle Sezioni

⁷⁶V., in tal senso, G. VERDE, *L’arbitrato e la giurisdizione ordinaria*, in G. VERDE (a cura di), *Diritto dell’arbitrato rituale*, Torino 2005, 28 ss.; SOTGIU, *Natura e regime dell’eccezione di nullità del patto compromissorio nel giudizio di impugnazione avverso il lodo arbitrale*, nota a Cass. 6 giugno 2003, n. 9070, in *Riv. arb.* 2004, 313, nt. 28. Per ulteriori riferimenti v. G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell’arbitrato. Commentario agli artt. 806 – 840 c.p.c. Aggiornato alla legge 18 giugno 2009, n. 69*, Padova 2010, 370.

⁷⁷Nemmeno dopo il noto *revirement* del 2000, infatti, la giurisprudenza si è spinta fino a ricondurre la fattispecie in parola entro la previsione dell’art. 34 c.p.c. Ancora in tempi recenti, i giudici di legittimità hanno infatti ribadito l’inidoneità della decisione resa sul patto compromissorio ad esplicare effetti al di fuori del giudizio in cui fosse stata resa. In tal senso v., ad esempio, Cass. 8 giugno 2007, n. 13508, secondo la quale: “(...) la mancata impugnazione della pronuncia sulla competenza dà luogo soltanto a giudicato formale che preclude la riproposizione della questione davanti al giudice dello stesso processo, ma non fa stato in un diverso processo promosso dalle parti dinanzi a un giudice diverso e, meno che mai, nel giudizio arbitrale”; Cass. S.U. 12 gennaio 2007, n. 412, sia pur con riferimento ad una clausola per arbitrato estero. Sul punto S. BOCCAGNA, *Appunti*, cit., 317. In senso contrario, ma già dopo la riforma del 2006, v. App. Milano 28 settembre 2011, in www.ilcaso.it, secondo la quale la decisione definitiva con cui altro giudice, rilevando l’esistenza di un patto compromissorio, abbia affermato la sussistenza della *potestas* arbitrale, costituirebbe giudicato idoneo a vincolare la diversa autorità giudiziaria dinanzi alla quale venga dedotta una controversia relativa al rapporto giuridico cui acceda la medesima convezione arbitrale. Su pozioni analoghe sembrerebbe Cass. 26 novembre 2010, n. 24082, relativa a un caso in cui il giudice adito in primo grado aveva respinto l’*exceptio compromissi* e, al contempo, aveva declinato la propria competenza in favore di un altro giudice. La statuizione sull’*exceptio compromissi* non era stata impugnata e, dinanzi al giudice *ad quem*, il convenuto in riassunzione aveva nuovamente fatto valere la sussistenza del patto compromissorio. Investiti della questione ai sensi dell’art. 45 c.p.c., i giudici di legittimità hanno dichiarato l’inammissibilità dell’istanza, rilevando che, nel caso di specie, il giudice *ad quem* avrebbe potuto sollevare il conflitto di competenza solo per contestare il criterio attributivo della competenza “interna” all’ordinamento giudiziario, ma non, anche, per mettere in discussione la questione inerente alla (in)competenza arbitrale.

Unite, dunque, mancavano meccanismi di coordinamento preventivo tra le due procedure, idonei ad evitare i conflitti positivi o negativi di *potestas iudicandi*.

La riforma del 2006, infine, sebbene abbia palesamente sconfessato l'impostazione "negozialista" adottata dalle Sezioni Unite, in particolare mediante l'espressa equiparazione, *quoad effectum*, tra lodo e sentenza, sancita dall'art. 824 *bis* c.p.c., ha tuttavia ribadito anch'essa (per taluni autori, in maniera inequivocabile) la vigenza del sistema delle "vie parallele" quale regime giuridico governante i rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale.

Prima però di dare conto del dibattito dottrinale e giurisprudenziale avente ad oggetto l'inquadramento teorico e le problematiche pratico-applicative del regime normativo governante i rapporti arbitro-giudice, introdotto dalla riforma del 2006 (che verrà svolta nel capitolo terzo), andiamo qui di seguito ad esporre in dettaglio gli elementi costitutivi e i tratti caratterizzanti del sistema delle "vie parallele", come delineati dalla dottrina e dalla giurisprudenza nel regime normativo ante-riforma del 2006.

6. I principi salienti del sistema delle "vie parallele" tradizionalmente inteso

6.1. Il principio *Kompetenz Kompetenz* come principio regolatore dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale e i conflitti (negativi e positivi) di competenza

Uno dei cardini su cui si fondava il sistema delle "vie parallele" era, come visto, il principio *Kompetenz Kompetenz*, ai sensi del quale, in presenza di una convenzione arbitrale, sia il giudice che l'arbitro erano legittimati a conoscere e decidere, *in piena autonomia*, di tutte le questioni attinenti alla rispettiva *potestas iudicandi*. Tale principio, derivato: "(...) alle legislazioni moderne dalle antiche concezioni patrimoniali della giurisdizione"⁷⁸, era inscindibilmente collegato, ove applicato ai giudici dello Stato, ad un sistema normativo che si fondava sul primato conferito, in sede di individuazione del giudice competente, alle norme di compe-

⁷⁸ G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza. Struttura, efficacia e stabilità*, Milano 1990, 20, nt. 23. Il principio in esame, infatti, sotto il vigore del codice del 1865, veniva interpretato in chiave di *garanzia dell'esercizio della funzione giurisdizionale*, tanto da determinare l'invalidità (per eccesso di potere) della pronuncia sulla competenza di un altro giudice: "(...) non potendo il giudice adito pregiudicare colle proprie decisioni le attribuzioni di un'altra": così C. Firenze 24 febbraio 1870, in *Legge* 1870, I, 405. Secondo L. MORTARA, *Manuale della procedura civile*, Torino 1901, I, 71, il giudice che riconosceva la propria incompetenza, limitava: "(...) la sua funzione ad un effetto negativo", declinando la cognizione della domanda, senza stabilire a quale giudice appartenesse la competenza nel caso concreto, e, quand'anche lo designasse, ciò: "(...) non diminuirebbe la libertà del magistrato designato per esaminare e decidere da sé intorno alla propria competenza".

tenza *in senso statico*, che fungevano da parametro di riferimento esclusivo per la soluzione delle problematiche concernenti la competenza. Secondo questa prospettiva, l'incompetenza era considerata alla stregua di una meccanica verifica della sussistenza, *in concreto*, dei criteri di competenza *astrattamente previsti dalla legge* e, in quanto tale, si risolveva in un controllo di legalità sulla scelta, da parte dell'attore, di un determinato giudice, asseritamente *competente* in relazione alla controversia dedotta.

Tale controllo di legalità si ricollegava, già nel vigore del codice di rito del 1865, ad un "sistema di guarentigie", volte a puntellare, nella pendenza del processo, l'osservanza dei criteri astratti, ossia a far sì che il giudice adito semplicemente verificasse il rispetto, da parte dell'attore, delle norme sulla competenza.

L'assenza della corrispondenza tra il giudice adito *nel caso di specie* e il giudice che *avrebbe dovuto essere adito secondo i criteri astratti*, induceva, secondo la dottrina prevalente⁷⁹, a considerare l'incompetenza come fenomeno esclusivamente "negativo" o addirittura "patologico" e non, al contrario, come ipotesi di competenza *in chiave dinamica*, che si avvale della pendenza della lite per conferire la legittimazione a giudicare a giudici che, spesso, secondo i criteri astratti o legali di competenza, ne sarebbero sforniti.

Secondo la concezione tradizionale⁸⁰, infatti, la competenza è *l'ampiezza o misura della giurisdizione*, attribuita ai singoli giudici in base ad una serie di criteri (materia, valore, territorio, funzione), legislativamente codificati, che si riferiscono tutti *al momento che precede l'instaurazione del processo* e che fungono da punto di riferimento "statico" per l'attore che intenda proporre, ai sensi dell'art. 99 c.p.c., una domanda al "giudice competente". Allo stesso tempo, essi fungono da parametro in base al quale il giudice adito – che è *già* titolare di una porzione della potestà giurisdizionale, a prescindere dalla proposizione della domanda – valuta la sussistenza, *nel caso concreto*, del proprio potere decisorio.

La combinazione di questi due fattori (da un lato, la sussistenza, in capo all'organo adito, del potere giurisdizionale; dall'altro, l'esistenza di una serie di norme che stabilivano, *a priori*, quando l'organo in questione *potesse o dovesse* esercitare il potere medesimo), integravano e fondavano l'operatività del principio *Kompetenz Kompetenz* (per cui ogni giudice è giudice della – sussistenza o meno – della propria competenza), inteso come baluardo de: "(...) *l'autonomia della funzione sovrana di giurisdizione*"⁸¹. Questo aspetto è messo in particolare rilievo dal Mortara, secondo cui il principio in questione, sebbene non ascrivibile a un: "(...)

⁷⁹ Verso cui G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, cit., 14 ss. era molto critico.

⁸⁰ Per un'articolata rassegna delle diverse posizioni dottrinali sulla nozione di competenza v. A. LEVONI, voce *Competenza nel diritto processuale civile*, in *Digesto Civ.*, III, Torino 1988, 102.

⁸¹ L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, I-V, 5ª ed., Milano 1923, 393.

dogma che abbia a ricevere cieca obbedienza”, sottendeva una regola savia e prudente, rinnegando la quale si rischiava di: “(...) *aprire le porte a ogni sorta di arbitrio e annullare la stessa autonomia della funzione sovrana di giurisdizione*”⁸².

A tale primario fondamento va aggiunta l'ulteriore ragione per cui, nell'ambito del sistema delle “vie parallele”, come più volte ricordato in precedenza, l'opinione assolutamente prevalente in giurisprudenza riconduceva il rapporto arbitro-giudice alla categoria della *competenza*, qualificando dunque l'*exceptio compromissi* in termini di *eccezione di incompetenza*.

Se, dunque, da una parte, il giudice doveva fare riferimento ai criteri c.d. “statici” per valutare la propria competenza e, dall'altra, l'*exceptio compromissi* veniva assimilata all'eccezione di incompetenza (soggetta, quanto al regime processuale, ad un'eccezione di incompetenza per territorio derogabile *ex art. 38, comma 2, c.p.c.*⁸³), il giudice statale, a fronte di un'eccezione di patto arbitrale, al pari di quando veniva invocato un qualsiasi patto di deroga convenzionale, era tenuto a valutare la sussistenza dei requisiti richiesti affinché quell'accordo esplicasse validamente l'effetto di escludere la sua competenza, imponendogli una pronuncia declinatoria⁸⁴.

⁸² L. MORTARA, *op. ult. cit. loc. cit.*

⁸³ L'assimilazione non era, peraltro, assoluta. Non solo nel senso che la convenzione arbitrale ha una portata più ampia del *pactum de foro prorogando* (per riferirsi solo ad una delle ipotesi di deroga convenzionale della competenza), in quanto quest'ultimo ha un oggetto esclusivamente processuale (riguardando la scelta di un giudice piuttosto che di un altro), mentre la prima concerne: “(...) *lo stesso modo di essere della tutela e, talvolta, i criteri di giudizio adoperabili, così che deve escludersi che abbia rilievo soltanto processuale*”: così G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino 1997, 37; ma v. anche E. REDENTI, *Compromesso*, in *Noviss. Dig. It.*, III, 1957, 786 ss.; E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., 33 ss.; S. LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., 41 ss.; G. MIRABELLI, D. GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato*, cit., 13 ss. Ma, soprattutto, nel senso che l'accordo processuale di deroga *ex art. 38, comma 2, c.p.c.*, che costituisce una delle fattispecie indirette di *competenza dinamica* (su cui v. G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, cit., 1 ss.; L. MONTESANO, G. ARIETA, *Diritto processuale civile*, I, cit., 77 ss.), era idoneo, al contrario di quanto accadeva con l'*exceptio compromissi*, a far *prosequire* il giudizio davanti al giudice *ad quem*, in caso di riassunzione in termini della causa dinanzi a quest'ultimo: il processo, cioè, *continuava* nell'altra sede.

⁸⁴ Riprendendo l'esempio degli accordi processuali di deroga, è bensì vero che si affermava che la norma di cui all'art. 38, comma 2, c.p.c. facesse discendere: “(...) direttamente dall'adesione all'indicazione, l'effetto finale della fattispecie, escludendo ogni possibilità, da parte del giudice, di sindacare nel merito l'oggetto dell'accordo” (così G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, cit., 24; L. MONTESANO, G. ARIETA, *Diritto processuale civile*, I, cit., 104), nel senso, cioè, che il giudice *a quo* restava estraneo sia alle modalità di formazione dell'accordo sia al contenuto dello stesso. Ma la mancanza di qualsiasi controllo si riferiva al fatto che il giudice non dovesse verificare il rispetto, all'atto della formazione e del perfezionamento dell'accordo, dei criteri *astratti* di competenza che fissano la competenza in senso statico del giudice *ad quem*, da cui, come detto, l'operatività della competenza in senso dinamico (tra cui rientrava anche il caso degli accordi convenzionali di deroga) prescindeva. Ciò non toglie, invece, che il giudice *a quo*, prima di emettere l'ordinanza di can-

A differenza del giudice statale, *permanentemente incardinato nell'organizzazione giudiziaria statale*, l'arbitro non ha tuttavia potestà giurisdizionale *a priori* e *a prescindere* da una stipulazione pattizia (la convenzione arbitrale) che gliela conferisce.

Esso, sebbene nell'ambito del quadro normativo fissato dall'ordinamento, deriva la propria "competenza" *direttamente da* (e nei limiti di) *quella pattuizione*. Giudicare della propria competenza significa dunque, per l'arbitro, giudicare, sempre e prima di tutto, della validità di un accordo, l'esistenza e validità del quale rappresentano la fonte stessa della sua *potestas iudicandi* (a giudicare non solo sul merito della disputa, ma anche, preliminarmente, sulla propria competenza).

Come visto in precedenza⁸⁵, nel vigore del codice di rito del 1865, a differenza di quanto accadeva, più o meno nello stesso periodo, in ordinamenti contigui, quali quello francese⁸⁶, il principio *Kompetenz Kompetenz* applicato all'arbitrato faceva non poca fatica ad affermarsi, in ragione dell'ostilità nei confronti dell'istituto arbitrale da parte dell'autorità giudiziaria, gelosa della propria funzione istituzionale e giudicante⁸⁷. Non essendo riconosciuto in capo agli arbitri un vero e proprio potere di *ius dicere*, analogo alla "*giurisdizione piena e per autorità propria*" tipica dei giudici statali, il patto arbitrale veniva tendenzialmente inquadrato quale accordo di *deroga alla propria competenza*, su cui l'autorità giudiziaria riteneva di avere un diritto-dovere di esprimersi. Sebbene il dato normativo non fornisse un appiglio univoco a tale posizione *autarchica* dei giudici statali⁸⁸, questi ritenevano di avere un'indiscutibile primazia sul giudizio degli arbitri e sulla funzione da essi svolta⁸⁹, pretendendo di poter dirimere la questione dell'allocatione

cellazione della causa dal ruolo, debba procedere ad una verifica formale delle condizioni di perfezionamento dell'accordo: "(...) *la sussistenza delle quali costituisce presupposto condizionante la valida pronuncia del provvedimento*" (G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, cit., 24) e, in caso di esito positivo, pronunciare la detta ordinanza. Dello stesso avviso è M. ACONE, *Accordo processuale di proroga della competenza e condanna alle spese*, in *Riv. dir. proc.* 1961, 691, secondo cui, in presenza dell'accordo, il giudice "(...) *non ha che da darne atto (verificandone, cioè, la sussistenza e validità)*".

⁸⁵ V. il primo capitolo, in particolare il par. 2.

⁸⁶ Su cui v. M. MONGALVY, *Traité de l'arbitrage, en matière civile et commerciale*, Bruxelles 1837, n. 172; G.L.J. CARRE, *Lois de la procédure civile*, Parigi 1841, *Quest.* 3281.

⁸⁷ F. CARNELUTTI, *Clausola compromissoria e competenza arbitrale*, in *Riv. dir. proc.* 1921, II, 327 e in *Studi di diritto processuale*, Padova 1925, 104.

⁸⁸ Il codice del 1865 prevedeva, infatti, all'art. 32, comma 1, uno specifico motivo di nullità del lodo, invocabile in tutti i casi in cui la decisione dell'arbitro fosse stata resa: "(...) *sopra un compromesso nullo o scaduto, oppure fuori dai limiti del compromesso*". Osservava in proposito M. AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, cit., 263, che: "La difesa della legge e delle parti" avrebbe dunque potuto essere "completa senza (...) necessità di un giudizio preliminare di primo e secondo grado sulla competenza degli arbitri".

⁸⁹ V., per riferimenti, S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 44 ss.

della *potestas iudicandi in ogni caso*, e dunque anche se aditi per secondi nel caso di pendenza parallela di giudizi sulla medesima causa⁹⁰.

Con il passare degli anni, e altresì a seguito del passaggio al codice di rito del 1940, la legittimazione dell'arbitro a giudicare di tutte le obiezioni relative alla sussistenza della propria *potestas iudicandi* (ivi comprese le dispute intorno all'esistenza, validità, efficacia, ambito oggettivo e soggettivo di applicazione del patto arbitrale), sebbene fosse a tutti gli effetti un *paradosso logico* (nella misura in cui attribuiva al giudice arbitrale un potere di giudicare, derivante da una pattuizione delle parti, prima ancora che *fossero accertate l'esistenza, validità ed efficacia di quella pattuizione*), era ormai un principio acquisito in dottrina⁹¹ e in giurisprudenza⁹², in virtù non solo di espresse previsioni normative (di diritto interno e convenzionale), ma altresì di ragioni di carattere pratico.

Sotto il primo profilo, pur mancando, nell'ambito del codice del 1940, una norma corrispondente al combinato disposto degli attuali commi 1 e 2 dell'art. 817 c.p.c.⁹³, un'interpretazione in chiave sistematica delle norme all'epoca vigenti conduceva al medesimo risultato⁹⁴. In particolare, dal combinato disposto, da un lato, del prev. 817 c.p.c., secondo cui: "*La parte che non eccepisce nel corso del procedimento arbitrale che le conclusioni delle altre parti esorbitano dai limiti del compromesso o della clausola compromissoria, non può per questo motivo, impugnare di nullità il lodo*" e, dall'altro, del prev. art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c., che consentiva l'impugnazione del lodo che avesse pronunciato *fuori dei limiti del compromesso*, si faceva discendere, innanzitutto, il potere degli arbitri di conoscere e decidere

⁹⁰ V., in tal senso, Cass. 5 novembre 1925, in *Rep. Foro it.*, 1925, voce *Competenza civile*, n. 483; Cass. 25 luglio 1932, *ivi*, n. 332. In dottrina v. L. MORTARA, *Commentario*, cit., III, 88.

⁹¹ V. G. SCHIZZEROTTO, *L'arbitrato rituale nella giurisprudenza*, cit., 184; ID., *Dell'arbitrato*, cit., 222; S. LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., 42; P. BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, Bari 1998, 78; G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., 16; G. MIRABELLI, D. GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato*, cit., 84; C. FURNO, *Alcune questioni in materia di arbitrato*, in *Giur. it.* 1951, 617; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 834; L. BIAMONTI, voce *Arbitrato*, in *Enc. dir.*, II, Milano 1958, 926; E. REDENTI, *Compromesso*, cit., 795; ID., *Compromesso*, cit., 489; T. CARNACINI, *Arbitrato rituale*, in *No-viss. Dig. It.*, 1958, 913.

⁹² V., *ex multis*, Cass. 11 ottobre 1972, n. 3033, in *Foro it.* 1973, I, 726; Coll. arb. Ferrara 21 aprile 1989, in *Riv. arb.* 1992, 333, nt. F. CIPRIANI.

⁹³ Secondo cui, se la validità, il contenuto o l'ampiezza della convenzione d'arbitrato (o la regolare costituzione degli arbitri) siano contestate nel corso dell'arbitrato, *gli arbitri decidono sulla propria competenza* (ciò anche allorquando i loro poteri siano contestati *in qualsiasi sede per qualsiasi ragione* sopravvenuta nel corso del procedimento).

⁹⁴ Dopo i disorientamenti verificatisi nell'ambito del codice di rito del 1865, la statuizione secondo cui gli arbitri: "(...) *come tutti i giudici, [sono] giudici della propria competenza*", divenne sempre più ricorrente nella giurisprudenza. V., in tal senso, Cass. 17 settembre 1947, n. 1570, in *Mass. Giur. it.* 1947, 432; App. Milano 18 febbraio 1947, in *Temi* 1947, 358; App. Milano 31 ottobre 1950, in *Giur. it.* 1951, I, 2, 615, nt. C. FURNO.

della propria competenza per quanto concerneva *il contenuto o la portata* della convenzione arbitrale⁹⁵.

D'altra parte, dal disposto di cui ai commi 1 e 2 del prev. art. 819 c.p.c. (come modificati dalla riforma del '94⁹⁶), secondo cui gli arbitri potevano decidere di *tutte le questioni insorte nel giudizio arbitrale*, salvo di quelle che *per legge non potevano costituire oggetto di giudizio arbitrale e da cui dipendesse la definizione del giudizio ad essi affidato* (nel qual caso sarebbe scattato l'obbligo della sua sospensione), si faceva discendere il potere degli arbitri di conoscere e decidere anche della *esistenza, efficacia e validità* del patto compromissorio, non rientrando, tali questioni, tra quelle che, *per legge*, non potevano essere oggetto di giudizio arbitrale⁹⁷.

Infine, dal disposto di cui al prev. 829, comma 1, n. 1, c.p.c., che prevedeva l'impugnabilità del lodo per invalidità del patto arbitrale, si faceva discendere il potere dell'arbitro, a fronte dell'eccezione sollevata dalla parte, di giudicare, appunto, sulla validità dello stesso, *anche sbagliando*, essendo la sua decisione sempre e comunque soggetta ad uno scrutinio giudiziale in sede di impugnazione di nullità del lodo (che rimaneva nella disponibilità delle parti azionare o meno). In mancanza di impugnazione, il lodo, lungi dall'essere giuridicamente inesistente, si cristallizzava definitivamente, divenendo incontrovertibilmente vincolante per le parti⁹⁸.

⁹⁵ Infatti, se, da un lato, una parte poteva eccepire, nel corso del procedimento arbitrale, che le conclusioni dell'altra parte esorbitavano dai limiti del patto compromissorio, e, dall'altro, l'ordinamento metteva a disposizione di tale parte financo il rimedio dell'impugnazione per nullità di un lodo che avesse pronunciato *fuori* dei limiti del compromesso, non poteva non riconoscersi, in capo agli arbitri, il potere di decidere su *contenuto e portata* del patto compromissorio, nel senso di poter valutare se il detto patto *includeva o meno* le conclusioni formulate dalle parti, pena l'assurdità di obbligare l'arbitro a pronunciare un lodo che, nel momento stesso in cui lo pronunciava, *sapeva essere invalido e destinato a sicuro annullamento*. Così V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 834; C. FURNO, *Alcune questioni*, cit., 617; L. BIAMONTI, voce *Arbitrato*, cit., 926.

⁹⁶ L'art. 819 c.p.c., rubricato *Questioni incidentali*, come modificato dalla riforma del '94, così disponeva: "Se nel corso del procedimento sorge una questione che per legge non può costituire oggetto di giudizio arbitrale, gli arbitri, qualora ritengano che il giudizio ad essi affidato dipende dalla definizione di tale questione, sospendono il procedimento" (comma 1) e: "Fuori di tali ipotesi gli arbitri decidono tutte le questioni insorte nel giudizio arbitrale" (comma 2).

⁹⁷ V., in questo senso, P. BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., 78; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 835; S. LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., 43.

⁹⁸ V. P. BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., 78; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 835, il quale, a proposito dei due articoli in esame, l'819 e l'829, comma 1, n. 1, c.p.c., sottolineava la stretta relazione che correva tra i due, evidenziando che essi si sorreggevano l'un l'altro: "(...) perché l'arbitro non sospende di decidere sulla validità ed efficacia del compromesso perché ne conosce con il lodo, che può, per questo motivo, formare oggetto di azione di nullità, così come l'arbitro può pronunciare una sentenza, inficiata da tale vizio, sol per ciò che la procedura

Osservava, in proposito, La Cina: “(...) *tutta la disciplina della impugnazione per nullità della sentenza arbitrale sta lì a dimostrare che gli arbitri possono e devono arrivare alla fine della loro procedura, e decidere, anche sbagliando, che la convenzione arbitrale è valida, come pure che essi sono stati ben nominati, che potevano essere nominati (...). Il rimedio sarà, appunto, la impugnabilità del prodotto della loro attività (e, quindi, se non impugnato, la sua valida permanenza), non certo l'inesistenza giuridica per difetto di potere*”⁹⁹.

Sotto il secondo profilo, al di là dei dati normativi appena ricordati, la ragione dell'estensione, anche all'arbitrato, del principio in questione trovava altresì fondamento, come già ricordato in precedenza, nell'intento di garantire *l'autonomia e indipendenza del fenomeno arbitrale*¹⁰⁰ – valorizzando il più possibile la scelta originaria delle parti in favore dello strumento arbitrale –, che sarebbero state minate se la mera contestazione della *potestas iudicandi* dell'arbitro (anche palesemente infondata) fosse stata sufficiente ad imporre, *in ogni caso*, la chiusura o sospensione del giudizio arbitrale e la necessità di rivolgersi al giudice statale per avere una statuizione preliminare sulla procedibilità e/o ammissibilità della via arbitrale.

Si riteneva, inoltre, che l'arbitro, investito, in base al patto arbitrale, della controversia, fosse *nella posizione migliore* per decidere di tutte le questioni preliminari o pregiudiziali rispetto alla decisione sul merito, tra cui rientrava anche la questione della sussistenza della sua *potestas iudicandi* (ossia dell'esistenza, validità ed efficacia della convenzione arbitrale), al pari di ciò che avviene per un giudice statale che debba decidere della sussistenza o meno dei presupposti processuali o delle condizioni dell'azione di una domanda giudiziale¹⁰¹.

Isolata appariva, invece, la posizione di chi ravvisava il fondamento dell'esten-

arbitrale non è stata sospesa in attesa del responso dei giudici togati”. Senza far esplicito ricorso agli argomenti esegetici di cui sopra, ne condividevano gli esiti anche R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, cit., n. 75; G. MIRABELLI, D. GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato*, cit., 84. In proposito E. REDENTI, *Compromesso*, cit., 795, scriveva: “(...) nel corso del procedimento arbitrale, sembra che la invalidità possa essere sollevata davanti agli arbitri anche dalla parte capace, quando si rifletta che, come diremo tra un momento, la sentenza (lodo) degli arbitri, potrebbe essere impugnata dalla parte o da chi per essa (...). Gli arbitri di fronte ai quali sia sollevata la questione, sembra che possano e debbano deciderne (e non già sospendere e rimettere all'autorità giudiziaria), salva la impugnabilità della sentenza (lodo) se l'abbiano infondatamente respinta”. Va ricordato, peraltro, che lo stesso E. REDENTI, in precedenza (v. ID., *Diritto processuale civile*, III, Milano 1957, 467), aveva espresso opinione opposta, tanto da mettere in dubbio il potere degli arbitri – proprio in quanto, in caso di controversia sulla sussistenza o meno del loro potere decisorio: “(...) *non si sa se arbitri siano*” – e da prospettare l'ipotesi che: “(...) sia questo un caso di sospensione e di rimessione all'autorità giudiziaria per la decisione pregiudiziale ai sensi dell'art. 819 c.p.c.”.

⁹⁹ S. LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., 43.

¹⁰⁰ V. P. BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., 78; LA CHINA, *L'arbitrato*, op. ult. cit. loc. cit.

¹⁰¹ Così P. BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., *ibidem*.

sione del principio in questione *anche all'arbitrato* nel fatto che l'attività degli arbitri, disciplinata minuziosamente dal codice di rito al pari di un procedimento speciale, desse luogo *all'esercizio di una vera e propria funzione giurisdizionale*. In questo senso si era espressa, ad esempio, una risalente decisione della Corte d'appello di Milano¹⁰². In realtà, non era tanto l'inquadramento giuridico, in un senso o nell'altro, del fenomeno arbitrale e della natura dell'attività esercitata dagli arbitri a determinare l'estensione del principio in questione anche all'arbitrato, quanto, piuttosto, l'esigenza di garantire che il potere attribuito agli arbitri, comunque qualificato, *potesse esplicarsi nella sua interezza e senza compressione alcuna*, così nel merito, come in relazione ai suoi stessi presupposti. Osservava, in proposito, Furno, che l'arbitrato non dava luogo: "(...) *ad una vera e propria funzione giurisdizionale nascente dalla volontà delle parti manifestata nell'accordo compromissorio; è, piuttosto, che la decisione sulla propria competenza (ossia, sui limiti concreti della propria funzione nel caso specifico) consiste essenzialmente in un giudizio sulla propria legittimazione a conoscere e a pronunciare; ed un giudizio siffatto gli arbitri debbono poter dare, per la stessa ragione e in virtù della stessa investitura, per cui sono legittimati ad emettere il lodo sul merito della controversia rimessa alla loro decisione*"¹⁰³.

In definitiva, dunque, anche in passato, nonostante l'assenza di espresse disposizioni sul punto, l'applicabilità del principio *Kompetenz Kompetenz* anche all'arbitrato risultava sostanzialmente pacifica, trovando altresì riscontro in molte coeve legislazioni straniere¹⁰⁴ e in alcuni strumenti convenzionali, tra cui, ad esem-

¹⁰² App. Milano 31 ottobre 1950, in *Giur. it.* 1951, 617.

¹⁰³ C. FURNO, nota a App. Milano 31 ottobre 1950, in *Giur. it.* 1951, 617.

¹⁰⁴ V., ancora, P. BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., 78; S. LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., 43. Non solo riconosciuto, ma anche espressamente codificato. V., per l'ordinamento inglese, la *Section 30 (Competence of tribunal to rule on its own jurisdiction)* dell'*English Arbitration Act*, ove si statuisce: "1) *Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may rule on its own substantive jurisdiction, that is, as to – a) whether there is a valid arbitration agreement; b) whether the tribunal is properly constituted and c) what matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement.* 2) *Any such ruling may be challenged by any available arbitral process of appeal or review or in accordance with the provision of this Part*". V., per un commento, B. HARRIS, R. PLANTEROSE, J. TECKS, *The Arbitration Act 1996, A commentary*, Oxford 1996, per i quali, peraltro, dal fatto che il testo di legge utilizzi l'espressione "rule", discenderebbe che gli arbitri avrebbero sì la *legittimazione* a conoscere della propria competenza, ma non il potere di decidere in maniera *definitiva* sulla questione ("(...) *[The Tribunal] (...) is not given a power of final decision*"); M. HUNTER, T. LANDAU, *The English Arbitration Act 1996. Text and Notes*, The Hague 1998. Per l'ordinamento olandese, v. l'art. 1052 (1) sia dell'attuale *New Dutch Arbitration Act* (2015) che del precedente *Dutch Arbitration Act* (1986), per il quale: "*The arbitral tribunal shall have the power to decide on its own jurisdiction*". In relazione al testo precedente, A.J. VAN DEN BERG, R. VAN DELDEN, H.J. SNIJDERS, *Netherlands Arbitration Law*, Deventer-Boston 1993, 81, sottolineavano il *dovere* del collegio di indagare, *anche d'ufficio*, la sussistenza della propria competenza, in caso di

pio, la Convenzione Europea sull'Arbitrato Commerciale Internazionale del 1961¹⁰⁵, il cui art. V, par. 3 dispone che l'arbitro: "(...) *ha il potere di pronunciarsi sulla propria competenza e sull'esistenza o validità della convenzione d'arbitrato o del contratto di cui detta convenzione fa parte*".

Non mancavano, tuttavia, sia in dottrina¹⁰⁶ che in giurisprudenza¹⁰⁷, opinioni

contumacia del convenuto: "*So the (natural) persons appointed as arbitrators are awarded a (provisional) "compétence-compétence", even if the defendant in case of default has not raised the plea of jurisdiction. Therefore there is not only the authority or competence, but in case of default there is also a duty to investigate into, and decide on, the jurisdiction or lack of it*", salvo rilevare come si trattasse di un potere/dovere non definitivo, ma provvisorio: "(...) *as the definitive decision about their jurisdiction lies with the ordinary Court*". Sull'ordinamento francese dell'epoca, che all'art. 1466 *nouveau code procéd. civ.* attribuiva espressamente agli arbitri il potere di giudicare su validità e limiti del compromesso, v. LOTTI, *La riforma dell'arbitrato in Francia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1983, 265. Nell'ordinamento belga dell'epoca (su cui vedi diffusamente LOTTI, *La nuova disciplina dell'arbitrato in Belgio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1982, 845), l'art. 1697, n. 1, *code jud.* disponeva: "(...) *le tribunal arbitral a le pouvoir de se prononcer sur sa compétence et, à cette fin, d'examiner la validité de la convention d'arbitrage*". Questa norma (interpretata dalla maggior parte della dottrina belga come inclusiva sia del potere degli arbitri di verificare se la controversia rientrasse tra quelle che potevano, astrattamente, essere deferite alla loro cognizione, sia del potere di valutare l'esistenza e la validità della convenzione, nonché la regolarità della loro designazione) segnava un passaggio molto rilevante, dal momento che, in precedenza, la giurisprudenza belga aveva negato tale potere agli arbitri, riservando all'autorità giudiziaria la decisione su ogni preliminare controversia relativa alla validità della convenzione arbitrale. Orientamento che aveva inevitabilmente favorito condotte poco ortodosse o dilatorie. Quanto all'ordinamento tedesco, infine, che proprio negli anni a cavallo delle due "svolte" giurisprudenziali della Cassazione italiana, di cui daremo conto nel prosieguo, si era dotato di una nuova legge sull'arbitrato, entrata in vigore l'1 gennaio 1998 (*Gesetz zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrecht – Schieds VfG* – del 22 dicembre 1997, in *BGBI*, I, 3224, su cui v. G. WALTER, *La nuova disciplina dell'arbitrato in Germania (una comparazione Germania – Svizzera – Italia)*, in *Riv. dir. proc.* 1999, 66 ss.; W.J. HABSCHIED, *Il nuovo diritto dell'arbitrato in Germania*, in *Riv. arb.* 1998, 175; G. LÖRCHER, H. LÖRCHER, *Das Schiedsverfahren – national/international – nach neuem Recht*, München-Berlin 1998; nonché riferimenti in C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario*, cit., 675 ss. e in M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, cit., 505 ss.), la § 1040 ZPO enunciava espressamente il principio della *Kompetenz-Kompetenz* arbitrale, per cui gli arbitri decidono sulla propria competenza, ove tempestivamente eccepita nella comparsa di risposta del convenuto, alla luce anche del principio di autonomia della clausola compromissoria rispetto alle altre pattuizioni contrattuali. Una particolarità dell'ordinamento tedesco era la c.d. *Kompetenz-Kompetenz – Klausel* (oggetto di critiche di gran parte della dottrina tedesca, per i richiami alla quale v. C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario*, cit., 675 ss.), in virtù della quale le parti erano legittimate ad attribuire agli arbitri la cognizione – non solo *in via cronologicamente prioritaria*, ma altresì *esclusiva* di qualsivoglia potere concorrente o revisione successiva da parte del giudice statale – della questione circa la sussistenza della propria *potestas iudicandi*.

¹⁰⁵ Si tratta della Convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale, adottata a Ginevra il 21 aprile 1961, ratificata con l. 10 maggio 1970, n. 418 e pubblicata in *Gazz. Uff.* 6 luglio 1970, n. 167.

¹⁰⁶ V., ad esempio, S. SATTÀ, *Diritto processuale civile*, 10^a ed. aggiornata ed ampliata da C. PUNZI, Padova 1987, n. 538; E. REDENTI, in *Nuovo Dig. It.*, cit., 502, per il quale: "(...) si suole

eterodosse, secondo cui, allorché si discutesse non della *portata, oggettiva e soggettiva*, o della *efficacia* del patto compromissorio, ma della sua stessa *esistenza e validità*, competente a decidere dovesse essere *esclusivamente l'autorità giudiziaria*, sicché l'arbitro, dinanzi al quale fosse contestata, per questo motivo, la *potestas iudicandi*, avrebbe dovuto *sospendere il procedimento* finché la questione, sottoposta alla cognizione del giudice ordinario, non fosse stata da questi decisa con autorità di giudicato¹⁰⁸.

In tali casi, una parte della giurisprudenza riteneva che l'esercizio della funzio-

ritenere (...) che non possono essere decise dagli arbitri, in virtù della clausola, le controversie (...) intorno alla validità della sola clausola, se questa sia stata separatamente stipulata. Si mette in rilievo a questo proposito che (...), posta in discussione l'esistenza e la validità del contratto cui aderisce la clausola, è posta in forse la stessa giurisdizione degli arbitri. La costituzione del giudizio arbitrale procede dal presupposto della esistenza e validità della clausola, la quale si trova impugnata mediante l'attacco di nullità che si muove contro il contratto in cui si trovi inserita o contro il separato negozio con cui fu stipulata". Per L. BIAMONTI, voce *Arbitrato*, cit., 927: "In tal caso, infatti, la decisione incide essenzialmente sulla validità dell'accordo delle parti con cui si è derogato alla giurisdizione ordinaria, e solo conseguentemente l'eventuale dichiarazione di nullità ha rilevanza sulla competenza degli arbitri". Da ultimo v. G. TARZIA, *Commento all'art. 20 (828 c.p.c.)*, in G. TARZIA, R. LUZZATTO, E.F. RICCI (a cura di), *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, cit., 542, per il quale la competenza *esclusiva* del giudice ordinario a giudicare se il negozio compromissorio sia valido o nullo: "(...) *non sembra potere essere fondatamente contestata*"; nonché M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato interno*, cit., 363 ss., che aveva sollevato perplessità sull'estensione del principio in questione alla cognizione, oltre che dell'esistenza di un patto arbitrale, *anche della sua validità*.

¹⁰⁷ Fra le sentenze capostipiti di un tale orientamento, v. Cass. 23 giugno 1937, in *Riv. dir. comm.* 1937, II, 505, secondo cui: "*Se la clausola è nulla, la giurisdizione arbitrale viene a mancare, quindi qualunque questione che metta in discussione la validità della clausola compromissoria non può essere sottoposta al giudizio degli arbitri da essa contemplato*"; Cass. 17 settembre 1947, n. 1570, in *Mass. Giur. it.* 1947, 432; Cass. 19 gennaio 1948, n. 75, *ivi*, 1948, 18; Cass. 2 maggio 1957, n. 1489, in *Rep. Foro it.* voce *Arbitrato rituale e irrituale*, 180, n. 79; Cass. 9 dicembre 1949, n. 2564, in *Giur. it.* 1951, I, 1154, nt. JANNUZZI, per la quale: "(...) *condizione perché gli arbitri abbiano competenza a giudicare della nullità del contratto di diritto sostanziale, cui la clausola compromissoria inerisce, è che i motivi di nullità non si estendano anche alla clausola. Nel qual caso, il principio della autonomia della clausola non giustifica più la competenza arbitrale*"; Cass. 2 maggio 1957, n. 1489, in *Rep. Foro it.* 1957, voce *Arbitrato rituale e irrituale*, 180, n. 79, per cui: "(...) il principio dell'autonomia della clausola compromissoria trova il suo limite di applicazione nel caso che si discuta della stessa esistenza o della simulazione (assoluta o relativa) del contratto in cui la clausola sia inserita; in tal caso, poiché il giudizio degli arbitri investirebbe la stessa questione dell'esistenza del patto compromissorio, fonte dei poteri dei giudici privati, la controversia è sottratta alla loro competenza". Per ulteriori pronunce in tal senso, v., più di recente, Cass. 25 febbraio 1995, n. 2147, in *Riv. arb.* 1995, 689 ss., nt. del BUFALO; Coll. arb. Roma 2 marzo 1996, in *Riv. arb.* 1996, 149.

¹⁰⁸ La distinzione tra dispute sulla portata ed efficacia della convenzione arbitrale (che l'arbitro poteva conoscere e decidere) e dispute sulla *esistenza e validità della stessa* (riservate, invece, alla cognizione e decisione del giudice statale), sebbene non molto diffusa, era riscontrabile in taluni ordinamenti, ad esempio in quello belga prima della riforma dei primi anni '80 (su cui v. LOTTI, *La nuova disciplina dell'arbitrato in Belgio*, cit., 845 ss., e *ivi* per riferimenti).

ne arbitrale, nonostante l'inesistenza della clausola compromissoria, avrebbe addirittura determinato una: "(...) vera e propria usurpazione da parte degli arbitri della potestas iudicandi riservata al giudice togato, con la conseguenza della inapplicabilità del principio dell'assorbimento dei motivi di nullità in motivi di gravame e con la ulteriore conferma della rilevabilità d'ufficio del difetto dei presupposti fondamentali del giudizio arbitrale"¹⁰⁹.

Tale impostazione si fondava su una lettura particolarmente restrittiva del principio di *autonomia* della clausola compromissoria (pacificamente riconosciuto dalla pressoché totalità dei sistemi giuridici nazionali e, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, codificato dal codice del 1940 all'art. 808, comma 3, c.p.c.¹¹⁰), ai sensi della quale si riconosceva bensì all'arbitro il potere di conoscere

¹⁰⁹ Così Cass. 22 aprile 1963, n. 1026, in *Foro it.* 1963, I, 1959 e in *Riv. giur. ed.* 1963, 963, con ampi riferimenti a dottrina e giurisprudenza; v., inoltre, Cass. 16 luglio 1953, n. 2329, in *Foro it.* 1954, I, 19.

¹¹⁰ L'art. 808, comma 3 del codice del 1942 disponeva: "La validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce (...)". Il principio di autonomia della clausola compromissoria (*separability principle*) è stato in passato oggetto di un acceso dibattito. In una certa fase e in vari ordinamenti era prevalente la concezione relativa al carattere *accessorio* della clausola compromissoria, rispetto al contratto a cui essa accedeva, di cui, dunque, si riteneva dovesse seguire le sorti. Nel caso di contestazione della validità del contratto in sede arbitrale, si riteneva che l'arbitro dovesse astenersi dal giudicare nel merito, in quanto l'invalidità dell'accordo arbitrale travolgeva la fonte stessa della sua investitura. Nell'ambito del codice di rito del 1865, ad esempio, era opinione assolutamente prevalente che il vizio del contratto si estendesse anche alla clausola compromissoria, inficiando la percorribilità della via arbitrale. V., in tal senso, Cass. Roma 9 giugno 1902, in *Rep. Foro it.*, I, 869, voce *Arbitramento*; Cass. Roma 3 febbraio 1904, *ivi*, nn. 57 e 58; Cass. 15 luglio 1924, *ivi*, 1924, n. 66; App. Venezia 11 settembre 1875, in *Temi Veneta*, I, 47. In linea con questo approccio v. M. AMAR, *Dei giudizi arbitrali*, cit., 157; S. SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, cit., 184. Solo con il passare degli anni incominciò ad affermarsi il principio della c.d. autonomia della clausola compromissoria, dotata di una: "(...) vitalità giuridica propria indipendentemente [dal contratto cui accedeva]". Per riferimenti v. S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 46. Oggi, la maggioranza degli ordinamenti giuridici riconosce e spesso codifica il principio dell'autonomia della clausola compromissoria rispetto al contratto, consentendo agli arbitri di giudicare delle contestazioni relative all'esistenza e validità del contratto. Tra i *leading cases* che, nei diversi ordinamenti, hanno definitivamente sancito questo principio, v. per la Francia, Cass. 7 maggio 1963, *Etablissement Raymond Gosset c. Société Carapelli, Jurisclasseur*, 1963, II, 13405, nt. B. GOLDMAN; per l'Inghilterra, le decisioni della *House of Lords* nei casi *James Miller and Partners Ltd. v. Whitworth Street Estates Ltd.* e *Cie d'Armement S. A. v. Cie Tunisienne de Navigation S. A.* (richiamate da M.J. MUSTILL, S.C. BOYD, *Commercial Arbitration*, Londra-Edimburgo 1989, 59, nt. 2); per gli Stati Uniti, la decisione della Corte Suprema nel caso *Prima Paint v. Flood and Cocklin* (1967), riportata in L. CRAIG, W.W. PARK, J. PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, New York-Londra-Parigi, 1991, 70 ss. Per riferimenti al tema e ai suoi sviluppi sino ai nostri giorni v. P. BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., 48; M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato interno*, cit., 166 ss.; G. VERDE, *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., 59 ss. Quest'ultimo autore, in particolare, ricorda che,

e decidere dei presupposti della propria *potestas iudicandi* e, dunque, dell'esistenza e validità della convenzione arbitrale, ogniqualevolta le contestazioni rivolte a quest'ultima investissero *anche il contratto nel suo complesso* in cui quella fosse inclusa, ma gliene veniva precluso l'esercizio ove dette contestazioni investissero *solo la clausola compromissoria*, essendo stato messo in discussione *il presupposto stesso (il patto arbitrale) del suo potere decisorio*¹¹¹.

Tale orientamento interpretativo risultava peraltro incompatibile, allora come ora, con il dato normativo, che consentiva, ad esempio, che un qualsivoglia lodo arbitrale (anche o solo sulla *potestas iudicandi* arbitrale e dunque anche o solo sulla esistenza e validità di un patto arbitrale) venisse impugnato dinanzi al giudice dell'impugnazione, *proprio per il motivo dell'invalidità* (lato sensu *intesa*) *del patto arbitrale*. D'altra parte, se la *ratio*, da sempre sottesa all'estensione, anche all'arbitrato, del principio *Kompetenz Kompetenz*, risiedeva nell'esigenza di preservarne l'autonomia e l'indipendenza da indebite interferenze giudiziali, restringere l'operatività del principio in questione a sole determinate contestazioni vertenti sulla convenzione arbitrale, con l'esclusione di altre, avrebbe di fatto vanificato, o comunque significativamente frustrato, proprio quell'esigenza.

Queste considerazioni, in uno con la tendenza ad attribuire al lodo arbitrale (quantomeno a partire dalla riforma del 1994) tendenzialmente gli stessi effetti (o comunque effetti analoghi) prodotti da una sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, e altresì alla luce del fatto che l'applicabilità del principio *Kompetenz Kompetenz* anche in arbitrato trovava generalizzato riconoscimento a livello internazionale, inducevano a ritenere infondata, già *sub Julio*, ogni ricostruzione restrittiva o riduttiva dell'operatività di questo principio ove applicato all'arbitrato.

D'altra parte, che il potere dell'arbitro si estendesse a conoscere di *tutte le possibili contestazioni* mosse alla sua *potestas iudicandi*, ivi incluse quelle concernenti l'esistenza e validità del patto arbitrale, trovava conferma nell'interpretazione che la prevalente dottrina e giurisprudenza davano del disposto di cui all'art. 3, com-

superata la tesi dell'accessorietà della clausola, rimangono comunque aperti alcuni problemi di inquadramento, quali la valutazione del rapporto tra contratto e clausola compromissoria, in ipotesi di nullità e invalidità del primo e le conseguenze, sotto il profilo dell'opponibilità della clausola, del trasferimento del contratto a terzi e così via.

¹¹¹ V., ancora, G. TARZIA, *Commento all'art. 20 (828 c.p.c.)*, in G. TARZIA, R. LUZZATTO, E.F. RICCI (a cura di), *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, cit., 542, che dal sopra ricordato principio di autonomia della clausola compromissoria, deduceva che tale questione – di competenza del giudice ordinario – non potesse essere confusa con quella della “competenza arbitrale”. Conclusione questa confermata, secondo l'autore, dal dettato normativo dell'art. 817 c.p.c., per il quale l'*eccezione di incompetenza* degli arbitri aveva *soltanto* per oggetto: “(...) che le conclusioni delle altre parti esorbita[va]no dai limiti del compromesso o della clausola compromissoria”.

ma 2 della Convenzione di New York¹¹², anche ove l'eccezione di cui il giudice fosse chiamato a valutare la fondatezza o meno fosse stata proposta quando *già pendeva un procedimento arbitrale sulla stessa causa*¹¹³.

Detta norma, infatti, per quanto rivolta esclusivamente alle autorità giudiziarie dei paesi firmatari della Convenzione (non, invece, direttamente, agli arbitri), ha sempre rappresentato un parametro di riferimento, *anche per gli arbitri*, ogniquale volta si trattasse di definire l'oggetto delle valutazioni compiute dall'organo adito sulla propria *potestas iudicandi* in presenza di una convenzione arbitrale e di calibrarne l'estensione (*prima facie* o *full review*).

Le ragioni in precedenza illustrate inducevano a ritenere altresì infondate, già prima della novella del 1983, altre sporadiche prese di posizione (soprattutto giurisprudenziali, ma talvolta, anche di parte della dottrina¹¹⁴), invero molto risalenti

¹¹² Convenzione per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, adottata a New York il 10 giugno 1958, che l'Italia ha ratificato con l. 19 gennaio 1968, n. 62. L'art. II, comma 3 della Convenzione recita: "Il tribunale di uno Stato contraente, investito di una lite su di una questione in merito alla quale le parti hanno stipulato una convenzione (arbitrale) rinvierà le parti all'arbitrato, su richiesta di una di esse, a meno che non accerti che detta convenzione è caducata, inoperante o non suscettibile di applicazione".

¹¹³ V., tra gli altri, P. BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., 79; S. LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., 43, per il quale: "Dubbio non v'è che, se il giudice adito riconosce valida e vincolante la convenzione arbitrale, debba astenersi dal proseguire e giudicare, dichiarando la propria incompetenza a decidere se il compromesso o la clausola sono per arbitrato interno (...); in caso contrario il giudice dichiarerà la nullità, originaria o sopravvenuta, o pronunzierà l'annullamento della convenzione arbitrale e tratterà la controversia davanti a sé per la decisione di merito"; C. CECHELLA, *L'arbitrato, (Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile)*, Torino 1991, 76; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 222. In giurisprudenza v. Cass. 18 marzo 1970, n. 731; Cass. 28 gennaio 1966, n. 334, in *Temi* 1967, 1, nt. R. VECCHIONE, *Divagazioni sull'arbitrato e la competenza*; Cass. 14 ottobre 1963, n. 2721, in *Giust. civ.* 1964, I, 103; App. Genova 21 gennaio 1963, in *Foro it.* 1963, I, 810.

¹¹⁴ Per C. FURNO, *Alcune questioni*, cit., 617, ad esempio, quando la questione sorgeva dinanzi agli arbitri *già entrati in funzione*: "(...) allora essa riguarda, non già in generale e in ipotesi, la sfera di giudizio attribuita agli arbitri, in confronto a quella spettante al giudice ordinario, da un determinato accordo compromissorio; sibbene in concreto la legittimazione degli arbitri a decidere le questioni, così preliminari come di merito, relative ad una determinata controversia, di cui gli arbitri, per effetto del compromesso o della clausola compromissoria, sono già formalmente investiti"; per L. BIAMONTI, voce *Arbitrato*, cit., 925, sulla base della considerazione che: "(...) la decisione sulla competenza consiste essenzialmente in un giudizio sulla propria legittimazione a conoscere e a pronunciare e gli arbitri sono legittimati ad un tale giudizio per il fatto stesso di essere stati investiti della cognizione della controversia", riteneva che ove la questione in esame fosse sorta *dopo* la costituzione del collegio arbitrale, competente a decidere su di essa non era il giudice ordinario, ma l'arbitro, perché: "(...) in tal caso la controversia non riguarda più in generale la sfera di giudizio attribuita agli arbitri dall'accordo compromissorio, ma solamente, in concreto, la legittimazione a decidere sulle questioni, sia pregiudiziali che di merito, relative ad una determinata controversia". Entrambi gli autori citati, peraltro, limitavano l'esame degli arbitri al *contenuto ed ai limiti del-*

ti nel tempo, tendenti ad avallare letture *restrittive* dell'operatività del principio *Kompetenz Kompetenz*, secondo cui il potere dell'arbitro a giudicare della propria "competenza", sempre sussistente in caso di contestazioni a validità e contenuto della convenzione arbitrale avanzate *dopo* la costituzione del tribunale arbitrale, sarebbe venuto meno ove dette contestazioni fossero state avanzate *prima* di quel momento: in tale ultimo caso, si argomentava, la competenza a decidere su validità e contenuto della convenzione arbitrale *sarebbe spettata al giudice ordinario*, in quanto: "(...) *trattandosi (...) di delimitare la sfera di competenza degli arbitri in confronto a quella ordinaria, il giudizio si risolve in un intervento sulla competenza o meno dei tribunali ordinari ed è inammissibile che questo compito sia demandato agli arbitri, non dotati di pieno potere giurisdizionale*"¹¹⁵.

Prima ancora che l'incompatibilità con il dato normativo (sistematicamente inteso) e la prassi interpretativa all'epoca prevalente, erano le delicate ricadute pratico-applicative di quelle enunciazioni a farne emergere l'intrinseca contraddittorietà. Infatti, affinché il giudice ordinario potesse conoscere di quelle contestazioni *prima* della costituzione del tribunale arbitrale, non era chiaro, in primo luogo, se fosse necessario investirlo *anche* di una domanda relativa al rapporto sostanziale cui si riferiva il patto stesso, o se fosse ammessa una domanda di mero

l'accordo compromissorio, escludendo che essi fossero facoltizzati a svolgere un'indagine anche sulla validità di detto accordo (sebbene su questo punto C. FURNO, in *Alcune questioni in materia di arbitrato*, cit., 617, sembra contraddirsi).

¹¹⁵ Così Cass. 9 dicembre 1949, n. 2564, in *Giur. it.* 1951, I, 1, 156, nt. JANNUZZI, il quale, nella sostanza aderendo alla conclusione della Suprema Corte, ne individuava la *ratio* non tanto nell'assenza del pieno potere giurisdizionale in capo agli arbitri, quanto nel fatto che la controversia in esame vertesse – se sorta *prima* della costituzione del collegio – sui limiti entro cui avrebbe dovuto svolgersi il giudizio arbitrale, *senza affatto incidere ancora sulle questioni che l'arbitro avrebbe dovuto esaminare per decidere la lite a lui deferita*. Nello stesso senso v. App. Milano 31 ottobre 1950, in *Giur. it.* 1951, 617. Dello stesso tenore, in giurisprudenza, v. Cass. 17 settembre 1947, n. 1570, in *Rep. Foro it.* 1947, 112, 15; App. Brescia 11 febbraio 1948, in *Corti Brescia*, Venezia, 1948, 56 e in *Rep. Foro it.* 1948, voce *Arbitramento*, 106, n. 24. In dottrina, v. C. FURNO, *Alcune questioni*, cit., 617, per cui la competenza doveva: "(...) di necessità spettare al giudice ordinario, sia perché, appunto, il collegio arbitrale non è ancora costituito, non esiste; sia, soprattutto, perché la questione investe la materia e la portata, e quindi la validità, dell'accordo compromissorio"; L. BIAMONTI, voce *Arbitrato*, cit., 925; E. REDENTI, *Compromesso*, in *Noviss. Dig. It.*, cit., 795; ID., *Compromesso*, in *Nuovo Dig. It.*, cit., 502, n. 57, per il quale l'orientamento di cui è fatta menzione nel testo (l'attribuzione al giudice statale della cognizione della contesa in esame *prima* della costituzione del collegio arbitrale), si giustificava: "(...) in quanto la clausola deroga entro certi limiti alla competenza del magistrato ordinario, mette in giuoco anche la sua competenza, onde questi deve conoscerne prima di lasciar corso al giudizio arbitrale, come nel caso inverso devono conoscerne gli arbitri prima di declinarla". Per ulteriori riferimenti, v. le rassegne di R. VECCHIONE, *Rassegna di giurisprudenza sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 1957, 141 ss.; A. LEVONI, *Rassegna di giurisprudenza sull'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1956, 1079-1516; ID., *Rassegna di giurisprudenza sull'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1964, 1244-1838 ss.

accertamento, *in via principale*, dell'esistenza-validità dell'accordo (sulla cui proponibilità, come vedremo ampiamente in seguito, la giurisprudenza pressoché unanime, supportata da gran parte della dottrina, si era peraltro espressa in senso negativo, in ragione della carenza della condizione dell'*interesse ad agire*¹¹⁶).

In secondo luogo, non era chiaro se, con il termine "spettare", ci si riferisse ad una sorta di competenza *esclusiva*, rispettivamente, del giudice ordinario *prima* della costituzione del collegio arbitrale e degli arbitri *dopo* tale momento, né quali fossero, in tal caso, le conseguenze di un'eventuale violazione di tale competenza asseritamente esclusiva.

Tale incertezza era accentuata dal fatto che il sistema delle "vie parallele" (che, secondo l'orientamento assolutamente dominante al tempo, regolava i rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale), si è sempre fondato sull'assunto della libertà e della reciproca autonomia della cognizione di tali questioni preliminari da parte del giudice e dell'arbitro, anche se aditi contestualmente o in momenti successivi a seguito della proposizione della stessa causa tra le stesse parti; sicché, ove tale questione fosse sorta *prima* della costituzione del collegio e il giudice fosse stato investito della sua cognizione (assieme alla deduzione di una pretesa nel merito), nulla impediva che quella questione *spettasse anche all'arbitro*, adito in un momento successivo sulla medesima pretesa già dedotta in sede giudiziale, senza che, per converso, tale successiva costituzione del collegio arbitrale fosse idonea a paralizzare il concorrente potere decisionale del giudice statale o a rendere inefficace, *ex post*, la decisione da questi eventualmente adottata sulla questione controversa in entrambi i fori¹¹⁷.

Fatto salvo il circoscritto *revirement* giurisprudenziale delle Sezioni Unite sul

¹¹⁶ Così, ad esempio, Cass. civ. 28 marzo 1991, n. 3361, in *Giur. it.* 1992, I, 554, per la quale: "(...) un'azione di mero accertamento sulla validità e sulla portata della clausola compromissoria sarebbe priva di interesse, in quanto condurrebbe ad una generica affermazione di competenza sfornita di efficacia preclusiva per il giudice che fosse chiamato successivamente a provvedere su una domanda determinata e che sarebbe, anzitutto, giudice della propria competenza".

¹¹⁷ In questo senso v. anche G. SCHIZZEROTTO, *Sulla qualificazione giuridica dell'eccezione di compromesso*, in *Giur. it.* 1966, 1625, per il quale: "Non si capisce, infatti, in che cosa consiste la spettanza del giudice ordinario. Si concretizza, essa, in un obbligo? Non sembra davvero. Quando le parti litigano sulla competenza o meno degli arbitri prima della costituzione del collegio arbitrale, perché mai dovrebbero essere obbligate a rivolgersi al giudice ordinario? Questi deciderà se ed in quanto uno dei litiganti si rivolga a lui perché dichiari la propria competenza e decida il merito, ma nulla impedisce che i litiganti, per la soluzione del litigio, provvedano alla nomina degli arbitri e propongano loro, assieme alle questioni d'ordine sostanziale, anche la controversia relativa alla competenza. Si potrebbe obiettare: ma, allora, una volta costituito il collegio arbitrale, si è fuori della questione, che riguarda la controversia sulla validità e limiti del contratto compromissorio per il periodo in cui gli arbitri non esistono ancora. Ma l'obiezione mette, chiaramente, in maggior evidenza l'inconsistenza dell'enunciato di cui trattasi".

finire degli anni '90, che avevano elaborato la soluzione della litispendenza c.d. "a senso unico" o "zoppa" (invero senza alcun significativo seguito in giurisprudenza, pur se parzialmente ripresa da qualche autore)¹¹⁸, si riteneva, in altri termini, che: "(...) *la costituzione del collegio arbitrale è senz'altro il momento di concretizzazione della volontà delle parti di deferire ad arbitri l'insorta controversia, ed al contempo espressione di un effettivo insediamento dell'organo giudicante: ma questo rilievo, se può valere per affermare l'attualizzazione dei poteri decisori degli arbitri, lascia comunque impregiudicata la concorrente competenza del giudice ordinario*"¹¹⁹; e ancora che: "(...) *non sembra che vi siano ragioni per ritenere che, instaurato il giudizio arbitrale, il giudice ordinario successivamente adito debba astenersi dal decidere*"¹²⁰.

Infine, non era chiaro quale fosse l'effetto della decisione emessa, su tale questione, rispettivamente, da parte del giudice e dell'arbitro, se – come più volte rilevato – era pacificamente accolto il principio per cui entrambi erano, prima di tutto, giudici della propria competenza, come tale insensibili alle valutazioni compiute sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale dall'altro organo.

Alla luce di quanto precede, appariva davvero contraddittorio, o comunque privo di qualsivoglia addentellato teorico, l'enunciato secondo cui, se la controversia sul contenuto e la validità del patto fosse sorta *dopo* la costituzione del collegio, essa *sarebbe spettata* agli arbitri, soprattutto in considerazione del fatto che, nella prassi, sebbene la decisione su una certa questione *spettasse* ad uno di essi, *anche l'altro era libero di pronunciarsi, in autonomia, sulla stessa questione*.

Assodato, dunque, che era il principio *Kompetenz Kompetenz* nella sua accezione più lata il criterio regolatore dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale, la valutazione divergente, compiuta dal giudice statale e dall'arbitro, circa l'esistenza, validità ed efficacia della convenzione arbitrale, invocata o contestata dinanzi ad essi eventualmente, nel contesto di due procedure contestualmente pendenti o instaurate in momenti successivi, poteva dare luogo a due scenari alternativi: un conflitto *positivo* di competenza, con la prosecuzione parallela di due procedimenti sulla medesima causa e la possibile emanazione di due decisioni confliggenti, da un lato; e un conflitto *negativo* di competenza, conseguente ad una duplice pronuncia declinatoria per accertata insussistenza della rispettiva *potestas iudicandi*, dall'altro, foriero (in assenza di meccanismi di trasmigrazione della causa dalla sede arbitrale a quella giudiziale (e viceversa), nonché di un'efficacia "esterna" della decisione sulla "competenza" in presenza di una pattuizione arbi-

¹¹⁸ V., *infra*, la Sezione seconda, ai parr. 8 ss.

¹¹⁹ R. MURONI, *Arbitrato, processo ordinario e litispendenza*, in *Resp. civ. e previd.* 1997, I, 117.

¹²⁰ D. GIACOBBE, *Questioni di litispendenza*, cit., 2457; v., anche, M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, cit., 505 ss.

trale) non solo della perdita degli effetti sostanziali e processuali della domanda originariamente proposta all'organo poi dichiaratosi incompetente, ma anche di un diniego di giustizia.

Su entrambi gli scenari, e sui rispettivi profili problematici, ritorneremo a breve¹²¹.

6.2. *L'inapplicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, dell'istituto della litispendenza*

Uno dei principi cardine del sistema delle "vie parallele" era l'inapplicabilità, ai rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale, dell'istituto della litispendenza di cui all'art. 39 c.p.c.

Tale inapplicabilità non veniva fatta discendere tanto dal ruolo attribuito al principio *Kompetenz Kompetenz* (dato che, nell'ambito dei rapporti tra giudici ordinari, la vigenza di quel principio non ostava – e non osta tutt'ora – all'applicabilità dell'istituto regolato dall'art. 39 c.p.c.), quanto, piuttosto, da due premesse di carattere teorico, ad esso strettamente correlate.

Da un lato, era opinione pressoché unanime che l'arbitro e il giudice statale *non appartenessero allo stesso ordinamento giuridico*. Dall'altro, si riteneva che l'automatismo del criterio della prevenzione, su cui si fondava l'istituto della litispendenza, fosse incompatibile con l'individuazione dell'organo competente a decidere nel merito della causa in presenza di una convenzione arbitrale *esclusiva*, non potendo l'allocatione della rispettiva *potestas iudicandi* prescindere da una valutazione preliminare circa l'esistenza, validità ed efficacia di quella convenzione, ossia circa l'efficacia dell'opzione delle parti in favore della via arbitrale, che l'arbitro e il giudice dovevano compiere autonomamente¹²². Invero, mentre nei rapporti tra giudici ordinari l'istituto della litispendenza, regolato dall'art. 39 c.p.c., poteva operare perché si presupponeva che i giudici aditi *fossero entrambi competenti* o, quanto meno, che, *istituzionalmente, la competenza dell'uno non escludesse quella dell'altro*, nei rapporti arbitro-giudice si era di fronte ad una *competenza necessariamente esclusiva*, che non poteva contestualmente sussistere in capo ad entrambi.

¹²¹ V. *infra*, i parr. 6.6. e 6.7.

¹²² V. Cass. 9 aprile 1998, n. 3676, in *Riv. arb.* 1998, 502, nt. M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*; Cass. 17 aprile 1968, n. 1143.; Coll. arb. 9 marzo 1996, in *Giust. civ.*, 1997, I, 1, 268, nt. R. VACCARELLA, *Questioni di litispendenza*, cit.; Coll. arb. Roma 2 marzo 1996, in *Riv. arb.* 1996, 361, nt. F. LEPRI; Coll. arb. Roma 22 febbraio 1989, in *Riv. arb.* 1991, 141, nt. A. GIARDINA, *Continenza e connessione di cause fra arbitro e giudice ordinario*. In dottrina v. F. DANOVÌ, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, cit., 416 ss.; G.F. RICCI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 504; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 229; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 843 e 844.

Ai sensi di una massima frequentemente riprodotta dalla giurisprudenza di quel periodo: “(...) *presupposto necessario perché sussista la litispendenza è che i due giudici aditi siano entrambi competenti a decidere le due cause. Compromessa in arbitri una controversia, tale condizione si verifica se una delle parti adisce il magistrato ordinario che dovrebbe dichiararsi incompetente. Il criterio della prevenzione in caso di litispendenza, intanto è applicabile in quanto si tratti di cause promosse davanti a giudici egualmente competenti, il che non si verifica allorquando, in base a una clausola compromissoria o a un compromesso, si pretenda da una delle parti di fare decidere la controversia dagli arbitri*”¹²³.

Il riferimento al concetto di giudici *ugualmente o entrambi istituzionalmente competenti*, che rappresenta l'elemento qualificante dei rapporti tra giudici ordinari rispetto ai rapporti tra questi e gli arbitri, necessita di un chiarimento. Tale statuizione si collegava (e si collega tutt'ora) alle tematiche, tra loro correlate, della competenza in senso “dinamico”, della competenza a carattere esclusivo e, soprattutto, dell'unitarietà del rapporto giuridico processuale¹²⁴, della quale l'istituto della *translatio iudicii* (ritenuto tradizionalmente inapplicabile al rapporto arbitri-giudici fino alla decisione della Corte costituzionale n. 223 del 2013) – che, a sua volta, presuppone l'appartenenza degli organi coinvolti da un potenziale conflitto di competenza al medesimo ordinamento giuridico – è uno dei principali espedienti procedurali.

In sostanza, l'affermazione secondo cui due giudici hanno *pari competenza istituzionale* (o, secondo un'altra espressione frequentemente utilizzata: “(...) *sono entrambi competenti*”), non andava intesa nel senso (letterale) per cui il criterio della prevenzione operasse solo laddove il giudice preventivamente adito fosse

¹²³ V. Cass. 15 giugno 1954, n. 2017, in *Rep. Foro it.* 1954, voce *Arbitrato rituale*, c. 187, nn. 44 e 45. Nello stesso senso, v. anche Cass. 4 aprile 1979, n. 1943; Cass. 17 aprile 1968, n. 1143, in *Giust. civ.* 1968, I, 1892; Cass. 28 gennaio 1970, 177, in *Mass. Foro it.* 1970, 67; App. Genova 22 febbraio 1954, in *Temi gen.* 1954, n. 75 e in *Rep. Foro it.* 1954, voce *Arbitrato rituale*, 188, n. 54; App. Trieste 2 gennaio 1953, in *Foro pad.* 1953, II, 14; Coll. arb. Genova 28 gennaio 1949, in *Riv. giur. lav.* 1949, II, 14. V. anche, per una rassegna della giurisprudenza dal 1947 al 1956, A. LEVONI, *Rassegna di giurisprudenza sull'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1956, 1116 ss. e, per gli anni 1951-1954, con particolare riguardo ai problemi di connessione e litispendenza tra giudizio ordinario e arbitrale, R. VECCHIONE, *Rassegna di giurisprudenza sull'arbitrato*, cit., 164. L'applicazione di tale istituto veniva invece giustificata in caso di arbitrato obbligatorio (in argomento v. R. VACCARELLA, *Questioni di litispendenza*, cit., 270), nonché, almeno secondo alcuni, in caso di contemporanea pendenza fra più procedimenti arbitrali, aventi ad oggetto la medesima controversia: v. M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, cit., 509.

¹²⁴ Sulla nozione di rapporto giuridico processuale, sull'origine ed evoluzione storica e sulla sua attuale rilevanza, v. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova 1985, 127 ss.; G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, cit., 102 ss.; E. SAMMARCO, *Trasmigrazione del processo dall'arbitro al giudice ordinario*, in *Giust. civ.* 1961, I, 1, 1836 ss.; A. LEVONI, voce *Competenza nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv.* 1988, 99 ss.

competente unicamente in base ai cosiddetti *criteri "astratti" di competenza* (valore, materia, territorio), sì che il giudice successivamente adito potesse spogliarsi della causa pendente dinanzi ad esso *solo* a seguito di una prognosi *positiva*, in conformità ai detti criteri, della sussistenza, nel caso concreto, dell'altrui competenza (come accadeva sotto il vigore del precedente art. 104 c.p.c. del 1865).

Quell'affermazione andava piuttosto intesa nell'ambito della prospettiva della competenza in senso "dinamico", nella misura in cui la proposizione di una domanda giudiziale ad un giudice, *in violazione delle previsioni legali ("astratte") sulla competenza*, non impediva la continuazione del processo – previa traslazione della causa (mediante l'istituto della *translatio ex art. 50 c.p.c.*) – dinanzi al giudice (indicato come) competente. Proprio in ragione dello stesso principio si escludeva l'operatività del criterio della prevenzione nei rapporti tra giudici ordinari e giudici speciali¹²⁵, non trattandosi di giudici *ugualmente competenti*, ma di giudici la cui reciproca sfera di competenza era a carattere *esclusivo ed inderogabile*¹²⁶, ri-

¹²⁵ Esemplificativa, in tal senso, è Cass. 17 aprile 1968 n. 1143, in *Giust. civ.* II, 1968, 1892 e in *Rep. Foro it.* voce *Opere pubbliche*, n. 200, che, equiparando, ai fini dell'esclusione dell'applicabilità dell'istituto della litispendenza, giudici speciali e arbitri, statuiva: "La litispendenza è una particolare situazione processuale che deve essere risolta sulla base del principio della prevenzione, dovendo, di regola, la causa continuare davanti al giudice adito per primo. Presupposto necessario è, quindi, che i giudici siano entrambi competenti o, quanto meno, che istituzionalmente la competenza dell'uno non escluda quella dell'altro. La litispendenza, pertanto, è inammissibile tra un giudizio pendente davanti all'autorità giudiziaria ordinaria ed altro instaurato davanti agli arbitri, così come è inammissibile tra una causa pendente davanti al giudice ordinario ed altra pendente davanti ad un giudice speciale".

¹²⁶ V., inoltre, *ex multis*, Cass. 14 ottobre 1959, n. 2833, in *Giust. civ. Mass.* 1959, 957 e in *Rep. Giust. civ.* 1959, voce *Competenza e giurisdizione civile*, n. 396, secondo cui: "(...) il criterio della litispendenza ed il conseguente criterio della prevenzione non sono applicabili quando una stessa causa è proposta davanti al giudice ordinario e ad un giudice speciale, essendo soltanto quest'ultimo – qualora la controversia sia dalla legge devoluta alla cognizione del giudice speciale – competente a giudicare su di essa"; Cass. 7 marzo 1959, n. 666, in *Giust. civ. Mass.* 1959, 227 e in *Rep. Giust. civ.*, 1959, voce *Competenza e giurisdizione civile*, n. 397, secondo cui: "(...) qualora si tratti di cause pendenti davanti al giudice ordinario e davanti al giudice speciale (nella specie, sezione specializzata agraria), non può farsi questione di litispendenza o di continenza di causa, presupponendo, il criterio della prevenzione, la esistenza di due giudici ugualmente competenti. In tale ipotesi, la controversia deve essere per intero e unitariamente devoluta alla sezione specializzata, venendo così meno la competenza del giudice ordinario"; Cass. sez. II 2 luglio 1960 n. 1749, in *Giust. civ. rep.* 1960, voce *Competenza e giurisdizione*, n. 362; Cass. S.U. 21 febbraio 1962 n. 348, in *Giust. civ.* I, 1962, 1067, secondo cui: "(...) questa Corte, con ripetute pronunce, ha, invero, affermato il principio dell'inammissibilità della litispendenza fra cause pendenti rispettivamente, davanti ad un giudice ordinario e ad un giudice speciale". Va rilevato che, nel caso di contemporanea pendenza della stessa causa dinanzi al giudice ordinario e ad un collegio arbitrale *obbligatorio* (quando ancora l'istituto dell'arbitrato obbligatorio era ritenuto legittimo), la giurisprudenza statale e arbitrale erano in generale a favore dell'operatività del criterio della prevenzione: v. Cass. 28 settembre 1973,

spetto ai quali non poteva dunque operare nemmeno il meccanismo della trasmissione del processo¹²⁷.

Da tali premesse discendeva che una situazione di “litispendenza” tra arbitrato e giurisdizione statale non potesse che *risolversi in una questione di competenza* (necessitante di un preliminare scrutinio circa la sussistenza o meno di una valida convenzione arbitrale), che entrambi gli organi, in base al principio *Kompetenz-Kompetenz*, erano legittimati a valutare *in piena autonomia* l’uno rispetto all’altro,

n. 2439, in *Giust. civ.* 1973, I, 1826 e in *Foro it.* 1973, I, 438; Coll. arb. 2 marzo 1996, Roma, in *Riv. arb.* II, 1996, 353, nt. F. LEPRI, *Arbitrato rituale*, cit., e in *Riv. arb.* 1996, I, 267, nt. R. VACCARELLA, *Questioni di litispendenza*, cit. Merita di essere qui riportata la motivazione del lodo emesso dal Collegio da ultimo citato. Richiamandosi alla sentenza della Cassazione del 28 settembre 1973, n. 2439, esso così statuiva: “La Suprema Corte, infatti, riconosciuto il carattere giurisdizionale dell’arbitrato rituale ex art. 25, R.D., 1127/1939, ha bensì confermato la litispendenza dichiarata dal giudice di merito successivamente adito, ma solo perché detto arbitrato era obbligatorio e necessario, non basato quindi su clausola compromissoria e successivo *exequatur*. Infatti, se il giudice ordinario successivamente adito, di fronte all’eccezione di compromesso, inevitabilmente ricompresa in quella di litispendenza (ammessane e non concessane la configurabilità) riferita ad un arbitrato volontario, deve valutare la propria competenza, il problema della litispendenza non potrà mai porsi, perché esso si risolverà, appunto, in un problema di competenza, mentre nel caso di arbitrato legale obbligatorio, poiché, come ha ben motivato la sentenza *de quo*, non è necessario esaminare la fondatezza di un’eccezione di parte per dare rilevanza alla contemporanea presenza di un’identica controversia davanti allo stesso o ad altro giudice, ricorrono i presupposti per l’applicazione delle norme e dei principi relativi alla litispendenza”. Per una critica alle argomentazioni contenute nel lodo v. la summenzionata nota di R. VACCARELLA.

¹²⁷ Il principio dell’esclusione della *translatio iudicii* nei rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizione speciale, costantemente ribadito dalla giurisprudenza (v., *ex multis*, Cass. 27 gennaio 1971, n. 201, in *Foro it.* 1971, I, 920, nonché, per ulteriori riferimenti, subito *infra*, il par. 6.6.) era invece criticato da una parte della dottrina (v., in particolare, V. ANDRIOLI, *Bilancio della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. E*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1965, 1644 e M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna 1976, 204) che invocava il dettato codicistico di cui all’art. 367, comma 2, c.p.c. (“*Se la corte di cassazione dichiara la giurisdizione del giudice ordinario, le parti devono riassumere il processo entro il termine perentorio di sei mesi dalla comunicazione della sentenza*”), in combinato disposto con l’art. 41, che sarebbe stato espressione del principio generale ricavabile dall’art. 50 c.p.c. Di conseguenza anche la giurisdizione, al pari della competenza, avrebbe dovuto qualificarsi non quale *presupposto della domanda*, ma quale *condizione di legittimità dei provvedimenti del giudice*, ordinario e amministrativo. Negli anni si è assistito ad una progressiva erosione dell’orientamento tralaticio in giurisprudenza, e ad aperture verso un’applicazione analogica dell’istituto in questione, sia nei rapporti tra giudici italiani e giudici stranieri, sia nei rapporti tra giudici ordinari e giudici speciali. Sotto il primo profilo, in particolare, v. Cass. 18 giugno 1987, n. 5357, in *Giust. civ.* 1987, I, 2210, nt. P. COMENALE; in *Foro it.* 1988, I, 1203 ss., nt. DONATI; in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 1214 ss., nt. A. CAMPEIS, A. DE PAULI, che ha affermato l’applicazione analogica dell’art. 50 c.p.c. ai rapporti tra giudice straniero e giudice italiano, ogniquale volta la domanda fosse stata *tempestivamente* riassunta davanti al giudice italiano (i.e. entro sei mesi dalla pronuncia declinatoria della giurisdizione pronunciata dal giudice straniero adito).

senza essere in alcun modo condizionati dalla pendenza parallela della stessa causa dinanzi all'altro organo¹²⁸.

Oltre che su tali ragioni di carattere teorico-sistematico, l'inapplicabilità, all'arbitrato, e ai suoi rapporti con i giudici statali, dell'istituto della litispendenza *ex art. 39 c.p.c.*, veniva altresì giustificata in base ad altre ragioni, sia di carattere normativo, sia di natura eminentemente pratica.

In primo luogo, si sosteneva (in base ad una interpretazione *letterale* della norma) che il disposto di cui all'art. 39 c.p.c., utilizzando l'espressione "giudici", non potesse in alcun modo riferirsi ad *organi giudicanti privati* (o comunque ad organi che fossero estranei, o esterni, all'ordinamento giudiziario), quali erano comunemente ritenuti gli arbitri¹²⁹.

In secondo luogo, si invocava (in particolare prima della riforma del 1994) la difficoltà di individuare, nell'ambito della serie di atti che concorrevano ad integrare, nel loro complesso, *la fase introduttiva del processo arbitrale*, il momento esatto in cui questo potesse dirsi *formalmente iniziato*; il momento, cioè, cui ricollegare la nozione di "pendenza" del giudizio ai fini della determinazione della prevenzione¹³⁰.

In terzo luogo, si riteneva che il rilievo officioso, che connotava l'eccezione di litispendenza, non potesse conciliarsi con il carattere disponibile dell'*exceptio compromissi* e che, pertanto, un'eventuale pronuncia declinatoria di competenza da parte degli arbitri o del giudice ordinario potesse conseguire solo all'accoglimento di un'eccezione di "incompetenza" dell'organo adito, sollevata dalla parte interessata¹³¹.

Infine, si paventava il rischio di un utilizzo strumentale, *in mala fede*, del meccanismo della prevenzione, dato che, per paralizzare temporaneamente, o financo vanificare del tutto, l'effettività della scelta compiuta dalle parti in favore del foro arbitrale, sarebbe stato sufficiente, per la parte contraria all'arbitrato (che pure aveva in precedenza prestato il suo consenso per l'opzione arbitrale), procedere al

¹²⁸ Nello stesso senso v. anche Cass. 28 gennaio 1970, 177, in *Mass. Foro it.* 1970, 67; Cass. 17 aprile 1968, n. 1143, in *Giust. civ.* II, 1968, 1892 e in *Rep. Foro it.* voce *Opere pubbliche*, n. 200; App. Genova 22 febbraio 1954, in *Temi gen.* 1954, n. 75 e in *Rep. Foro it.* 1954, voce *Arbitrato rituale*, 188, n. 54; App. Trieste 2 gennaio 1953, in *Foro pad.* 1953, II, 14; Coll. arb. Genova 28 gennaio 1949, in *Riv. giur. lav.* 1949, II, 14. V. anche, per una rassegna della giurisprudenza negli anni 1947-1956, rispettivamente, A. LEVONI, *Rassegna di giurisprudenza sull'arbitrato*, cit., 1116 ss. e R. VECCHIONE, *Rassegna di giurisprudenza sull'arbitrato*, cit., 164.

¹²⁹ Così E. FAZZALARI, voce *Arbitrato nel diritto processuale civile*, cit., 98; ID., *Sub art. 819 bis c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, E. FAZZALARI, R. MARENGO (a cura di), *La riforma dell'arbitrato*, cit., 144.

¹³⁰ V., per riferimenti, G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., 17.

¹³¹ Cass. S.U. 9 maggio 1956, n. 1505.

previo incardinamento dinanzi al giudice statale di una causa rientrante nell'ambito di applicazione del patto arbitrale, e così posticipare praticamente *sine die* il momento in cui le parti avrebbero potuto legittimamente deferire in arbitrato la controversia cui si riferiva un valido patto arbitrale (considerato che l'eventuale pronuncia declinatoria del giudice statale, in ragione dell'accoglimento dell'*exceptio compromissi* – o della eccezione di *res in iudicium deducta* –, avrebbe potuto essere impugnata mediante regolamento di competenza, ove non con le impugnazioni ordinarie, potendo peraltro il giudice statale decidere di posticipare la decisione su detta eccezione al momento della decisione del merito della causa, allungando così ulteriormente i tempi prima di pervenire ad una definizione incontrovertibile della questione)¹³².

6.3. *L'inapplicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, dell'istituto della translatio iudicii*

Uno dei tasselli fondamentali che concorrevano a comporre il sistema delle "vie parallele" era rappresentato dalla ritenuta *non applicabilità*, ai rapporti arbitro-giudice, dell'istituto della *translatio iudicii*, disciplinato dall'art. 50 del codice di rito.

Nei rapporti tra giudici ordinari, tale istituto consente la continuazione del processo dinanzi al giudice indicato come competente, a seguito di una declinatoria pronunciata dall'organo originariamente adito: "(...) *sia in caso di trasmigrazione (orizzontale) da giudice di merito a giudice di merito, sia in caso di trasmigra-*

¹³² Così E.F. RICCI, W. RUOSI, *Commento all'art. 11 (819-bis c.p.c.)*, in G. TARZIA, R. LUZZATTO, E.F. RICCI (a cura di), *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, cit., 516; C. CECHELLA, *Disciplina del processo nell'arbitrato*, in *Riv. arb.* 1995, 213 ss.; F.P. LUISO, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, in *Riv. arb.* 1997, 518. In posizione a sé stante G. FRANCHI, *La litispendenza*, Padova 1963, *passim*; ID., *Brevissime osservazioni sulla legge 9 febbraio 1983 n. 28 contenente modificazioni alla disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. civ.* 1983, 219, tra i più convinti assertori, già sotto il vigore della precedente normativa, dell'equiparazione, *quoad effectum*, tra lodo arbitrale e sentenza giudiziale. L'autore, infatti, pur ribadendo che, in presenza di un parallelismo di procedure sulla medesima causa, fosse *questione di competenza* stabilire quale dei due procedimenti dovesse continuare, operava una distinzione a seconda che il patto arbitrale devolvesse la cognizione delle controversie *in via esclusiva* all'arbitro, oppure, all'opposto, desse alle parti la facoltà di adire, *alternativamente*, il giudice ordinario o l'arbitro (essendo in tale ultimo caso sufficiente l'iniziativa di una sola delle parti per determinare la devoluzione della cognizione della controversia all'uno piuttosto che all'altro). Se la prima (più comune) ipotesi *non* dava luogo a litispendenza, risolvendosi in una questione di competenza, escludendo, istituzionalmente, la competenza dell'uno quella dell'altro, la seconda *dava invece luogo a litispendenza*. Non era, dunque, la peculiare natura del fenomeno arbitrale (*giurisdizionale o meramente privatistica*) a determinare l'applicabilità o meno dell'istituto della litispendenza, quanto, piuttosto, l'esclusività o meno dell'attribuzione di competenza ad uno dei due organi.

zione (verticale) a seguito di pronuncia regolatrice della Corte di cassazione, pronunziata anche in esito a ricorso ordinario”¹³³.

La giurisprudenza era granitica nel senso dell'impossibilità di applicare tale istituto ai rapporti arbitro-giudice¹³⁴, mentre più possibilista appariva una parte della dottrina¹³⁵. Anche dopo la riforma del 1994¹³⁶, che pure aveva visto una

¹³³ Così M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 250.

¹³⁴ V., *ex multis*, Cass. 23 gennaio 1990, in 354, in *Riv. arb.* 1991, 79, nt. G. MIRABELLI, *Regolamento o ricorso nell'impugnazione per incompetenza dell'arbitro*; Cass. 24 giugno 1967, n. 1570, in *Foro it.* 1967, I, 2082; Cass. 18 ottobre 1966, n. 2509, in *Rep. Foro it.* 1966, voce *Competenza civile*, nn. 462-463; Cass. 7 febbraio 1962, n. 241, in *Giust. civ.* 1962, I, 202 e in *Foro it.* 1962, I, 1123; Cass. 27 maggio 1961, n. 1261, in *Giust. civ.* 1961, I, 1837, nt. critica di E. SAMMARCO, *Trasmigrazione del processo*, cit.; in *Arb. e appalti* 1962, 436, nt. M. ACONE, *Dichiarazione d'incompetenza degli arbitri e traslazione del processo innanzi al giudice ordinario*. Tra le poche decisioni di segno contrario si segnalano Cass. 28 giugno 1975, n. 2565, in *Foro it.* 1976, I, 94, nt. C.M. BARONE, e in *Giur. it.* 1977, I, 1, 2043, nt. G. SCHIZZEROTTO, «*Translatio iudicii*» e giudizio arbitrale, che, in materia di contratti pubblici, aveva statuito che il termine decadenziale previsto dall'art. 47 del d.p.r. n. 1063 del 1962 per l'introduzione del giudizio dinanzi agli arbitri o al giudice ordinario dovesse ritenersi rispettato anche laddove, nel giudizio arbitrale o nel successivo giudizio d'impugnazione del lodo, si fosse riconosciuta l'incompetenza degli arbitri (a seguito di declinatoria formalizzata da una delle parti), a condizione che la riassunzione venisse effettuata in sede giudiziale ai sensi dell'art. 50 c.p.c.; nonché Coll. arb. Ferrara 21 aprile 1989, in *Riv. arb.* 1992, 745, nt. adesiva di D. BUONCRISTIANI, *Efficacia nel procedimento arbitrale della sentenza del giudice ordinario declinatoria della competenza a favore del collegio arbitrale*.

¹³⁵ La dottrina favorevole all'applicazione dell'istituto della *translatio iudicii* tra arbitrato e giurisdizione ordinaria osservava soprattutto come la sua esclusione apparisse incoerente sia con l'assimilazione dell'eccezione di patto arbitrale ad un'eccezione di incompetenza e con l'assoggettamento al regolamento di competenza della sentenza del giudice statale pronunciata su detta eccezione, sia con la sostanziale equiparazione *funzionale* tra arbitrato rituale e processo giurisdizionale. In tal senso v. V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, 3^a ed., Napoli 1964, 844 ss.; M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, in *Riv. arb.* 1996, 239 ss., spec. 245 e 258; D. BUONCRISTIANI, *Efficacia nel procedimento arbitrale della sentenza*, cit., 748; C. CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 143; A. LEVONI, *La pregiudizialità*, cit. Sulla stessa linea v. G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 236 ss., ID., «*Translatio iudicii*», cit., 2040; R. VECCHIONE, *op. cit.*, 546; G. NICOTINA, *op. cit.*, 193 ss.; M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 249 ss., per il quale, dall'assimilazione della domanda d'arbitrato alla domanda giudiziale, operata dal legislatore della riforma del 1994, sarebbe derivato il definitivo sdoganamento, nel nostro ordinamento, della "litispendenza" arbitrale, con conseguente applicabilità dell'istituto regolato dall'art. 39 c.p.c., come anche di quelli ad essa collegati, tra cui, appunto, la *translatio iudicii* (e altresì la *perpetuatio iurisdictionis*); F. DANOVÌ, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, cit., 224 ss., che, invece, riteneva che allo scopo servisse qualcosa in più rispetto all'equiparazione tra arbitrato e processo sancita dalla riforma del 1994, dato che financo nei rapporti tra organi appartenenti a diverse giurisdizioni, l'istituto della *translatio* era ritenuto inapplicabile; M. DE SANTIS, *Vecchie «aporie» e nuove proposte in tema di rapporti tra giudice ordinario ed arbitri*, in *Riv. dir. proc.* 2000, 205; E.F. RICCI, *L'arbitro di fronte alla litispendenza giudiziarica*, cit., 505. Per G. VERDE, *Ancora sulla pendenza del procedimento arbitrale*, in *Riv. arb.* 2009, 221, il legislatore del 1994, col prevedere che gli effetti della domanda si mantenessero fino

parte sempre più consistente della dottrina invocare l'applicabilità dell'istituto ai rapporti arbitro-giudice statale, soprattutto alla luce dell'avvenuta assimilazione della domanda di arbitrato alla domanda giudiziale¹³⁷, la giurisprudenza rimaneva salda sulle sue posizioni. Ciò era a maggior ragione ravvisabile, a seguito della svolta "negozialista" inaugurata dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 527/2000: la ricostruzione in senso integralmente privatistico del fenomeno arbitrale e l'attribuzione alla decisione degli arbitri di effetti puramente negoziali, con il conseguente abbandono della tralaticia qualificazione dei rapporti arbitro-giudici in termini di "competenza", avevano definitivamente sbarrato la strada ad ogni ipotesi di estensione dell'istituto ai rapporti arbitro-giudice¹³⁸, che ha sempre rappresentato una delle più importanti espressioni del principio, di matrice chiovendiana, della tendenza del processo a pronunzie di merito, rispondendo all'esigenza (garantista) che la sua durata non andasse a danno dell'attore che ha ragione¹³⁹.

La sua esclusione nei rapporti arbitro-giudice, oltre ad impedire la continuazione del giudizio dalla sede giudiziale a quella arbitrale e viceversa, ostava alla salvezza degli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda originariamente proposta all'organo poi dichiarato incompetente, da sempre *inscindibilmente connessa* alla (e condizionata dalla) possibilità di attuare quella trasmigrazione¹⁴⁰.

al passaggio in giudicato della sentenza resa in sede d'impugnazione del lodo, aveva di fatto ammesso una *sottospecie di trasmigrazione* del giudizio dalla sede arbitrale a quella ordinaria. Alcuni di questi autori valorizzavano altresì l'opposta soluzione seguita dalla giurisprudenza in applicazione dell'art. 47 del Capitolato Generale per le OO.PP., per cui la parte che avesse notificato la domanda di arbitrato (rituale) e che avesse visto declinare la competenza arbitrale dall'altra parte, poteva a sua scelta proporre domanda dinanzi al giudice ordinario, entro il termine perentorio di 60 giorni, ovvero promuovere la costituzione del collegio arbitrale, ferma restando la possibilità di riassumere il giudizio dinanzi al giudice competente, nei termini di cui all'art. 50 c.p.c., ove detto collegio si fosse dichiarato incompetente: per riferimenti all'art. 47 del Capitolato Generale per le OO.PP. v. C. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., I, 124; Cass. 28 giugno 1975, n. 2565, in *Foro it.* 1976, I, 94 e in *Giur. it.* 1977 I, 1, 2306, nt. G. SCHIZZEROTTO, *Translatio iudicii e giudizio arbitrale*. In generale, v. G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 371.

¹³⁶ V. Cass. 12 agosto 1997, n. 7521, in *Riv. arb.* 1998, 493, nt. critica di E. D'ALESSANDRO, *Ancora una volta la Suprema Corte nega la translatio iudicii nei rapporti tra giudice e arbitro*; Cass. 8 luglio 1996, n. 6205, in *Riv. arb.* 1997, 325, nt. critica di R. VACCARELLA.

¹³⁷ V., in tal senso, soprattutto M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 250. Secondo G. VERDE, *Ancora sulla pendenza del procedimento arbitrale*, in *Riv. arb.* 2009, 221, la riforma del 1994, nel prevedere che gli effetti della domanda si mantenessero fino al passaggio in giudicato della sentenza resa in sede d'impugnazione del lodo, aveva nei fatti sdoganato una sottospecie di trasmigrazione della causa dalla sede arbitrale a quella togata.

¹³⁸ Cass. 3 agosto 2000, n. 527; Cass. S.U. 6 luglio 2005, n. 14205.

¹³⁹ V. M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 250.

¹⁴⁰ A differenza di ciò che accade nell'ordinamento tedesco, nel quale vige la regola di cui al §

L'orientamento dominante in giurisprudenza giustificava detta esclusione in virtù dell'assunto secondo cui al rapporto arbitro-giudice statale non potessero riferirsi né il principio dell'*unità del rapporto giuridico processuale* né, soprattutto, quello dell'*unità della giurisdizione*.

Quanto al primo, invero oggi superato (trattandosi: "(...) *quasi al modo di un anacronismo, (...) [di] una nozione un po' troppo generalizzante, un po' troppo indeterminata*"¹⁴¹), era considerato espressione della: "(...) *tendenza del legislatore (...) a conservare in vita il rapporto processuale, una volta che esso è stato costituito, in tutte le situazioni in cui è possibile preservarne l'integrità, e cioè fin quando lo consentono gli altri principi che regolano il processo civile*", a sua volta finalizzata ad evitare la moltiplicazione di rapporti processuali di identico contenuto, a tutto detrimento delle parti e del sistema della giustizia civile nel suo complesso¹⁴². Esempio tipico di tale tendenza era proprio l'istituto della trasmigrazione del processo¹⁴³.

Quanto al principio dell'*unità della giurisdizione*¹⁴⁴, meno controverso del

212 BGB, secondo cui: "L'interruzione (della prescrizione) attraverso la domanda giudiziale si ha per non avvenuta, se la domanda è ritirata oppure se è rigettata con una sentenza passata in giudicato che non decide nel merito. Se il titolare propone, entro sei mesi, una nuova domanda, la prescrizione si ha per interrotta dalla proposizione della prima domanda" [trad. nostra]. V. anche F.P. LUISO, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, cit., 527; E. D'ALESSANDRO, *Ancora una volta la Suprema Corte nega la translatio iudicii*, cit., 499.

¹⁴¹ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., 286 ss.

¹⁴² Così E. SAMMARCO, *Trasmigrazione del processo*, cit., 1841.

¹⁴³ In quest'ottica, in relazione a detto istituto, perdevano mordente le critiche di incongruità sistematica da più parti mosse alla nozione di *rapporto giuridico processuale* (su cui v. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., 287 ss.), fondate essenzialmente sul rilievo che, se i cosiddetti presupposti processuali (quali la giurisdizione, la legittimazione ad agire, etc.) fossero veramente presupposti del detto rapporto processuale, la loro mancanza avrebbe determinato l'invalidità o inesistenza del processo. Se è infatti pacifico che un processo, anche solo finalizzato ad accertare l'assenza dei detti presupposti e l'impossibilità di decidere nel merito, è pur sempre un processo validamente instaurato, nel quale si svolgono atti validi, la decisione emessa al termine di esso, purché rigetti in rito la domanda, *sarà stata validamente pronunciata*. Con riferimento all'istituto della *translatio*, invero, la competenza, più che configurarsi come presupposto processuale del rapporto (qualificazione, per la verità, spesso contestata da parte della dottrina, che da condizione di ammissibilità della domanda l'ha spesso ridotta al rango di mera condizione di validità degli atti del giudice: v., per riferimenti, M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 251), andrebbe inquadrata come *presupposto della sentenza di merito*, dovendo cioè esistere *solo al momento della decisione finale*. Per E. SAMMARCO, *Trasmigrazione del processo*, cit., 1842: "Soltanto accettando questo modo di vedere ci si può spiegare come un processo instaurato presso un giudice incompetente possa trasmigrare, a norma dell'art. 50 c.p.c., dinanzi ad altro giudice pur rimanendo lo stesso. Se, invece, la competenza venisse concepita come un presupposto del rapporto, lo spostamento non sarebbe in alcun modo possibile, perché il rapporto stesso, costituito nei confronti di un giudice incompetente, non sarebbe validamente instaurato e, come rapporto invalido, non potrebbe subire nessuno spostamento".

¹⁴⁴ Su cui v. E. SAMMARCO, *Trasmigrazione del processo dall'arbitro*, cit., 1836 ss. Il principio

precedente e ritenuto tutt'ora valido, trovava fondamento nella considerazione che il *frazionamento interno al potere giudiziario*, rispondendo a criteri ed esigenze ora di mera opportunità o comodità (competenza territoriale), ora di garanzia (competenza funzionale e per materia), non faceva comunque venir meno il *carattere unitario della funzione esercitata*, il suo promanare da un'unica sorgente e la *comune appartenenza* degli organi che la esercitavano *ad un unico ordinamento*¹⁴⁵.

Proprio da questa *comune appartenenza* dei giudici ad un unico ordinamento discendeva che una domanda, riassunta tempestivamente dinanzi al giudice competente a seguito di una precedente declinatoria pronunciata dal giudice adito per primo, conservasse la sua originaria efficacia, fosse al riparo da decadenze o prescrizioni del diritto azionato e consentisse la continuazione del giudizio: invero, nel passaggio dall'uno all'altro giudice, la domanda giudiziale *rimaneva sempre la stessa*¹⁴⁶.

Collocandosi l'arbitro *al di fuori* dell'organizzazione giudiziaria statutale, non si poteva: "(...) discutere (...) della *trasmigrazione del giudizio*, e *conseguenzialmente, di continuazione del processo iniziato dall'arbitro da parte del giudice ordinario e viceversa*", proprio perché veniva a mancare il presupposto dell'aver agito, anche l'arbitro, *nell'ambito della giurisdizione*¹⁴⁷.

dell'unità della giurisdizione consiste in ciò, che la competenza è tradizionalmente definita come la *misura della giurisdizione*, segnando il *confine interno* fra le varie porzioni di potere attribuito ai vari organi dello Stato. I giudici, dunque, non sono investiti della totalità del potere giurisdizionale nel suo complesso, ma solo di una sua frazione. Tale frazionamento, ispirato a criteri di mera opportunità e/o comodità (competenza territoriale) o di garanzia (competenza funzionale e per materia), risponderebbe solo ad esigenze di carattere pratico-organizzativo, senza far venir meno il *carattere unitario del potere e della funzione esercitati*, nonché il loro promanare da un'unica sorgente. Da ciò discende che gli organi che se ne dividono l'esercizio appartengono comunque ad un'unica ed omogenea categoria, con la conseguenza che la domanda, rigettata, per asserita incompetenza, dal giudice adito, se riassunta nel rispetto dei termini di legge, conserva la sua originaria efficacia e ed è al riparo da decadenze o prescrizioni del diritto fatto valere. Ciò, appunto, perché la funzione (giurisdizionale) attivata con la presentazione della domanda giudiziale, nel passaggio dall'uno all'altro giudice, *rimane sempre la stessa*.

¹⁴⁵ E. SAMMARCO, *Trasmigrazione del processo*, cit., 1836 ss.

¹⁴⁶ V., in questo senso, Cass. 12 agosto 1997, n. 7521, in *Riv. arb.* 1998, 493 ss., nt. E. D'ALESSANDRO, *Ancora una volta la Suprema Corte nega la translatio iudicij*, cit.; Cass. 27 maggio 1961, n. 1261, in *Giust. civ.* 1961, I, 1836, nt. E. SAMMARCO, *Trasmigrazione del processo*, cit.; Cass. 7 febbraio 1962, n. 241, in *Foro it.* 1962, I, 1123; Cass. 24 giugno 1967, n. 1579, in *Foro it.* 1967, I, 2082. Ma v., *contra*, Cass. 28 giugno 1975, n. 2565, in *Giust. civ.* 1977, I, 2036, nt. G. SCHIZZEROTTO, "*Translatio iudicij*" e *giudizio arbitrale*, che ha ammesso la *translatio iudicij* nel passaggio della causa dall'arbitro al giudice ordinario; Coll. arb. Ferrara 21 aprile 1989, in *Riv. arb.* 1992, 745, nt. D. BUONCRISTIANI, *Efficacia nel procedimento arbitrale*, cit., che l'ha ammessa nel caso opposto, di passaggio della causa dal giudice ordinario agli arbitri.

¹⁴⁷ G. SCHIZZEROTTO, "*Translatio iudicij*" e *giudizio arbitrale*, in *Giur. it.* 1977, I, 1, 2039. Ma v., nel senso favorevole all'ammissibilità dell'istituto nei rapporti arbitro-giudice, V. ANDRIOLI,

Se questi erano gli argomenti principali per l'esclusione dell'applicabilità dell'istituto della traslazione della causa ai rapporti giudice-arbitro, altri venivano talora richiamati a supporto. In particolare, dalla natura privatistica, ibrida o comunque *non integralmente giurisdizionale* del giudizio arbitrale (spesso configurato in termini di *jurisdictio minus quam plena*, pur nell'ambito di una generalizzata riconduzione dei rapporti tra arbitro e giudice ordinario alla categoria della competenza), si facevano discendere l'impossibilità di attribuire all'arbitro la qualifica – espressamente contemplata dall'art. 50 c.p.c. –, di: "(...) *giudice dichiarato competente*"¹⁴⁸, nonché l'impossibilità, per gli arbitri, di "indicare" il giudice ordinario ritenuto competente¹⁴⁹, essendo la loro decisione priva di un'efficacia tale da vincolare un ipotetico giudice statale *ad quem* (anche in ragione del fatto che, nell'ambito della tesi della c.d. giurisdizionalizzazione *ex post*, per molto tempo prevalente in giurisprudenza, si riteneva che gli arbitri, prima che il lodo ottenesse l'*exequatur*, fossero privi di un pieno potere giurisdizionale, ritenuto requisito necessario affinché quell'indicazione producesse una qualsivoglia efficacia nei confronti delle parti e dello stesso giudice¹⁵⁰).

Si invocavano poi anche: *l'eterogeneità delle due procedure* (rispettivamente arbitrale e giudiziale) che, impedendo la configurazione di un *rapporto giuridico processuale unitario*, ostava alla prosecuzione, dinanzi all'organo asseritamente fornito di competenza, del giudizio originariamente incardinato dinanzi all'organo spogliatosi della *potestas iudicandi*¹⁵¹; l'assenza di un organo arbitrale *precostituito* rispetto all'inizio della procedura arbitrale, che potesse essere indicato quale "giudice *ad quem*" in un'eventuale dichiarazione di incompetenza pronunciata dal giudice statale¹⁵²; l'inidoneità della declinatoria di competenza ad esplicare effetti

Commento al codice di procedura civile, cit., 844 ss.; D. BUONCRISTIANI, *Efficacia nel procedimento arbitrale della sentenza del giudice ordinario*, cit., 748 ss.; C. CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 143 ss.; M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 239. Sulla stessa linea della giurisprudenza prevalente (contraria a detta ammissibilità) v., invece, G. BONGIORNO, in *Riv. dir. proc. civ.* 1974, 135 ss.; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, 282; E. D'ALESSANDRO, *Ancora una volta la Suprema Corte nega la translatio iudicii*, cit., 495.

¹⁴⁸ Cass. 24 giugno 1967, n. 1570. In dottrina v. M. DE SANTIS, *In tema di rapporti tra giudice ordinario e arbitri*, nota a Cass. 8 febbraio 1999, n. 1079, in *Foro it.* I, 2313; G. BONGIORNO, *Sulla «eccezione d'incompetenza nel processo arbitrale»*, in *Riv. dir. proc.* 1974, 142.

¹⁴⁹ V., in particolare, Cass. 27 maggio 1961, n. 1261, in *Giust. civ.* 1961, I, 1836, nt. E. SAMMARCO, *Trasmigrazione del processo*, cit.

¹⁵⁰ Cass. 27 maggio 1961, n. 1261, in *Giust. civ.* 1961, I, 1837, nt. critica di E. SAMMARCO, *Trasmigrazione del processo* cit.; in *Arb. e appalti* 1962, 436, nt. M. ACONE, *Dichiarazione d'incompetenza*, cit.; Cass. 12 agosto 1997, n. 7521, in *Riv. arb.* 1998, 493, nt. E. D'ALESSANDRO, *Ancora una volta la Suprema Corte nega la translatio iudicii*, cit.

¹⁵¹ Cass. 27 maggio 1961, n. 1261.

¹⁵² M. DE SANTIS, *In tema di rapporti tra giudice ordinario e arbitri*, in *Foro it.*, I, 2313; G. BONGIORNO, *Sulla «eccezione d'incompetenza nel processo arbitrale»*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 142.

al di fuori del processo in cui fosse stata resa da un lato, perché, all'esclusione dell'art. 50 c.p.c., si accompagnava la ritenuta inapplicabilità degli artt. 44 e 45 c.p.c.¹⁵³ – ossia di quelle norme che, nei rapporti tra giudici ordinari, in parziale deroga all'operatività del principio *Kompetenz Kompetenz*, consentono di tenere ferma l'indicazione di competenza operata dal giudice spogliatosi della causa –; dall'altro, perché ripugnava l'idea che, con il proprio lodo, gli arbitri potessero incidere sul potere dei giudici statali di valutare autonomamente la propria competenza¹⁵⁴.

A quest'ultimo profilo, che riveste importanza sistematica centrale nella dinamica dei rapporti e conflitti tra arbitrato e giurisdizione statale, andiamo ora a rivolgere la nostra attenzione.

6.4. *La non vincolatività, nei confronti dell'arbitro, della decisione della Cassazione regolatrice della 'competenza' e l'assenza, nei rapporti orizzontali arbitro-giudice, di un vincolo reciproco alla rispettiva decisione sulla 'competenza'*

Dalla ritenuta non appartenenza dell'arbitro e del giudice statale al medesimo ordinamento giuridico – invocata, come visto, a supporto della tesi della non applicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, di gran parte delle norme sulla competenza che regolavano invece i rapporti tra giudici ordinari (ivi comprese quelle sulla litispendenza e sulla *translatio iudicii*) – si faceva altresì discendere l'inidoneità della pronuncia della Suprema Corte a statuire in maniera definitiva, *ma soprattutto vincolante nei confronti degli arbitri*, sulla questione dell'allocatione della *potestas iudicandi* tra arbitri e giudici in presenza di una clausola arbitrale, esauendosi la portata di detta pronuncia: "(...) *nell'accertamento, in via definitiva, dell'esistenza di una deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria*"¹⁵⁵.

La statuizione della Corte di cassazione, in altri termini, sia di quella pronunciata in sede di ricorso per cassazione, sia di quella resa in sede di regolamento per competenza, non comportava: "(...) *alcuna preclusione per il collegio arbitrale, costituendo o già costituito, in ordine alla verifica della propria legittimazione a pronunciarsi sulla controversia ad essi deferita dai compromittenti, né, d'altro lato, impediva che il lodo da essi emesso potesse essere impugnato per nullità del compromesso, e cioè per motivi che escludevano il valido conferimento agli arbitri del potere di decidere la controversia insorta tra le parti (...)*"¹⁵⁶. Una pronuncia della Corte

¹⁵³ R. VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 626.

¹⁵⁴ D. BUONCRISTIANI, *Efficacia nel procedimento arbitrale della sentenza del giudice ordinario*, cit., 750; F. DANOVI, *La pregiudizialità*, cit., 232. V. anche Cass. 27 maggio 1961, n. 1261.

¹⁵⁵ Cass. 8 luglio 1996, n. 6205, che, nel passo riportato nel testo, sintetizza sul punto l'orientamento tralatico.

¹⁵⁶ Cass. 8 luglio 1996, n. 6205.

di cassazione, che avesse concluso per la competenza del giudice ordinario in ragione dell'accertata inesistenza o invalidità di un patto arbitrale, non avrebbe potuto impedire all'arbitro di ritenersi comunque competente e di procedere indisturbato con la trattazione della causa nel merito, e financo di pronunciare un lodo arbitrale, fondato su quel medesimo patto. Era ricorrente, tra le decisioni in tal senso della Cassazione, la statuizione secondo cui: "(...) *il giudicato sulla competenza del giudice ordinario finirebbe con l'assumere la natura di un inammissibile regolamento preventivo di competenza, privando le parti dell'impugnativa per nullità del lodo emesso da arbitri non legittimamente investiti dalla loro potestas iudicandi, ai sensi dell'art. 829 c.p.c.*"¹⁵⁷. Nell'ambito del sistema delle "vie parallele", dunque, la pronuncia della Corte di cassazione non poteva fungere da strumento di *coordinamento preventivo* tra le due procedure (arbitrale e giudiziale), essendole preclusa la funzione regolatrice, una volta per tutte e con efficacia *erga omnes*, delle questioni di competenza.

L'esclusione di qualsivoglia efficacia "esterna" e vincolante della statuizione sulla esistenza, validità ed efficacia di una convenzione arbitrale, peraltro, riguardava non solo i rapporti giudice-arbitro *di tipo verticale* (Corte di cassazione-arbitro, o anche Corte d'appello-arbitro), ma altresì quelli *di tipo orizzontale* (giudice statale di merito-arbitro). La giurisprudenza assolutamente maggioritaria, infatti, escludeva che la decisione sull'eccezione d'incompetenza, resa dagli arbitri piuttosto che dal giudice ordinario nell'ambito di una disputa vertente su una lite sostanziale, potesse spiegare effetti *al di fuori* del giudizio in cui fosse stata resa¹⁵⁸.

A tale esito erano ritenuti ostativi, da un lato, il principio *Kompetenz Kompetenz* e, dunque, la ritenuta libertà di ogni organo adito (con una domanda sul merito o, ove ipoteticamente ammesso, solo sulla competenza arbitrale) di valutare in piena autonomia la sussistenza o meno dei presupposti giuridico-fattuali fon-

¹⁵⁷ Così 7 aprile 1997, n. 3001, con riferimento all'ordinamento tralaticio.

¹⁵⁸ Cass. 7 aprile 1997, n. 3001, in *Riv. arb.*, 1997, 517, nt. F.P. LUISO, *Ancora sui rapporti tra arbitri e giudice* e in *Giust. civ.* 1997, II, 2451, nt. D. GIACOBBE, *Questioni di litispendenza tra giudizio ordinario e giudizio arbitrale*; Cass. 8 luglio 1996, n. 6205, in *Corr. giur.* 1996, 1007, nt. CARBONE, *I ripensamenti sulla potestas iudicandi degli arbitri nel corso del procedimento arbitrale* e in *Giur. it.* 1997, I, 1, 623, nt. G. RAMPAZZI; Cass. 28 marzo 1991, n. 3361, in *Giur. it.* 1992, I, 1, 552, nt. FADEL; Cass. 18 dicembre 1973, n. 3433, in *Giust. civ.* 1974, I, 1110; Cass. 27 maggio 1961, n. 1261; App. Roma 9 marzo 1992, n. 677, in *Riv. arb.* 1992, 706, nt. R. MARENGO, *Inammissibilità del regolamento di competenza avverso il lodo rituale*. Di diverso avviso era invece Cass. 19 settembre 1980, n. 5316, che aveva affermato, laddove non fosse stata impugnata con regolamento di competenza la sentenza con cui il pretore, dinanzi al quale era stata eccepita l'incompetenza dell'autorità giudiziaria per essere la controversia devoluta alla cognizione arbitrale, avesse dichiarato la propria incompetenza per valore e rimesso le parti dinanzi al tribunale, che questi, dinanzi al quale fosse stata riassunta la causa, non avrebbe potuto dichiarare in favore degli arbitri la propria incompetenza, che sarebbe rimasta incontestabile a norma dell'art. 44 c.p.c., avendo la competenza arbitrale, al pari di quella territoriale, carattere relativo e derogabile.

danti la propria competenza, senza essere vincolato agli accertamenti compiuti su di essi da altri organi giudicanti¹⁵⁹; dall'altro, nonostante l'assimilazione della questione della *potestas iudicandi* arbitrale ad un'eccezione di (in)competenza, la ritenuta inapplicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, degli artt. 44 e 45 c.p.c. (che nel processo ordinario regolano l'efficacia extraprocessuale e vincolante della pronuncia d'incompetenza¹⁶⁰), che si accompagnava, quale corollario, alla già vista ritenuta inapplicabilità dell'art. 50 c.p.c., da cui si faceva altresì discendere l'impossibilità di depositare autonomamente un lodo sulla competenza¹⁶¹; dall'altro ancora, il fatto che si trattasse di una decisione su una questione *di mero rito* (in quanto attinente alla competenza), che l'orientamento interpretativo prevalente in tema di giudicato riteneva, sulla scia dell'impostazione chiovendiana¹⁶², inido-

¹⁵⁹ V., *ex multis*, S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano 1971, 279.

¹⁶⁰ R. VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 626.

¹⁶¹ Si riteneva, cioè, che oggetto dell'omologa pretorile potesse essere solo un provvedimento con cui gli arbitri avessero *effettivamente esercitato la funzione giurisdizionale* rispetto alla controversia loro sottoposta, non già un atto, che altro non rappresentava che la conferma del *mancato svolgimento di tale funzione*. V. Cass. 27 maggio 1961, n. 1261, in *Giur. it.* 1961, I, 1, 881, nt. V. COLESANTI, e in *Giust. civ.* 1961, I, 1836, nt. E. SAMMARCO, *Trasmigrazione del processo*, cit.; R. VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 546.

¹⁶² Per G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e competenza*, in *Studi in onore di Carlo Fadda*, 1905, ripubblicato in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma 1930, 416, era altamente improbabile che un giudice, già dichiaratosi incompetente, si dichiarasse competente in un nuovo processo sullo stesso oggetto. E ciò non perché il primo accertamento sulla competenza lo vincolasse *giuridicamente*, ma in virtù della *forza morale* che su di lui aveva la prima opinione espressa. Proprio per questo la legge riteneva poco utile il ritorno reiterato allo stesso giudice già dichiaratosi incompetente e prevedeva (all'art. 115 del codice del 1865) il rimedio della risoluzione del conflitto (mediante regolamento di competenza) da parte dell'autorità superiore (v., per riferimenti, G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, cit., 316; M. ACONE, voce *Regolamento di competenza*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1995, 1). In realtà il codice del 1865 prevedeva l'esperimento del rimedio del regolamento di competenza in due casi: a) ai sensi dell'art. 108, quando, davanti a giudici diversi, pendessero cause identiche o connesse (*conflitto virtuale*); b) ai sensi dell'art. 115, quando due o più giudici si fossero dichiarati competenti o incompetenti (*conflitto reale*). Proprio in relazione al valore e all'esatta portata da attribuire all'art. 115 del codice del 1865 (che, appunto, per ovviare al problema della reiterazione, in diversi processi, dello stesso accertamento sulla competenza, metteva a disposizione delle parti e del giudice il rimedio del regolamento di competenza, sia in caso di conflitto positivo, sia in caso di conflitto negativo sulla competenza), con particolare riferimento al tema dell'efficacia delle statuizioni sulla competenza pronunciate dai giudici di merito, le opinioni della dottrina divergevano, in modo anche significativo. Per G. CHIOVENDA, in base alla convinzione che le sentenze con cui più giudici si dichiaravano competenti o incompetenti sulla stessa causa non determinassero un conflitto di giudicati, *ma di attività*, le statuizioni della Corte regolatrice ex art. 115 producevano effetti vincolanti in quanto atti di autorità istituzionalmente sovraordinata e non già come giudicati. L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi della procedura civile*, 4^a ed., Milano 1922, *passim*, dal canto suo, da una parte si poneva il problema della sorte del giudicato formatosi sulla prima sentenza – essendo molto probabile che un tale “giudicato” si formasse prima ancora dell'instaurazione del secondo giudizio – e giungeva alla conclusione che in tali

nea ad acquisire le qualità e/o gli effetti propri del giudicato formatosi su decisioni aventi ad oggetto diritti o rapporti di natura sostanziale. Si riteneva, infatti, che: “(...) *l'autorità del giudicato copre la sola statuizione finale, capace di incidere nella sfera giuridica – patrimoniale delle parti, mentre non si estende alle decisioni strumentali e preparatorie adottate nel processo in funzione dell'emanazione della sentenza definitiva di merito; pertanto, le decisioni sui presupposti del processo, sugli elementi dello stesso non acquistano autorità di cosa giudicata, ma restano atti strumentali*”¹⁶³.

Un giudicato su una questione di competenza, con la conseguente preclusione al riesame di tale questione, era ritenuto possibile, nel nostro ordinamento, *solo* in caso di estinzione del processo (ai sensi dell'art. 310, comma 2, c.p.c.) e solo in relazione alle sentenze pronunciate, in sede di regolamento di competenza, dalla Corte di cassazione.

Come avremo modo di illustrare *funditus* nel quinto capitolo, occupandoci della questione dell'efficacia “esterna” delle decisioni su questioni processuali, sebbene un filone minoritario in dottrina ritenesse non sussistere, nel nostro ordinamento, alcuna norma che espressamente impedisse di collegare, *anche alle sentenze processuali*, la medesima efficacia vincolante propria delle sentenze di merito divenute incontrovertibili¹⁶⁴, l'orientamento di gran lunga maggioritario era

circostanze la pronuncia dell'autorità superiore (la Corte di cassazione) fosse in grado di modificare gli effetti di una *regiudicata* (tale era la qualità che L. MORTARA attribuiva alla pronuncia sulla competenza passata in giudicato formale); dall'altra, auspicava come preferibile, rispetto al sistema italiano, la regola prevista dal par. 11 del codice di procedura germanico, secondo cui la sentenza, con la quale un tribunale dichiarava la propria incompetenza, una volta passata in giudicato, aveva *forza obbligatoria nei confronti del tribunale che fosse stato successivamente adito*. Per G. ARIETA, infine, il suddetto art. 115, anche se non utilizzava espressamente l'espressione *efficacia vincolante* in relazione al giudicato sulla competenza nei confronti del giudice (lo stesso o un altro) successivamente adito, dimostrava comunque che la pronuncia sulla competenza aveva una *qualche efficacia extraprocessuale*, consistente nel determinare, con il concorso della eventuale seconda pronuncia contrastante, un conflitto reale, sì da legittimare il ricorso allo strumento del regolamento di competenza. A ciò andava aggiunto, secondo l'autore, l'ulteriore effetto consistente nel *vincolo* (non solo morale, ma a tutti gli effetti *giuridico*) *per lo stesso giudice autore dell'accertamento sulla competenza*. Secondo G. ARIETA, tale conclusione appariva del resto conforme al principio secondo cui il processo deve favorire, per quanto possibile, pronunce di merito: “(...) in quanto impedisce al giudice, ma anche alle parti, in caso di riproposizione della stessa domanda a seguito di pregressa sentenza affermativa e successiva estinzione del processo, di continuare a porre in dubbio la sussistenza del requisito di legittimazione a trattare e decidere sul merito della domanda”: G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, cit., 347.

¹⁶³ V., *ex multis*, Cass. 8 marzo 1995, n. 2697, in *RFI* 1995, n. 6; Cass. 7 gennaio 1983, n. 112, in *Giur. it. Rep.* 1982, voce *Regiudicata civile*, n. 15; Cass. 18 novembre 1982, n. 6206, in *Giur. it. Rep.* 1982, voce *Procedimento civile*, n. 190.

¹⁶⁴ Secondo questo orientamento (detto *dell'unitarietà degli effetti del giudicato*), sentenza di rito e sentenza di merito andavano accomunate sotto il profilo degli effetti di *immutabilità e di efficacia*

nel senso che la cosa giudicata presupponesse l'affermazione di una volontà di legge che garantisse l'attribuzione di un *bene della vita sostanziale*¹⁶⁵. Le sentenze *di rito*, svolgendo una funzione meramente preparatoria della decisione finale sul merito, ed esaurendo i loro effetti nell'ambito del rapporto processuale entro il quale erano state emanate¹⁶⁶, erano ritenute inidonee ad acquistare la qualità, l'autorità e gli effetti propri del giudicato, non potendo dunque esplicare alcuna efficacia vincolante nei confronti di alcun giudice che in futuro si fosse trovato a giudicare delle medesime questioni¹⁶⁷. Ciò anche perché si riteneva che dette

extraprocessuale vincolante del *dictum* giudiziale (quindi non solo sotto il profilo del principio del *ne bis in idem* endoprocessuale, ma anche sotto quello del vincolo extraprocessuale). Per S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol. XVI, Torino 1997, 414 nt. 36 e 418, ad esempio, nessuna indicazione in senso ostativo sarebbe dato desumere dalla lettera dell'art. 2909 c.c., in quanto: "(...) tale norma (...) non specifica quale oggetto debba avere tale accertamento per potere essere autoritativo". In questo senso si erano espressi, tra l'altro, anche E. BETTI, *Se il passaggio in giudicato d'una sentenza interlocutoria precluda al contumace l'eccezione di incompetenza territoriale*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1927 II, 13; F. CARNELUTTI, *Efficacia, autorità ed immutabilità della sentenza*, in *Riv. dir. proc.* 1935, 212; E.T. LIEBMAN, voce *Giudicato*, in *Enc. giur.* Treccani, Roma 1989, 3 ss.; ID., *Efficacia ed autorità della sentenza, ed altri scritti sulla cosa giudicata*, Milano 1962, spec. *Prefazione IV-VIII*, 25-30; ID., *Ancora sulla sentenza e sulla cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1936, I, 237 ss., ora in *Efficacia e autorità della sentenza (e altri scritti sulla cosa giudicata)*, Milano 1983; G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile, (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano 1969, 841 ss. In questo senso v. anche C. FERRI, *Sentenze a contenuto processuale e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.* 1966, 419 ss.; ID., *In tema di giudicato sulla giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.* 1964, 350 ss.; V. DENTI, *Sentenze non definitive su questioni preliminari di merito e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.* 1969, 213 ss. Con specifico riferimento alle sentenze processuali definitive, v. M. FORNACIARI, *Presupposti processuali e giudizio di merito*, Torino 1996, 45-48, spec. nt. 91. Per ulteriori riferimenti v. S. MENCHINI, *Regiudicata*, in *Dig. disc. priv.*, XVI, Torino 1997, 414 ss.; A. ATTARDI, *La cosa giudicata*, in *Jus* 1961, I 29 ss. e II, 189 ss., spec. 193 ss.; ID., *Il giudicato e un recente progetto di riforma*, in *Riv. dir. civ.* 1979, I, 301.

¹⁶⁵ S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile*, cit., 417 ss., secondo cui: "(...) l'art. 2909 c.c. (...) non lascia margini di incertezza sulla essenza del giudicato civile; questo consiste nella obbligatorietà dell'accertamento dei diritti soggettivi contenuto nella sentenza divenuta (relativamente) definitiva, perché passata formalmente in giudicato ai sensi dell'art. 324 c.p.c. Sia che si identifichi la giurisdizione con l'attività dichiarativa della volontà di legge nel caso concreto, sia che si ravvisi il carattere peculiare di essa nel momento della volizione o del comando, resta ferma la configurazione dell'autorità di cosa giudicata come vincolatività (futura) della decisione di merito e degli effetti da essa provocati nel patrimonio delle parti, dopo la conclusione del processo ex art. 324 c.p.c. La legge pone una correlazione strettissima tra tutela delle situazioni soggettive, sentenza conclusiva del processo a cognizione ordinaria che tali situazioni accerta ed autorità del giudicato (...)".

¹⁶⁶ Per G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e competenza*, in *Studi in onore di Carlo Fadda*, 1905, ripubblicato in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma 1930, 412, le sentenze di rito riguardavano solo: "(...) un rapporto che si consuma nel processo stesso".

¹⁶⁷ Con particolare riferimento alle decisioni sulla *competenza*, in particolare nel vigore del codice di rito del 1865, si affermava che la cosa giudicata sostanziale non fosse nemmeno logicamente

questioni non potessero mai ripresentarsi *identiche* in un successivo giudizio¹⁶⁸.

Con particolare riferimento alla declinatoria pronunciata dagli arbitri, si riteneva addirittura che essa, risolvendosi in una negazione, da parte degli arbitri, della propria qualità di giudici, non potesse essere nemmeno considerata una *decisione*, nella misura in cui si limitava a statuire l'inesistenza di qualsivoglia attività processuale e, dunque, l'inesistenza di una decisione omologabile ai sensi dell'art. 825 c.p.c.¹⁶⁹.

pensabile, in quanto le dichiarazioni sulla competenza esprimevano unicamente il giudizio sull'attività propria del giudice, sull'atto del giudicare e sulla sussistenza del proprio potere decisorio: v., per riferimenti, G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, cit., 315 ss. Una simile concezione, tuttavia, era nata e si era sviluppata nel contesto di un ordinamento in cui il principio *Kompetenz Kompetenz* aveva una valenza assoluta, e nel quale, per di più: "(...) mancava ogni esplicito riconoscimento ed attribuzione di efficacia extraprocessuale, a processo estinto, alle sentenze regolatrici della competenza": G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, cit., 318. L'entrata in vigore del codice del '42 – e, in particolare, l'introduzione della norma di cui all'art. 310, comma 2, c.p.c., secondo cui l'estinzione del giudizio *non rende inefficaci le pronunce che regolano la competenza*, con lo sdoganamento, dunque, dell'efficacia extraprocessuale di una sentenza di rito, vincolante nei confronti di tutti i futuri giudici su quella determinata questione – avrebbe comportato, secondo G. ARIETA, un cambio di paradigma e un ripensamento delle tesi prima dominanti circa un'asserita *inconciliabilità logica* tra il fenomeno del giudicato e l'accertamento sulla competenza. D'altra parte, sebbene la giurisprudenza maggioritaria ritenesse, sulla scorta dell'espressione usata dal comma 2 dell'art. 310 c.p.c. ("(...) sentenze che *regolano* la competenza"), che solo le sentenze della Cassazione emesse in sede di regolamento di competenza fossero munite di efficacia extraprocessuale, con esclusione di quelle, pronunciate bensì dallo stesso organo, ma emesse in sede di ricorso ordinario ex art. 360, n. 2, c.p.c., la dottrina maggioritaria adottava una lettura più ampia, includendovi anche queste ultime. Ciò, soprattutto, facendo leva sulla *ratio* della norma in esame e rilevando che la legge parla in più punti solo genericamente (ad esempio all'art. 382, comma 1, c.p.c.) di *statuizione sulla competenza*, con riferimento dunque a pronunce della Cassazione emesse sia in sede di regolamento che in sede di ricorso ordinario. Una conclusione che, secondo questo orientamento, trovava altresì un'indiretta conferma nell'art. 44 c.p.c., per il quale la sentenza dichiarativa di incompetenza non impugnata produce l'incontestabilità dell'incompetenza dichiarata e della competenza del giudice in essa designato, *solamente quando il processo sia riassunto tempestivamente dinanzi il giudice dichiarato competente*. Norma che dimostrerebbe che inidonea a produrre effetti extraprocessuali in caso di estinzione del processo sarebbe unicamente la sentenza declinatoria della competenza pronunciata dal giudice di merito. Per la dottrina, in altri termini, l'efficacia *panprocessuale* di tutte le decisioni della Cassazione sulla competenza trovava il proprio fondamento nella *posizione istituzionale* dell'organo da cui esse promanavano, più che nel tipo di procedimento nell'ambito del quale esse venivano pronunciate. Per riferimenti v. S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, 2^a ed., Torino 2002, 265; G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, cit., 370 ss.; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 1964, 163 ss.; R. VACCARELLA, *Inattività delle parti*, cit., 344 ss.

¹⁶⁸ Tesi, questa, sostenuta in particolare da E. ALLORIO, *Critica alla teoria del giudicato implicito*, in *Riv. dir. proc.* 1938, I, 246 ss., specie 254, nt. 3; ID., *Efficacia vincolante della decisione in tema di legittimatio ad processum*, in *Temi* 1960, 59.

¹⁶⁹ V. Cass. 27 maggio 1961, n. 1261. In senso conforme R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Napoli 1971, 546, per il quale la declinatoria sarebbe stata assimilabile ad una rinuncia al mandato, sicché, di fronte alla declinatoria arbitrale, le parti avrebbero potuto no-

Un esito diverso sarebbe stato forse ipotizzabile nell'ambito di quel filone minoritario che, sull'assunto della riconducibilità dell'eccezione volta a far valere l'(in)esistenza o (in)validità di una convenzione arbitrale alla categoria delle questioni di merito (o, comunque, del suo non interamente esaurirsi in una questione processuale¹⁷⁰), ammetteva financo la proponibilità di una domanda giudiziale di mero accertamento sulla *potestas iudicandi* arbitrale¹⁷¹ – tema su cui ci soffer-

minare nuovi arbitri disposti a giudicare nel merito. In senso critico tuttavia v. M. BOVE, *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.* 1999, 421.

¹⁷⁰ V., in tal senso, G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, Torino 1997, 37, che definiva il patto compromissorio come un accordo che: "(...) ha per oggetto il diritto dei singoli di far decidere le loro controversie da privati, eventualmente anche con il ricorso all'equità. Si è tentati di avvicinare tale convenzione al *pactum de foro prorogando*, ma il fenomeno è profondamente diverso: il patto ha un oggetto squisitamente processuale (e riguarda la scelta di un giudice dello Stato piuttosto che di un altro); la convenzione, invece, riguarda lo stesso modo di essere della tutela e, talvolta, i criteri di giudizio adoperabili, così che deve escludersi che abbia rilievo soltanto processuale". V., fra gli altri, G. MIRABELLI, D. GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato*, cit., 14 ss., per i quali: "Il compromesso è un contratto tra due o più parti, che sono in contrasto tra loro; è un accordo che attiene a rapporti di natura patrimoniale e, quindi, necessariamente deve essere qualificato come contratto, ai sensi dell'art. 1321 del codice civile"; C. PUNZI, voce *Arbitrato*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma 1988, 6; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, rist. 2^a ed., Milano 1957, 449; ID., *Compromesso*, cit., 787, che considerava il compromesso un contratto complesso e composito, in cui si combinavano sia la nomina degli arbitri che la loro accettazione; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 751, per il quale l'applicazione, al compromesso, delle norme applicabili ai contratti non avrebbe dovuto essere messa in dubbio. Per G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 53: "(...) il compromesso è un contratto ad effetti processuali, il cui contenuto non è un diritto patrimoniale, ma il mezzo per definire una controversia".

¹⁷¹ V. FADEL, in *Giur. it.* 1992, I, 552, nota a Cass. civ. I Sez., 28 marzo 1991, n. 3361; G. TARZIA, *Commento all'art. 20 (828 c.p.c.)*, in G. TARZIA, R. LUZZATTO, E.F. RICCI (a cura di), *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, cit., 542; S. VINCRE, *Arbitrato rituale e fallimento*, Padova 1996, 40 ss.; JANNUZZI, nota a Cass. 9 dicembre 1949, n. 2564, in *Giur. it.* 1951, I, 1, 154; V. COLESANTI, *Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri*, in *Riv. dir. proc.* 1958, 244; T. CARNACINI, *Arbitrato rituale*, in *Noviss. Dig. It.*, I, Torino 1958, 913; E. REDENTI, *Compromesso*, in *Noviss. Dig. It.*, III, 1957, 795, n. 16; L. BIAMONTI, voce *Arbitrato*, in *Enc. dir.*, II, Milano 1958, II, 925. L'autore da ultimo citato conveniva bensì con l'orientamento della giurisprudenza maggioritaria, secondo cui una domanda volta unicamente a far dichiarare l'incompetenza degli arbitri (i.e. nella forma di una domanda vertente sui *limiti* o la *portata* del negozio compromissorio), *prima ancora della costituzione del collegio*, fosse inammissibile, per l'inidoneità della pronuncia giudiziale sul punto a vincolare gli arbitri; non escludeva, tuttavia, che tale domanda potesse essere in linea di principio ammissibile (come sostenuto da una giurisprudenza minoritaria: v. Cass. 9 dicembre 1949, n. 2564, in *Giur. it.* 1951, I, 1, 154, nt. JANNUZZI), ma: "(...) solo se si escluda un qualsiasi riferimento a questioni di competenza e si ritenga invece che si abbia una situazione analoga a quella per cui il giudice ordinario è competente a pronunciare sulla nullità del compromesso o della clausola compromissoria. Il giudizio consisterebbe anche qui nell'accertare la validità dell'accordo delle parti e solo conseguentemente il limite del potere di decisione degli arbitri". Una soluzione peculiare alla questione dell'efficacia extraprocessuale delle sentenze *sulla potestas iudican-*

meremo analiticamente nel prossimo capitolo (a commento di un istituto simile introdotto dal legislatore del 2006)¹⁷² –. In base a tale ricostruzione, una decisione resa dal giudice statale sulla convenzione arbitrale (generalmente nell'ambito di un giudizio vertente altresì su un merito sostanziale o anche, ove ritenuta ammissibile, in via principale) non si riduceva ad un *dictum*, per quanto definitivo, su una mera e *astratta* questione di competenza (con efficacia, dunque, fatalmente limitata all'interno del processo), ma era idonea ad acquisire, nei limiti di un accertamento sulla sussistenza o meno del vizio del patto arbitrale denunciato, l'autorità del giudicato materiale¹⁷³, produttivo di un'efficacia extraprocessuale vincolante.

Non erano poi mancati, ad opera di un'altra parte della dottrina, tentativi di fondare la tesi dell'efficacia esterna, e *reciprocamente vincolante*, di tali decisioni su una serie di appigli normativi e di carattere sistematico.

Alcuni autori, ad esempio, avevano ipotizzato un'estensione analogica *integrale*, al rapporto arbitro-giudice, delle norme sulla competenza, tra cui anche gli artt. 44 e 50 c.p.c.¹⁷⁴, in ragione, da un lato, dell'asserita equiparazione (in particolare dopo la riforma del 1994) tra effetti del lodo ed effetti della sentenza, tra cui venivano fatti rientrare, oltre a quelli di accoglimento o di rigetto della domanda, anche quelli di natura processuale, fra cui le decisioni sulla competenza e i relativi effetti¹⁷⁵; dall'altro, del fatto che l'art. 825 c.p.c. non distingueva i lodi

di era suggerita da S. VINCRE, *Note sulla sospensione dell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.* 1999, 455 ss., che individuava una potenziale analogia con l'operatività della norma di cui all'art. 819 c.p.c. in tema di cognizione arbitrale delle questioni pregiudiziali. In sostanza, come la norma citata, che imponeva all'arbitro di conoscere, esaminare e decidere le questioni pregiudiziali sorte nel corso del procedimento arbitrale, non diceva nulla in relazione al *come* dette questioni dovessero essere risolte (sicché era ipotizzabile un vincolo dell'arbitro a conformarsi all'esito cui fosse già pervenuta, su di esse, una precedente sentenza del giudice già passata in giudicato), parimenti il fatto che anche all'arbitrato si applicasse il principio *Kompetenz Kompetenz* non escludeva che l'arbitro, nel giudicare della sussistenza o meno della propria competenza, prendesse atto e si conformasse ad un accertamento definitivo, reso dal giudice statale, vertente proprio sui presupposti della propria competenza.

¹⁷² V., *infra*, il terzo capitolo, spec. il par. 4.3.

¹⁷³ FADEL, in *Giur. it.* 1992, I, 1, 552, nt. a Cass. 28 marzo 1991, n. 3361.

¹⁷⁴ V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 845; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 236 e 242; ID., «*Translatio iudicii*», cit., 2040. Per quanto riguarda l'applicabilità dell'art. 45 c.p.c., essendo l'*exceptio compromissi* (al pari dell'eccezione di difetto di *potestas* arbitrale) assimilabile all'eccezione d'incompetenza per territorio derogabile, al giudice o agli arbitri *ad quos* sarebbe stata preclusa la possibilità di sollevare il regolamento di competenza d'ufficio: v. S. BOC-CAGNA, *L'impugnazione*, cit., 287; M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 263; D. BUONCRISTIANI, *op. cit.*, 752.

¹⁷⁵ S. BOC-CAGNA, *L'impugnazione*, cit., 291; M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 257 e 263. Favorevole all'applicazione dell'art. 44 c.p.c. era anche P.L. NELA, *Arbitrato rituale e regolamento necessario di competenza*, nota a Cass. 1° febbraio 2001, n. 1403.

soggetti all'omologazione *in base al rispettivo contenuto*, sicché in essi ben avrebbero potuto essere inclusi anche i lodi meramente declinatori della competenza arbitrale¹⁷⁶.

Una peculiare forma di efficacia extraprocessuale e vincolante era poi conferita alla decisione degli arbitri sulla propria "competenza" da coloro che, prima della riforma del 2006, tendevano ad assimilare gli arbitri ad autorità giudiziarie straniere, in quanto organi bensì estranei all'organizzazione giudiziaria statale, ma pur sempre svolgenti un'attività *lato sensu* giurisdizionale. Secondo questa ricostruzione, si suggeriva l'applicazione, in via analogica, ai loro rapporti con i giudici statali nazionali, delle norme di cui alla l. n. 218 del 1995, tra cui, in particolare, l'art. 4, comma 3, secondo cui la deroga alla giurisdizione italiana: "(...) è inefficace se il giudice o gli arbitri indicati declinano la giurisdizione o comunque non possono conoscere della causa"¹⁷⁷. In base a tale disposizione, a fronte di una pronuncia arbitrale declinatoria, un giudice statale successivamente adito sulla medesima causa prima dedotta in arbitrato, non avrebbe potuto riesaminare la convenzione arbitrale *in base al suo personale convincimento*, ma avrebbe dovuto conformarsi al giudizio espresso dagli arbitri, onde evitare il rischio di una seconda declinatoria. Nel caso, invece, di declinatoria pronunciata, *in prima battuta*, dal giudice statale, l'arbitro sarebbe stato libero di riesaminare, in piena autonomia, la convenzione arbitrale, e di dichiararsi a sua volta privo della *potestas iudicandi*, con esito, però, questa volta vincolato per il giudice statale (cui fosse stata nuovamente riproposta la medesima domanda originariamente propostagli), che non avrebbe potuto spogliarsi una seconda volta della causa¹⁷⁸.

Come detto in apertura, tuttavia, queste letture alternative volte ad attribuire, in maniera più o meno intensa, una qualche efficacia esterna alla decisione, del giudice o dell'arbitro, sulla propria *potestas iudicandi*, rappresentavano orientamenti minoritari. La tesi che decisamente prevaleva era infatti contraria ad attribuire una qualsivoglia efficacia extraprocessuale a quella tipologia di decisioni.

¹⁷⁶ D. BUONCRISTIANI, *Efficacia nel procedimento arbitrale*, cit., 751; G. SCHIZZEROTTO, «*Translatio iudicii*» e giudizio arbitrale, in *Giur. it.* 1977, I, 1, 2038; ID., *Dell'arbitrato*, 3^a ed., cit., 242.

¹⁷⁷ In tal senso v. M. BOVE, *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. civ.* 2002, 438; E. D'ALESSANDRO, *Ancora una volta la Suprema corte*, cit., 497.

¹⁷⁸ Secondo M. BOVE, infatti, la declinatoria pronunciata dall'arbitro avrebbe sancito, *de facto*, l'inoperatività della convenzione arbitrale, facendo così "risorgere" la competenza del giudice statale. V. BOVE, *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, cit., 421. Possibilista rispetto all'applicazione di questa norma era anche G. DELLA PIETRA, *Il procedimento*, in G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., *passim*.

6.5. *La non impugnabilità, mediante il regolamento di competenza, del lodo, affermativo o declinatorio della 'competenza' degli arbitri*

Nel regime pre-riforma del 2006, l'assenza di meccanismi di coordinamento preventivo nell'ambito del sistema delle "vie parallele" discendeva anche da quell'orientamento maggioritario in giurisprudenza, e di una parte consistente della dottrina, secondo cui, avverso il lodo che avesse pronunciato sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, non era esperibile il regolamento di competenza¹⁷⁹.

L'impossibilità di utilizzare tale strumento, direttamente e immediatamente, avverso un lodo pronunciato su una questione *preliminare* (qual era la questione della sussistenza della *potestas iudicandi* degli arbitri, tecnicamente una questione "pregiudiziale di rito") rispetto alla decisione sul merito della disputa, precludeva la possibilità di pervenire ad una statuizione definitiva e incontrovertibile prima della celebrazione dell'intero procedimento arbitrale, rinviando dunque *solo ad un momento successivo* il coordinamento tra le due procedure.

L'appiglio normativo per escludere l'esperibilità del regolamento di competenza era rappresentato dal combinato disposto di cui ai commi 1 e 3 dell'art. 827 c.p.c. (nella versione post-riforma del 1994), ai sensi dei quali, da un lato, il lodo era soggetto *soltanto* all'impugnazione per nullità, per revocazione o per opposizione e, dall'altro, il lodo che risolveva alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio arbitrale era impugnabile *solo unitamente al lodo definitivo*¹⁸⁰.

Da tali previsioni (che consentivano l'impugnazione immediata, oltre che del lodo definitivo, *solo del lodo che almeno avesse deciso parzialmente il merito della controversia*) si argomentava la tassatività dell'elenco dei mezzi d'impugnazione ivi contemplati, tra cui non rientrava il regolamento di competenza¹⁸¹, nonché l'ap-

¹⁷⁹ V., in tal senso, Cass. 9 ottobre 1987, n. 7513; Cass. 18 dicembre 1973, n. 3433, in *Giust. civ.* 1974, I, 1110; Cass. 20 maggio 1969, n. 1752, in *Foro it.* 1969, I, 2198, nt. C.M. BARONE; Cass. 9 luglio 1965, n. 1431, in *Foro it.* 1966, I, 571; Cass. S.U. 19 luglio 1957, n. 3050, in *Giust. civ.* 1957, I, 1461. Ma v. anche la giurisprudenza di merito: App. Roma 9 marzo 1992, n. 677, in *Riv. arb.* 1992, 705 ss., nt. R. MARENCO. In dottrina, nello stesso senso della giurisprudenza maggioritaria, v. R. VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 533 e 625; G. BONGIORNO, *Sulla "eccezione d'incompetenza" nel processo arbitrale*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1974, 135 ss.; C. PUNZI, voce *Arbitrato*, I) *Arbitrato rituale e irrituale*, cit., 26 e 27; ID., *Disegno sistematico*, 1ª ed., cit., II, 162; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, cit. 1954, III, 481.

¹⁸⁰ Il testo dell'art. 827 c.p.c., nella versione del codice del 1940 (rimasta inalterata anche a seguito della novella del 1983), si limitava invece a statuire che: "La sentenza arbitrale è soggetta soltanto all'impugnazione per nullità e a quella per revocazione".

¹⁸¹ In tal senso v., ad esempio, Cass. 15 settembre 2000, n. 12175, in *Giur. it.* 2001, I, 1, 2037. Per una posizione analoga in decisioni più risalenti v. Cass. 18 dicembre 1973, n. 3433, in *Giust. civ.* 1974, I, 1113; Cass. 9 luglio 1965, n. 1431, cit.; Cass. S.U. 31 luglio 1950, n. 2250, in *Giur. it.* 1952, I, 1, 359, nt. C. FURNO; Cass. S.U. 19 luglio 1957, n. 3050. V. anche App. Roma 9 marzo 1992, n. 677, in *Riv. arb.* 1992, 705 ss., per cui: "(...) l'espressa previsione dell'art. 827

plicazione del principio della *conversione della cause d'incompetenza degli arbitri in motivi di nullità della decisione arbitrale*, sicché tutti i profili d'incompetenza dei giudici privati avrebbero dovuto essere fatti valere attraverso l'impugnazione per nullità di cui all'art. 827 ss. c.p.c.¹⁸².

Invero, il dato testuale non appariva inscalfibile.

Parte della dottrina, infatti¹⁸³, in ragione, da un lato, della riconduzione della questione inerente alla sussistenza della *potestas iudicandi* arbitrale alla categoria della "competenza" e, dall'altro, dell'esigenza di delineare un adeguato regime impugnatorio per il lodo con cui gli arbitri avessero declinato la propria competenza in favore dell'autorità giudiziaria (le censure al quale, sotto il profilo di un'erronea valutazione del patto arbitrale, non apparivano agevolmente sussumibili sotto alcuno dei motivi di nullità del lodo di cui all'allora vigente art. 829 c.p.c.), rilevava che il legislatore del 1940 aveva utilizzato l'espressione "*soltanto*" verosimilmente per escludere l'accumulo di mezzi d'impugnazione che connotava la disciplina previgente (il codice del 1865 prevedeva, infatti, che il lodo potesse essere impugnato attraverso l'appello, la revocazione, il ricorso per cassazione e l'impugnazione per nullità¹⁸⁴), senza curarsi di richiamare espressamente il regolamento di competenza, dato il suo carattere di rimedio esperibile *nei confronti di tutte le pronunce aventi a oggetto questioni di competenza*¹⁸⁵.

c.p.c. – che limita i mezzi di impugnazione avverso le sentenze arbitrali all'impugnazione per nullità e alla revocazione – preclude l'applicabilità del rimedio generale del regolamento di competenza, senza che possa invocarsi la portata generale di tale mezzo di impugnazione fondato sul dettato dell'art. 323 c.p.c.; il regolamento di competenza, infatti, lungi dal costituire un rimedio di ordine generale, non è consentito sempre e in ogni caso contro le sentenze che pronunciano sempre sulla competenza, essendo espressamente escluso nei confronti delle sentenze del conciliatore (art. 46 c.p.c.)". In dottrina v. P.L. NELA, *Arbitrato rituale e regolamento necessario di competenza*, nota a Cass. 1° febbraio 2001, n. 1403; A. LEVONI, voce *Regolamento di competenza*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino 1997, 491; F.P. LUISO, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv. arb.* 1995, 14; G. MIRABELLI, D. GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato*, cit., 88; R. VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 620; S. SATTA, *Commentario*, cit., 324; T. CARNACINI, *Arbitrato rituale*, in *Noviss. Dig. It.*, I, Torino 1957, 910.

¹⁸² Così Cass. 20 maggio 1969, n. 1752; Cass. 18 dicembre 1973, n. 3433; Cass. S.U. 31 luglio 1950, n. 2250; Cass. 30 gennaio 1995, n. 1079; Cass. 24 settembre 1996, n. 8407; Cass. 9 ottobre 1987, n. 7513; Cass. 23 dicembre 1983, n. 7587, in *Arch. civ.* 1984, 509; Cass. 30 marzo 1981, n. 1828; Cass. 20 maggio 1969, n. 1792, in *Foro it.* 1969, I, 2195, nt. C.M. BARONE, in cui si statuisce: "(...) [questa] Corte suprema (...) ha già ritenuto che le questioni di competenza relative al giudizio arbitrale restano attratte nell'impugnazione di nullità e possono essere dedotte solo per mezzo di tale impugnazione, restando esclusa l'ammissibilità del regolamento di competenza, e da tale orientamento non v'è avviso di discostarsi oggi"; Cass. 29 luglio 1967, n. 2026.

¹⁸³ V., in particolare, S. BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 279; G. MIRABELLI, *Regolamento o ricorso nell'impugnazione per incompetenza dell'arbitro*, nota a Cass. 23 gennaio 1990, n. 354 e a Cass. 1 giugno 1990, n. 5154, in *Riv. arb.* 1991, 84.

¹⁸⁴ T. CARNACINI, *op. cit.*, 910.

¹⁸⁵ Così, in particolare, V. ANDRIOLI, *Commento*, cit., 844.

Si rilevava altresì che, essendo il rimedio *de quo* collocato nel libro primo del codice di procedura civile, solo le norme ivi contenute avrebbero potuto limitarne *espressamente* la proponibilità (come accadeva, ad esempio, con l'art. 46 c.p.c., che precludeva la proposizione di tale mezzo d'impugnazione unicamente nei confronti delle sentenze rese dal conciliatore – oggi giudice di pace)¹⁸⁶.

Si osservava, infine, che la Corte di cassazione, nel suo ruolo apicale di giudice regolatore della competenza, avrebbe potuto e dovuto conoscere di tutte le controverse riguardanti la competenza, *ivi comprese quelle inerenti al rapporto fra arbitri e giudici*¹⁸⁷, non sussistendo valide ragioni per sottoporre la decisione arbitrale a un regime diverso rispetto a quello della sentenza pronunciata in sede ordinaria o in sede d'impugnazione per nullità del lodo¹⁸⁸.

Tuttavia, questi rilievi critici nulla potevano contro il principale ostacolo all'esperibilità del regolamento di competenza avverso il lodo che avesse pronunciato sulla *potestas iudicandi* arbitrale, rappresentato dall'*impossibilità di ipotizzare un vincolo dell'arbitro alla decisione regolatrice della Suprema Corte*¹⁸⁹. Non essendo ipotizzabile alcun obbligo per gli arbitri discendente dalla decisione della Suprema Corte, essi avrebbero potuto insistere nella declaratoria di incompetenza o, viceversa, continuare a ritenersi forniti di *potestas iudicandi*, pure a fronte di una decisione della Corte di cassazione in senso contrario, fatalmente destinata a rimanere priva di ogni effetto nei loro confronti¹⁹⁰. Tale conclusione veniva costantemente ribadita dalla giurisprudenza dell'epoca. Si veda, ad esempio, Cass. 18 dicembre 1973, n. 3433¹⁹¹, per la quale: "(...) questa Suprema Corte ha già avuto occasione di affermare (...) che 'le questioni di competenza relative al giudizio arbitrale restano attratte nella impugnazione [per nullità del lodo]'. L'ammissibilità del regolamento di competenza, invero, è stata esclusa da tali pronunce e da altre precedenti (...) per la considerazione che la mancanza di ogni vincolo fra gli arbitri e la

¹⁸⁶ In tal senso V. ANDRIOLI, *Commento*, cit., 844; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 236 ss.; M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, in *Riv. arb.* 1996, 260 e 261 e S. BOCCAGNA, *L'impugnazione del lodo*, cit., 275 e 278.

¹⁸⁷ Così G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 236 e 237.

¹⁸⁸ Così S. BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 276; ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 260; G. NICOTINA, *Arbitrato rituale e giurisdizione*, Milano 1990, *passim*.

¹⁸⁹ Su cui v., in particolare, *supra* al par. 6.4.

¹⁹⁰ Così R. MARENGO, nota a App. Roma 9 marzo 1992, n. 677, in *Riv. arb.* 1992, 705 ss.

¹⁹¹ In *Giust. civ.* 1974, I, 1110. La decisione proseguiva poi statuendo che: "(...). Sia che gli arbitri omettano meramente di esaminare e risolvere alcuna delle questioni loro sottoposte con il compromesso, sia che essi impostando e risolvendo le questioni cosiddette di competenza, affermino che le questioni loro sottoposte non rientrino nella previsione compromissoria e si astengano dal prenderle in esame, ha luogo null'altro che una sentenza arbitrale che 'non ha pronunciato su alcuno degli oggetti del compromesso' (art. 829, n. 4 c.p.c.) e che quindi, in relazione a tale punto, è assoggettabile alla impugnazione per nullità".

A.G.O. potrebbe rendere inoperante la stessa sentenza della Corte di Cassazione, in quanto gli arbitri potrebbero insistere nella propria decisione e rifiutarsi di giudicare”.

6.6. *Il conflitto negativo di competenza e i suoi effetti, tra perdita degli effetti sostanziali e processuali della domanda e diniego di giustizia*

Alla luce del quadro normativo vigente e delle posizioni espresse dall'orientamento maggioritario sui diversi profili esaminati, il sistema delle “vie parallele” poteva dare luogo ad un *conflitto negativo di competenza*, ogniqualevolta, ad una pronuncia declinatoria resa in sede arbitrale o giudiziale, facesse seguito, dopo l'instaurazione, ad opera delle parti, di un nuovo giudizio dinanzi, rispettivamente, all'autorità giudiziaria o all'arbitro, un'ulteriore declinatoria dell'organo adito per secondo, che, nel valutare il patto arbitrale in piena autonomia e senza essere vincolato alla decisione precedentemente assunta dall'altro organo, fosse pervenuto ad una valutazione divergente rispetto a quella compiuta dall'organo adito per primo.

Con particolare riferimento alla declinatoria arbitrale¹⁹², a molti ripugnava l'idea che, con il proprio lodo, gli arbitri potessero *incidere sull'esercizio di un potere pubblico quale quello giurisdizionale* da parte del giudice statale, nello specifico del potere di valutare autonomamente la sussistenza di un presupposto processuale negativo rappresentato dall'assenza di una valida ed efficace convenzione arbitrale¹⁹³. Taluno riteneva addirittura che la declinatoria pronunciata dagli arbitri, risolvendosi in una *negazione, da parte degli arbitri, della propria qualità di giudici*, determinasse l'inesistenza di qualsivoglia attività processuale e, per l'effetto, l'ine-

¹⁹² Esclusa la possibilità di esperire, nei confronti del lodo sulla competenza, il rimedio del regolamento di competenza, nel silenzio della legge la fattispecie in esame veniva sussunta nella previsione di cui all'art. 829, comma 1, n. 4, c.p.c., che comminava la nullità del lodo con il quale gli arbitri avessero *omesso di pronunciare su alcuno degli oggetti del compromesso*. In questo senso v. Cass. 9 ottobre 1987, n. 7513; Cass. 18 dicembre 1973, n. 3433; nella giurisprudenza di merito v. App. Roma 9 marzo 1992, n. 677. In dottrina v. C. PUNZI, *Disegno sistematico*, 2^a ed., cit., II, 561. Benché la norma citata comminasse la sanzione della nullità al lodo con cui gli arbitri fossero incorsi in un'omissione di pronuncia regolando, dunque, i casi di violazione del principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato, ben diversi da quelli in cui gli arbitri, in accoglimento di un'eccezione d'incompetenza, si fossero spogliati della controversia in favore dell'autorità giudiziaria (G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 626); la giurisprudenza non riteneva che la differenza fosse dirimente, finendo dunque per accomunare i casi in cui gli arbitri avessero omesso semplicemente di esaminare una o più domande a quelli in cui essi si fossero deliberatamente astenuti dal prenderle in esame perché ritenuti incompetenti. V., in tal senso, Cass. 18 dicembre 1973, n. 3433; App. Roma 9 marzo 1992, n. 677. In dottrina v. F. DANOVÌ, *La pregiudizialità*, cit., 111; F.P. LUISSO, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv. arb.* 1995, 14.

¹⁹³ Cass. 27 maggio 1961, n. 1261. Su tale aspetto v. F. DANOVÌ, *La pregiudizialità*, cit., 232; D. BUONCRISTIANI, *Efficacia nel procedimento arbitrale della sentenza*, cit., 750.

sistenza di una decisione omologabile ai sensi dell'art. 825 c.p.c.¹⁹⁴.

A tale conflitto negativo di competenza, che in passato si dava con una certa frequenza, non vi erano strumenti o meccanismi che potessero porre rimedio. Ciò lascia la parte attrice non solo grandemente pregiudicata nei suoi diritti (per il rischio della perdita degli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda originariamente proposta all'organo poi dichiaratosi incompetente), ma financo privata *tout court* della possibilità di ottenerne tutela tramite *un qualsivoglia processo*.

L'insussistenza, per l'arbitro, di un vincolo all'accertamento compiuto sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale dal giudice statale, si trattasse di quello di merito o della stessa Cassazione, implicava, che il primo, alla luce di una autonomia *valutazione* circa la validità ed efficacia del medesimo patto, ben poteva ritenersi sfornito della *potestas iudicandi*, pur a fronte di una declinatoria di competenza pronunciata in precedenza dal giudice statale, in ragione di una valutazione della convenzione di arbitrato *opposta* a quella dell'arbitro.

L'inapplicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, degli artt. 44 ss. c.p.c. e, in particolare, dell'istituto della *translatio iudicii* di cui all'art. 50 c.p.c., comportava, per l'attore, non poche conseguenze pregiudizievoli. Per effetto di una doppia declinatoria pronunciata dall'arbitro e dal giudice statale, divenivano inefficaci, ad esempio, le misure cautelari concesse *ante causam*; d'altra parte, la perdita degli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda originariamente proposta faceva venir meno, tra gli altri, gli effetti prenotativi conseguenti alla trascrizione della domanda giudiziale, che avrebbe dovuto essere cancellata¹⁹⁵. Laddove, poi, la declaratoria d'incompetenza fosse stata pronunciata in sede d'impugnazione, magari nell'ambito di una controversia avente ad oggetto diritti per cui la legge avesse previsto un termine prescrizione pari o inferiore a cinque anni, le parti avrebbero rischiato di vedere il proprio diritto *definitivamente compromesso*.

L'unica possibilità di scongiurare il rischio di una "prescrizione occulta" del diritto sarebbe consistita nell'estensione dell'effetto interruttivo permanente di cui all'art. 2945 c.c. anche all'ipotesi di pronuncia declinatoria, riconducendo dun-

¹⁹⁴ Così R. VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 546, per il quale la declinatoria arbitrale sarebbe stata assimilabile ad una *rinuncia al mandato*. Aderendo ad una simile impostazione, si sarebbe dovuto concludere che, a fronte della declinatoria arbitrale, le parti avrebbero potuto andare alla ricerca di nuovi arbitri disposti a giudicare nel merito. In tal senso v. anche Cass. 27 maggio 1961, n. 1261 e, in senso critico, M. BOVE, *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, cit., 421.

¹⁹⁵ Cass. 24 giugno 1967, n. 1570; Cass. 7 febbraio 1962, n. 241. L'estinzione del processo avrebbe quindi comportato il venir meno dell'effetto interruttivo permanente di cui all'art. 2945 c.c., con la conseguenza che un nuovo termine di prescrizione avrebbe dovuto essere computato a partire dal momento dell'instaurazione del giudizio arbitrale o ordinario. V. G. MIRABELLI, D. GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato*, cit., 87.

que anche le pronunce a contenuto declinatorio alla categoria dei *lodi non più impugnabili* o delle *sentenze passate in giudicato*, cui si riferiva la norma in questione¹⁹⁶. Una soluzione in linea di principio non così peregrina, laddove si fosse qualificata la decisione sull'*exceptio compromissi* come decisione *di merito* (come effettivamente avvenuto all'indomani del *revirement* attuato dalle Sezioni Unite con la decisione n. 527 del 2000¹⁹⁷), che appariva, tuttavia, al tempo, incompatibile con la prevalente ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale dei rapporti fra arbitri e giudici in termini di "competenza".

D'altra parte, nel caso di azioni sottoposte a un termine decadenziale, l'unico modo per impedire che una pronuncia declaratoria determinasse la decadenza del diritto all'azione dipendeva dalla possibilità di riassumere tempestivamente la controversia dinanzi all'organo competente: ipotesi che era però preclusa dall'inconcepibilità, nei rapporti arbitro-giudice, di una trasmigrazione della causa da una sede all'altra¹⁹⁸. Se, poi, alla prima declinatoria ne seguiva una seconda, veniva definitivamente precluso all'attore l'accesso all'uno o all'altro foro per ottenere una tutela dei propri diritti, con un vero e proprio *diniego di giustizia* per la definitiva compromissione del diritto alla effettività della tutela giurisdizionale.

Proprio questi timori avevano indotto in passato la parte firmataria di una convenzione arbitrale, che intendeva ottenere tutela dei suoi diritti, a promuovere, contestualmente al giudizio arbitrale, anche un giudizio statale sulla medesima causa, nella speranza che, almeno in una delle sue sedi, le sue pretese potessero essere effettivamente conosciute e decise.

In tal caso, una valutazione divergente del patto arbitrale da parte dei due organi aditi (oltre a poter dare luogo, come visto, ad un conflitto *negativo* di competenza, nel caso in cui sia l'arbitro, sia il giudice statale ritenessero di essere *sforiniti* della rispettiva *potestas iudicandi*), poteva dare altresì luogo ad un conflitto *positivo* di competenza, nel caso in cui l'arbitro ritenesse il patto arbitrale valido ed efficace, mentre il giudice statale pervenisse alla conclusione opposta: su tale scenario andiamo ora a rivolgere la nostra attenzione.

6.7. *Il conflitto positivo di competenza e i suoi effetti, tra parallelismo di procedure e conflitto di giudicati*

Nel caso di instaurazione contestuale di due procedure parallele sulla medesima causa dinanzi all'arbitro e al giudice statale, poteva accadere che, ove solo uno

¹⁹⁶ D. GIACOBBE, E. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 103; E. D'ALESSANDRO, *Ancora una volta la Suprema corte*, cit., 499; ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 254.

¹⁹⁷ Così Trib. Milano 9 luglio 2009, n. 81629.

¹⁹⁸ V. P. BIANCHI, *Translatio iudicii tra giudice statale ed arbitri?*, in *www.judicium.it*.

dei due organi aditi ritenesse di essere fornito della *potestas iudicandi*, il giudizio proseguisse dinanzi a quest'ultimo, ponendo fine a qualsivoglia conflitto.

Tuttavia, come detto, ove la valutazione del giudice statale e dell'arbitro circa l'esistenza, validità o efficacia del patto arbitrale fosse divergente (*negativa*, da parte del giudice e *positiva*, da parte dell'arbitro), si originava un *conflitto positivo* di competenza, con conseguente parallelismo di procedure sulla medesima causa. Un parallelismo destinato a risolversi solo *a valle*, una volta cioè che, in uno dei due procedimenti, si fosse formata una decisione definitiva, sul merito, spendibile nell'altro, dal momento che né la previa instaurazione dell'altro processo, né la pronuncia dell'altro organo sulla propria competenza (definitiva o meno) esercitavano alcuna influenza nell'altra sede. D'altra parte né una pronuncia della Corte d'appello emanata in sede di impugnazione del lodo che non fosse ancora divenuta definitiva¹⁹⁹, né una pronuncia della Cassazione in sede di regolamento di competenza o di ricorso per cassazione²⁰⁰ erano idonee ad esplicare alcuna efficacia vincolante nei confronti degli arbitri²⁰¹. Né, d'altronde, era possibile invocare l'applicabilità, in via analogica, di altri istituti, quali la sospensione *ex art. 295 c.p.c.* o quella *ex art. 819 c.p.c.*, dal momento che era opinione condivisa che la questione di competenza insorta nell'ambito di un giudizio non fosse idonea ad integrare una questione pregiudiziale rispetto al merito dedotto nell'ambito dell'altro, *condicio sine qua non* per l'applicabilità di quelle norme²⁰².

¹⁹⁹ Negare efficacia vincolante alla statuizione della Corte e, al contempo, attribuire efficacia vincolante alla sentenza emessa in sede di impugnazione di nullità, avrebbe implicato il paradosso di consentire la pronuncia di un lodo, destinato *a priori* ad essere annullato: così F.P. LUISO, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, cit., 525.

²⁰⁰ D'altra parte, l'eventuale ammissione dell'efficacia vincolante, nei confronti dell'arbitro, della sentenza regolatrice della Cassazione, avrebbe imposto, tra le altre cose, una revisione del sistema delle impugnazioni, per evitare delle anomalie non facilmente risolvibili. Infatti, come peraltro sottolineato più volte dalla stessa Cassazione (v., ad esempio, Cass. 7 aprile 1997, n. 3001, in *Giust. civ.* 1997, I, 2451, nt. D. GIACOBBE, *Questioni di litispendenza*, cit., 518), una sentenza emessa in sede di regolamento che, ad esempio, determinasse, in maniera vincolante per gli arbitri, l'esistenza di una deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria, si sarebbe configurata quale *regolamento preventivo di competenza*: "(...) privando le parti dell'impugnativa per nullità del lodo emesso da arbitri non legittimamente investiti della loro *potestas iudicandi*, ai sensi dell'art. 829 c.p.c.": così Cass. 7 aprile 1997, n. 3001.

²⁰¹ E.F. RICCI, W. RUOSI, Sub *art. 11*, in G. TARZIA, R. LUZZATTO, E.F. RICCI (a cura di), *Legge 5 gennaio 1994*, n. 25, cit., 114; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano 1997, 311; E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit. 43; ID., *voce Arbitrato*, cit., 99.

²⁰² In tal senso v. Cass. 9 aprile 1998, n. 3676. Nello stesso senso, all'indomani dell'ultima riforma, v. Coll. arb. Bari 22 giugno 2011, in *Riv. arb.* 2011, 660, nt. V. ALLOTTI, *Rapporti tra arbitri e giudice ordinario*. Per una parte della dottrina, tuttavia, il disposto dell'art. 819 *bis* c.p.c. sarebbe stato idoneo a regolare non solo le ipotesi di connessione fra due controversie, ma anche il caso in cui fra esse vi fosse identità di tutti gli elementi oggettivi e soggettivi, così derogando alla

L'assenza di meccanismi di coordinamento preventivo tra le due procedure rischiava, peraltro, di non poter risolvere il conflitto (o comunque di non poterlo risolvere *in maniera soddisfacente*), nemmeno *a valle*, ossia una volta che uno dei due giudizi fosse pervenuto ad una pronuncia di merito, e nemmeno nella successiva fase delle impugnazioni²⁰³.

In linea di principio, infatti, la prima decisione sul merito della disputa che fosse *passata in giudicato o divenuta comunque incontrovertibile* nell'ambito di un giudizio, poteva essere spesa nell'altro per paralizzarne la continuazione ed imporla, così, la chiusura *in rito* (o una *decisione conforme nel merito*, a seconda dell'adesione alla tesi *processuale o sostanziale* del giudicato²⁰⁴).

previsione di cui all'art. 39 c.p.c. Con la conseguenza che, come la competenza degli arbitri non sarebbe venuta meno in ragione della pendenza della lite in sede ordinaria, così la competenza del giudice non avrebbe risentito dell'instaurazione del procedimento arbitrale. V. E.F. RICCI, *L'arbitrato di fronte alla litispendenza giudiziaria*, cit., 502 e 509; nonché Coll. arb. Salerno 25 giugno 2001, in *Riv. arb.* 2003, 525, nt. G. RUFFINI, *In tema di sospensione del processo arbitrale per pregiudizialità*; Coll. arb. 9 marzo 1996; Coll. arb. Roma 2 marzo 1996 e Coll. arb. Bergamo 20 luglio 1995, in *Riv. arb.* 1996, 353 e 375, nt. F. LEPRI, *Arbitrato rituale, pendenza della stessa causa innanzi al giudice statale ed applicazione dell'art. 39, 1 comma, c.p.c.*

²⁰³ Il riferimento è qui, evidentemente, solo al caso di due giudicati integralmente o parzialmente *contraddittori*, non comportando alcun problema l'ipotesi di due giudicati *conformi*. Si avrebbe, in tale ultimo caso, non la ben più grave violazione del principio di certezza giuridica in relazione alle situazioni sostanziali delle parti, quanto, piuttosto, la più veniale violazione del principio di economia processuale.

²⁰⁴ Anche a proposito del caso esaminato nel testo, si poneva la questione se l'eccezione di cosa giudicata operasse sul piano processuale o su quello sostanziale. Il tema era strettamente connesso con la ben nota disputa, alimentata sino a qualche decennio fa, sulla scia di analogo dibattito svoltosi in seno alla dottrina tedesca, intorno alla qualificazione o natura del giudicato, se esso avesse cioè carattere *sostanziale* o *processuale*. Per i fautori della *natura sostanziale del giudicato* (tra cui ricordiamo E. ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano 1935, 1 ss.; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, 3^a ed., aggiornata e rielaborata da T. CARNACINI, M. VELLANI, Milano 1980-1985), la sentenza e il giudicato entravano a far parte: "(...) *della dinamica di estinzione e produzione di rapporti giuridici*" – così C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile (la Cornice)*, cit., 150 –, nel senso che modificavano: "(...) *lo stato di diritto preesistente, imprimendo al rapporto deciso una nuova configurazione*": S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, Torino 1988, 26. La tesi, nel ritenere che il nuovo giudicato *de eadem re* non fosse impedito dal *ne bis in idem*, ma ad esso conformato, risultava, secondo C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile (la Cornice)*, cit., 150: "(...) meglio in linea con il tenore dell'art. 2909 c.c. (e soprattutto dell'art. 395, n. 5 c.p.c., che circoscrive la revocazione – ovvero il rimedio – al caso di nuova decisione difforme dal giudicato già formatosi)". I fautori del *carattere esclusivamente processuale* del giudicato, invece (fra cui, ad esempio, E. FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1956, 1306 ss.), ritenevano che quest'ultimo lasciasse immutata la situazione di diritto materiale: "(...) esauendo la propria efficacia nella formazione di un vincolo processuale, che impedisce al giudice ed alle parti di tornare a discutere, in futuri processi, del diritto accertato": S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, cit., 26. Sebbene, come osservava C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile (la*

Sul punto, l'opinione che prevaleva era nel senso di attribuire al giudicato sul merito, formatosi in un giudizio, l'efficacia ostativa alla prosecuzione dell'altro²⁰⁵, non rilevando, da una parte, il fatto che, durante il processo statale, l'eccezione di patto compromissorio non fosse stata (tempestivamente) sollevata o, pur se sollevata, fosse stata rigettata (o fosse stata rigettata l'eccezione volta a far valere, nel giudizio statale, un lodo non ancora passato in giudicato, in ragione dell'accoglimento dell'eccezione, sollevata dalla parte soccombente nel giudizio arbitrale, di *inefficacia dello stesso*); dall'altra, che, a parti invertite, l'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* dell'arbitro fosse *ormai preclusa nel processo arbitrale*. Nel primo caso, le parti sarebbero state gravate dall'onere di eccepire l'esistenza del lodo non

Cornice), cit., 150, la tesi del rigetto in rito di una domanda su cui si fosse già deciso con efficacia di giudicato potesse, in linea di principio, essere sostenuta non solo dai fautori dell'efficacia del giudicato di merito sul piano puramente processuale, ma anche, a ben vedere, da coloro che ne ammettevano una diretta incidenza sull'assetto dei rapporti giuridici sostanziali, sul profilo della qualificazione e degli effetti dell'eccezione di cosa giudicata si registravano non poche divergenze ed oscillazioni, sia in dottrina che in giurisprudenza. La dottrina maggioritaria (v., *ex multis*, G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli 1980, ristampa, 914; E. FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, cit., 1306 ss.) propendeva per la *natura esclusivamente processuale* dell'eccezione, in base alla considerazione che: "(...) risolvendosi il giudicato essenzialmente in un effetto di carattere negativo, in un impedimento processuale ad una nuova pronuncia sul diritto fatto valere, l'*exceptio rei iudicatae* (...), se fondata, impedisce la trattazione nel merito della domanda proposta" – S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, cit., 33 –, con la conseguenza che il procedimento avente ad oggetto una situazione già giudicata era destinato ad essere chiuso con una pronuncia in rito, declaratoria dell'esistenza di un impedimento processuale e, quindi, dell'inammissibilità della domanda. La giurisprudenza maggioritaria, invece (v., *ex multis*, Cass. 15 maggio 1980, n. 3221, in *Rep. Giur. it.* 1980, voce *Regiudicata civile*, n. 24; Cass. 13 giugno 1975, n. 2391, in *Rep. Giur. it.* 1975, voce *Regiudicata civile*, n. 1) era dell'avviso che l'eccezione di cosa giudicata avesse natura di merito, comportando il suo accoglimento il rigetto e non l'inammissibilità della domanda, e, d'altra parte, che si avesse violazione del giudicato solo se il giudice, nel trattare e decidere la materia già decisa, fosse giunto a delle conclusioni differenti. L'orientamento prevalente in dottrina risultava forse più accettabile sotto il profilo pratico, nella misura in cui evitava *ab origine* la celebrazione di un secondo processo, che si sarebbe dimostrato del tutto inutile. Quest'ultimo era l'approccio che prevaleva con riferimento all'arbitrato, come emerge anche da Cass. 14 marzo 1977, n. 1006, in *Rep. Foro it.* 1977, voce *Arbitrato e compromesso*, 13, per la quale gli arbitri avrebbero dovuto decidere *secondo diritto* sull'eccezione di cosa giudicata: "(...) da cui dipende la stessa ammissibilità del nuovo giudizio". In questo senso v., anche, M. BOVE, *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, cit., 409, che rilevava come: "(...) l'arbitro non dovrebbe avere dubbi e dovrebbe rapidamente rifiutare la decisione di merito. Qui addirittura egli ha due ragioni che fondano un tale rifiuto, perché il precedente giudicato, per un verso, ha causato l'estinzione del patto compromissorio e, per altro verso, opera quale presupposto processuale negativo, determinando l'impossibilità di decidere (...) *tout court*".

²⁰⁵ Ovviamente, attesa la mancanza di preclusioni assertive, nel procedimento arbitrale tale eccezione avrebbe potuto essere sollevata *sine die*, salvo il rispetto del principio del contraddittorio e salvo che le parti o gli arbitri non avessero introdotto termini perentori, mentre nel procedimento giurisdizionale, essa avrebbe dovuto essere al pari di qualsiasi altra eccezione in senso stretto.

più impugnabile, dato che si riteneva che la natura privatistica del fenomeno arbitrale, riverberandosi sul carattere della decisione degli arbitri²⁰⁶, escludesse *ab origine* la rilevabilità officiosa della stessa. In particolare, ove l'eccezione sollevata dalla controparte avesse rilevato un vizio che fosse causa di *annullabilità*, anziché di *mera inefficacia*, del lodo, potendo l'annullabilità del lodo essere dedotta solo *in via di domanda* e non di eccezione, si tendeva a distinguere l'ipotesi in cui i termini per proporre l'impugnazione per nullità fossero già scaduti (nel qual caso il lodo sarebbe stato *irrevocabilmente efficace* e il giudice non avrebbe potuto non tenerne conto), da quella in cui essi fossero *ancora pendenti* (nel qual caso era ipotizzabile che l'interessato si attivasse per proporre l'impugnazione, chiedendo allo stesso tempo la sospensione del processo in cui la decisione arbitrale fosse stata fatto valere, in conformità al disposto di cui all'art. 337, comma 2, c.p.c.²⁰⁷). Nel secondo caso, una volta intervenuto il giudicato statale, si riteneva che il patto arbitrale, anche non invocato in precedenza, divenisse improduttivo di effetti *per avvenuto raggiungimento dello scopo* (l'avvenuta decisione di una controversia)²⁰⁸.

Se, dunque, in linea di principio, il sistema delle "vie parallele" consentiva un coordinamento *a valle* tra le due procedure, poteva tuttavia capitare che un giudicato, già formatosi in un giudizio, non conducesse, per qualunque motivo, alla spendita della relativa *exceptio rei iudicatae* nell'altro giudizio o comunque non fosse idoneo a determinarne la chiusura in rito. In tal caso *il lodo successivo*, contrastante con una precedente sentenza del giudice statale passata in giudicato (oltre che con un precedente lodo non più impugnabile) poteva bensì essere censurato in sede di impugnazione (in base al disposto di cui all'art. 829, comma 1, n. 8, c.p.c.²⁰⁹), ma solo a condizione che la relativa ec-

²⁰⁶ S. MENCHINI, *La natura e la disciplina dell'eccezione con la quale è fatta valere l'efficacia di un precedente lodo non più impugnabile*, nota a Cass. 27 novembre 2001, n. 15023, in *Riv. arb.* 2002, 294; E.F. RICCI, *La «funzione giudicante*, cit., 355

²⁰⁷ V., in proposito, M. BOVE, *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, cit., 417 ss.

²⁰⁸ V., in tal senso, M. BOVE, *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, cit., 416, per il quale: "(...) è evidente che [il patto arbitrale] in tanto può rimanere in vita in quanto quella esiste; per cui, in definitiva, se la lite, nonostante il patto compromissorio, è decisa da un giudice statale, quel patto compromissorio, perdendo la possibilità di realizzare il suo scopo, perde anche ogni vitalità giuridica".

²⁰⁹ L'art. 829, comma 1, n. 8, c.p.c. si riferiva altresì al contrasto del lodo con un "*precedente lodo non più impugnabile (...) tra le parti*". Con la locuzione "*lodo non più impugnabile*", rimasta inalterata anche dopo la riforma del 2006, il legislatore ha ribadito che l'efficacia conformativa della decisione arbitrale (*il giudicato*), possa conseguire in primo luogo all'inutile decorso dei termini previsti dall'art. 828 c.p.c. per la proposizione dell'impugnazione per nullità. Ove, invece, l'impugnazione sia proposta e accolta, e la Corte d'appello si occupi anche del giudizio rescissorio, il giudicato si formerà (*sulla nuova decisione* e non più sul lodo) una volta decorso il termine per la proposizione del ricorso per cassazione o all'esito di quest'ultimo. Qualora, infine, l'impugnazione per nullità sia respinta, potrebbe sorgere qualche dubbio in ordine alla necessità di attendere co-

cezione fosse stata *effettivamente dedotta nel giudizio arbitrale*²¹⁰.

Anche nell'ipotesi opposta, ad una *sentenza contrastante con un precedente lodo non più impugnabile* poteva bensì porsi rimedio attraverso l'appello e, successivamente, il ricorso per cassazione, ma solo nel caso in cui il contrasto con il precedente lodo fosse stato tempestivamente sollevato dalla parte durante il giudizio statale, trattandosi di eccezione non rilevabile d'ufficio²¹¹.

In caso contrario, ove nel giudizio statale la sentenza non avesse pronunciato sulla relativa eccezione (per mancata produzione del documento o per mancata proposizione dell'eccezione – conseguente, ad esempio, alla contumacia della parte interessata alla sua spendita²¹² – o per la sua proposizione oltre i termini²¹³), non vi era modo per censurare, in sede di impugnazione la sentenza successiva,

munque il passaggio in giudicato della sentenza (di rigetto). Benché la formulazione dell'art. 829, comma 1, n. 8, c.p.c. sembri collegare la formazione del giudicato sostanziale alla *non proponibilità dell'impugnazione per nullità* (che dunque si sarebbe già verificata nel caso in questione), nel senso della necessità del giudicato pare militare la previsione contenuta nell'art. 2945, comma 3, c.c., che ricollega il mantenimento dell'effetto interruttivo permanente della prescrizione al *passaggio in giudicato della sentenza resa in sede d'impugnazione del lodo*. Sulla questione v. E. D'ALESSANDRO, *Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell'art. 824 bis c.p.c.*, in *Riv. arb.* 2007, 541.

²¹⁰ In ossequio al consolidato insegnamento giurisprudenziale che qualificava l'eccezione di giudicato esterno come *eccezione in senso stretto* (su cui v. G. TARZIA, *Sub art. 21*, in G. TARZIA, R. LUZZATTO, E.F. RICCI (a cura di), *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, cit., 169), l'esistenza di un precedente giudicato avrebbe dovuto essere oggetto, nel contesto del procedimento arbitrale, di un'eccezione di parte, mancando la quale il lodo a quello contrario non sarebbe stato suscettibile di rimozione. V. G. RUFFINI, *Sub art. 829 c.p.c.*, in C. CONSOLO, F.P. LUISO (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, 2ª ed., Milano 2000, 3539.

²¹¹ C. PUNZI, *L'efficacia del lodo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.* 1994, 23. Ricorso che, attesa la natura negoziale del lodo, sarebbe stato esperibile negli stessi termini in cui sarebbe stata denunciabile l'omessa valutazione, da parte del giudice del merito, di un precedente contratto fra le parti; v. S. MENCHINI, *La natura e la disciplina*, cit., 295.

²¹² Anche nell'ipotesi da ultimo menzionata, tuttavia, vi sarebbe stata comunque la possibilità di assicurare la prevalenza al lodo divenuto definitivo per primo, in virtù di un'applicazione analogica dell'art. 395, n. 5, c.p.c., che consentisse di impugnare la decisione che si formasse per seconda (presumibilmente quella statale) per contrasto con una decisione sullo stesso oggetto che fosse divenuta definitiva in precedenza (v., in questo senso, G. TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali e conflitti tra lodi e sentenze*, in *Riv. dir. proc.* 1994, III, 631 ss.). La tesi era tuttavia contestata e non incontrava il favore della giurisprudenza maggioritaria (come si avrà modo di illustrare nel prosieguo).

²¹³ Anche nell'ambito dei giudizi statali, infatti, le parti sarebbero state gravate dall'onere di eccepire l'esistenza del lodo non più impugnabile. Anzi, chi ricostruiva la decisione arbitrale in termini privatistico-negoziali, escludeva *ab origine* la rilevabilità officiosa della stessa (parificando, dunque, l'eccezione di precedente lodo a quella con cui le parti avessero fatto valere l'esistenza di un precedente contratto: S. MENCHINI, *La natura e la disciplina dell'eccezione*, cit., 294; E.F. RICCI, *La «funzione giudicante*, cit., 355).

che si sarebbe così definitivamente cristallizzata: l'esperibilità della revocazione ai sensi dell'art. 395, comma 1, n. 5, c.p.c., infatti, era concessa avverso una sentenza confliggente con un previo giudicato statale²¹⁴, non, invece, in caso di conflitto con un precedente lodo non più impugnabile. O, quantomeno, la giurisprudenza non ha mai recepito le letture *estensive* di quella norma proposte, soprattutto a seguito della riforma del 1994, da una parte della dottrina, per la quale l'eliminazione del termine annuale per effettuare il deposito del lodo e dell'inciso secondo cui il decreto del pretore conferiva al lodo efficacia di sentenza, avrebbe di fatto assimilato l'efficacia del lodo a quella della sentenza²¹⁵, rendendo così non più giustificabile un utilizzo *unilaterale* – nei confronti *solo* del giudizio ordinario e del relativo atto finale, e *non* anche nei confronti dell'arbitro e della sua deliberazione – di quegli istituti finalizzati a prevenire o ad eliminare un conflitto tra giudicati (tra cui, appunto, la revocazione ordinaria *ex art.* 395, n. 5, c.p.c.²¹⁶).

²¹⁴ L'art. 395, comma 1, n. 5, c.p.c. richiedeva peraltro che la decisione impugnata con lo strumento della revocazione *non avesse pronunciato sulla relativa eccezione*.

²¹⁵ V. la relazione al disegno di legge VASSALLI, elaborato sulla base, e pressoché in conformità, di un progetto di riforma della disciplina dell'arbitrato proposto dall'Associazione italiana per l'arbitrato, presentato a Roma il 20 maggio 1989, nell'ambito di una giornata di studio promossa in collaborazione con l'Associazione fra gli studiosi del processo civile, i cui atti sono pubblicati in *Rass. arb.* 1989, nn. 3-4. V. per riferimenti più puntuali, F. GHIRGA, *Commento all'art. 15 (822 c.p.c.)*, in G. TARZIA, R. LUZZATTO, E.F. RICCI (a cura di), *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, cit., 520. Nella relazione si sottolineava, in particolare, che, al pari della sentenza, anche il lodo produceva quell'accertamento che, verificandosi alcune condizioni (l'inutile decorso dei termini per impugnare o il rigetto dell'impugnazione stessa), era idoneo a diventare definitivo e ad acquistare la forza della cosa giudicata, imponendosi, nell'ordinamento, come attuazione, tramite il *dictum* arbitrale, della volontà della legge nel caso concreto. Parimenti, anche: "(...) l'accertamento contenuto nel lodo fa stato tra le parti e può essere invocato in via di eccezione nel processo statale" (così LEPRI, *Arbitrato rituale*, cit., 379) sotto forma di *exceptio rei in iudicium deductae* o *exceptio rei iudicatae* e anche il lodo, al pari della sentenza, era atto idoneo – compiute le prescritte formalità ed ottenuto l'*exequatur* – a divenire titolo esecutivo.

²¹⁶ In virtù, in quest'ultimo caso, secondo taluno, non tanto di *analogia legis*, ma di una piana: "(...) interpretazione estensiva del dettato di un motivo di revocazione non straordinaria (e così non incidente sulla regola della saldezza di un giudicato già formatosi)". Così C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario*, cit., 668. Sul problema della proponibilità della revocazione *ex art.* 395, n. 5, c.p.c. anche quando la sentenza fosse contraria ad un precedente lodo non più impugnabile tra le parti, v. E.F. RICCI, *L'efficacia vincolante del lodo arbitrale*, cit., 819: "Credo proprio che la risposta positiva sia l'unica plausibile in base al sistema, per il nesso esistente tra la norma in esame e il già ricordato nuovo art. 829, comma 1, n. 8 c.p.c. (...). La revocabilità della sentenza contraria al lodo precedentemente pronunciato tra le parti costituisce un aspetto di quella stessa realtà, cui appartiene l'impugnabilità del lodo contrario a precedente sentenza". G. GUARNIERI, *Commento all'art. 23 (831 c.p.c.)*, in G. TARZIA, R. LUZZATTO, E.F. RICCI (a cura di), *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, cit., 553 ss., con riferimento all'ipotesi di una sentenza passata in giudicato *dopo* la chiusura del procedimento arbitrale, ma *prima* dell'acquisizione da parte del lodo

Nel quadro di questo sistema, il rischio di pervenire a *due giudicati confliggenti sulla medesima causa* era dunque piuttosto elevato e la soluzione assolutamente prevalente nel contesto normativo pre-riforma, nel senso della *prevalenza del giudicato formatosi per secondo* (ad instar di quella applicata al contrasto tra giudicati statali²¹⁷), tendeva a *favorire il processo statale*, in ragione della sua ten-

della definitività e inimpugnabilità, suggeriva di consentire comunque l'impugnabilità del lodo (contrario a precedente sentenza passata in giudicato), pur essendo mancata la spendita della relativa eccezione *nel corso del procedimento arbitrale*. A tale ricostruzione erano peraltro d'ostacolo sia considerazioni di stretto diritto positivo (in primo luogo, il dettato letterale dell'art. 829, comma 1, n. 8, c.p.c., che aveva espressamente introdotto tra i motivi di nullità il conflitto fra lodo e un altro lodo o sentenza "(...) purché la relativa eccezione sia stata dedotta nel giudizio arbitrale"; in secondo luogo, il testo dell'art. 831, comma 1, c.p.c., secondo cui: "Il lodo, nonostante qualsiasi rinuncia, è soggetto a revocazione nei casi indicati nei numeri 1), 2), 3) e 6) dell'art. 395 (...)"), sia un orientamento consolidato in dottrina che, in merito all'interpretazione dell'art. 395, n. 5, c.p.c., escludeva dal suo ambito le ipotesi in cui la sentenza avesse pronunciato sull'eccezione o non avesse pronunciato nonostante la sua proposizione, e contemporaneamente ne escludeva la sovrapponibilità con il nuovo n. 8 dell'art. 829, che: "(...) lascia scoperta l'ipotesi della contrarietà a precedente giudicato, in difetto di deduzione della relativa eccezione nel giudizio arbitrale": così C. PUNZI, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 1983, 89; G. MIRABELLI, D. GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato*, cit., 120; G. TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali*, cit., 631; E.F. RICCI, *L'efficacia vincolante del lodo arbitrale*, cit., 818. Inoltre, l'esclusione della revocazione ordinaria nei confronti del lodo, affermata già prima della riforma del '94 dalla giurisprudenza (v. Cass. 11 febbraio 1988, 1465, in *Giust. civ.* 1988, I, 1508; Cass. 19 luglio 1982, n. 4237, *ivi*, 1983, I, 521) e dalla dottrina (V. ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.*, IV, Napoli 1964, 935; S. SATTA, *Commentario al c.p.c.*, IV, 2, Milano 1971, 346; C. PUNZI, voce *Arbitrato rituale e irrituale*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma 1988, 36), e ribadita anche dopo l'entrata in vigore, nel '94, delle nuove disposizioni in tema d'arbitrato (E. FAZZALARI, in A. BRIGUGLIO, E. FAZZALARI, R. MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano 1994, 222; G. MIRABELLI, D. GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato*, cit., 119 ss.), trovava conferma nell'esplicito rifiuto, da parte del legislatore della riforma, di approvare la proposta in senso contrario, formulata dal progetto governativo del 1989, preferendo appunto confermare il testo originario del comma 1 dell'art. 831 c.p.c. (vedilo in *Rass. arb.* 1989, 276 e in *Riv. arb.* 1991, 929). Ciò detto, la ricostruzione di G. GUARNIERI esprimeva perplessità condivisibili, per quanto atteneva, ad esempio, ai possibili profili di incostituzionalità, per violazione degli artt. 3 e 24 Cost., della persistente non proponibilità, avverso il lodo, della revocazione ordinaria, considerata la riconosciuta proponibilità, nei confronti dello stesso, dell'opposizione di terzo. Secondo G. TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali*, cit., 645; ID., *Commento all'art. 21 (829 c.p.c.)*, cit., 547, l'estensione dell'ambito applicativo della norma di cui all'art. 395, comma 1, n. 5, c.p.c. anche al caso di contrasto con un lodo precedente divenuto non più impugnabile poteva fondarsi sul collegamento esistente fra l'art. 395, n. 5 e l'art. 829, comma 1, n. 8, c.p.c., senza la necessità di postulare un intervento dei giudici della Consulta, che dichiarasse l'incostituzionalità della prima delle norme citate per omissione, contrastante con gli artt. 3 e 24 Cost. Dello stesso avviso era anche E.F. RICCI, *L'efficacia vincolante del lodo arbitrale*, cit., 819 ss., che, come visto, considerava determinante, ai fini dell'esperibilità del gravame della revocazione ordinaria contro la sentenza che fosse contraria anche ad un precedente lodo inimpugnabile, la configurazione del lodo come *atto giurisdizionale*.

²¹⁷ La dottrina e giurisprudenza maggioritarie erano e sono nel senso (a proposito del conflitto

fra giudicati *giurisdizionali*) che debba prevalere quello formatosi per secondo. Ciò in base alla considerazione che, una volta decorso il termine per la revocazione ordinaria *ex art. 395, n. 5, c.p.c.*, la seconda sentenza, contraria alla precedente, venga “sanata” dal passaggio in giudicato formale. Di conseguenza, originando il contrasto fra le due sentenze un *conflitto fra due atti giuridici entrambi sostanzialmente validi*, non si potrebbe che fare applicazione del criterio della *successione temporale degli atti giuridici*. In tal senso v. Cass. 27 gennaio 1993, n. 997, in *Inf. prev.* 1993, 391 ss.; Cass. 25 gennaio 1993, n. 833, in *RFI* 1993, n. 1; Cass. 2 giugno 1990, n. 5166; Cass. 29 agosto 1986, n. 5311, in *Rep. Foro it.* 1986, voce *Cosa giudicata civile*, n. 7. In dottrina, v., in conformità alla giurisprudenza prevalente, v. S. MENCHINI, *La natura e la disciplina*, cit., 294; ID., *Regiudicata civile*, cit., 469; ID., *Il giudicato civile*, Torino 1988, 40 (al quale si rimanda per ulteriori riferimenti); M. BOVE, *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, cit., 417, per il quale: “(...) si avrà la classica ipotesi di successione di giudicati contraddittori, ipotesi che a nostro parere va risolta a favore del secondo giudicato”; ID., *L'estinzione del patto compromissorio*, in *Riv. arb.* 1998, 694; F.P. LUISO, *Ancora sui rapporti*, cit., 524; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.* 1990, 418; G. DELLA PIETRA, in G. VERDE (a cura di), *Diritto Dell'arbitrato rituale*, cit., 149; G. TOMBARI, *Natura e regime giuridico*, cit., 1079, nt. 87. Per S. SATTA, *Commentario al c.p.c.*, II, Milano 1960, *sub art. 395, 331*, se il contrasto con il precedente giudicato non era fatto valere: “(...) nel termine con l'impugnazione per revocazione, il secondo giudicato rimane la sola fonte regolatrice del rapporto. Di recente si sono sollevati dubbi, ma i dubbi non sono fondati. Il giudicato opera sul terreno del diritto sostanziale e non vi è nessuna astratta ragione perché la modificazione prodotta da una prima sentenza non possa essere sostituita da un'altra modificazione prodotta da una seconda sentenza”. Di parere opposto, a favore cioè della prevalenza del giudicato formatosi per primo, sulla scia anche degli esiti cui era pervenuta la dottrina tedesca, v. A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, Padova 1994, 517; A. CHIZZINI, *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Padova 1994, 63 ss.; E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., 43; ID., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 144, per il quale: “(...) soltanto la pronuncia – di giudice o di arbitro – che passi in giudicato per prima s'impone, per il rispetto dovuto alla “cosa giudicata”, nel processo ancora pendente”: G.A. MICHELI, *Corso di diritto processuale civile*, Milano 1959, I, 304; ID., *Considerazioni in tema di regolamento di competenza e di conflitto di giudicati*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1954, II, 19 ss.; in tal senso, in giurisprudenza, v. Trib. Cagliari 21 febbraio 1983, in *Foro it.* 1983, I, 2288 ss. In termini dubitativi v. G. TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali e conflitti tra lodi e sentenze*, cit., 643; ID., *Commento all'art. 21 (829 c.p.c.)*, cit., 546, che, sottolineando l'inadeguatezza della norma di cui all'art. 829, comma 1, n. 8, c.p.c. – nel senso che finiva per subordinare il rispetto del fondamentale principio del *ne bis in idem*, da una parte, alla “diligenza” delle parti e, dall'altra, ad una improbabile maggior celerità del giudizio ordinario, con l'effetto di favorire la formazione di giudicati contraddittori – riteneva che tale norma lasciasse: “(...) aperto il problema della composizione del conflitto tra lodo e sentenza, quando quest'ultima sia passata in giudicato successivamente”, riproponendo: “(...) con maggior frequenza, su questo particolare terreno, il dubbio sulla prevalenza del giudicato (giurisdizionale o arbitrale) precedente o di quello successivo”. Soluzione, quest'ultima, verso la quale infine l'autore si orientava. F.P. LUISO, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, cit., 523 ss., propone un'analisi più articolata delle varie ipotesi prospettabili allorché vi siano due decisioni (una arbitrale e l'altra giudiziale) sullo stesso rapporto. C. CECHELLA, *L'arbitrato, (Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile)*, cit., 25 parla di un lodo *insensibile* al formarsi di un giudicato nel contesto di un giudizio proposto precedentemente sullo stesso oggetto innanzi al giudice dello Stato, facendo leva sul dettato dell'art. 831 c.p.c., che escludeva, dalle ipotesi di revocabilità del lodo, il contrasto con precedente giudicato statutale. In verità l'autore si era così espresso

denziale e fisiologica maggior durata rispetto a quello arbitrale.

Nel complesso, dunque, lo sbilanciamento delle norme in materia di impugnazione tendenzialmente a favore del giudicato statale, in uno con l'assenza di meccanismi di coordinamento preventivo che arginassero il rischio del parallelismo di due procedimenti sull'identica causa, che era un po' il punto debole della tesi delle "vie parallele", sommamente rispettosa, al contrario, del principio per cui ogni giudice è giudice della propria competenza (quali avrebbero potuto essere l'applicazione dell'istituto della litispendenza o l'immediata impugnabilità del lodo arbitrale pronunciato sulla competenza mediante lo strumento del regolamento di competenza oppure la reciproca vincolatività dell'accertamento sul patto compromissorio compiuto dall'arbitro o dal giudice; o, ancora, la sospensione di uno dei due procedimenti in attesa dell'accertamento sulla competenza compiuto nell'altro) oltre a rappresentare un evidente aggravio per le parti, soprattutto di quella che intendeva risolvere una disputa in arbitrato, conformemente alla volontà originariamente espressa in una pattuizione in linea di principio *esclusiva* della concorrente giurisdizione pubblica, tendevano a penalizzare non poco l'effettività dell'opzione arbitrale.

Che il giudizio statale fosse stato instaurato prima o dopo quello arbitrale, i tempi biblici della sua celebrazione rendevano *altamente improbabile* il formarsi di un giudicato statale *in tempo utile* per la sua rilevabilità nel corso del procedimento arbitrale²¹⁸, consentendo alla parte contraria ad una definizione rapida della disputa di *utilizzare strumentalmente* le croniche inefficienze della via giudiziale (specialmente nel caso in cui la parte vittoriosa in arbitrato, contando sull'esito favorevole in quella sede, fosse rimasta contumace nel giudizio statale) per vanificare, *ex post*, gli effetti dell'arbitrato.

7. La giurisprudenza arbitrale e il sistema delle "vie parallele"

Per concludere la panoramica sul sistema delle "vie parallele", va osservato che anche la giurisprudenza arbitrale era del tutto allineata all'orientamento maggioritario²¹⁹.

prima dell'introduzione dell'art. 829, comma 1, n. 8 ad opera della riforma del '94, che sanziona di nullità proprio il lodo che contrasti, oltre che con altro precedente lodo non più impugnabile, anche con una *precedente sentenza passata in giudicato tra le parti*.

²¹⁸ L'unica eccezione poteva essere rappresentata dal caso di compromesso stipulato *dopo* la pronuncia di una sentenza giudiziale (in primo grado o in grado d'appello), a cui seguiva l'instaurazione di un procedimento arbitrale.

²¹⁹ V., *ex multis*, Coll. arb. Roma 2 marzo 1996, in *Giust. civ.* 1997, I, 267, nt. R. VACCARELLA e in *Riv. arb.* 1996, II, 353, nt. F. LEPRI, *Arbitrato rituale, pendenza della stessa causa*, cit.; Coll.

Anche nell'ambito della giurisprudenza arbitrale viene la convinzione che una situazione di "litispendenza" si *risolvesse sempre in una questione di competenza*, che l'arbitro e il giudice statale dovevano valutare in modo autonomo ed indipendente, in base al principio *Kompetenz Kompetenz*.

Emergeva talora, in motivazione, la rilevanza attribuita alla questione della *natura giuridica* dell'arbitrato, di cui si dibatteva la possibile equiparazione, integrale o parziale, al processo giurisdizionale; ciò induceva taluni collegi a ricondurre il rapporto tra arbitrato e giurisdizione statale alla categoria della *giurisdizione* più che a quella della *competenza*.

Tale profilo, tuttavia, non incideva in alcun modo sulla soluzione da dare alla problematica dei conflitti positivi e negativi tra arbitrato e giurisdizione statale, che era in linea con l'orientamento al tempo maggioritario nel senso dell'esclusione dell'applicabilità dell'istituto della litispendenza.

Ad esempio, nel lodo 6 giugno 1984, n. 24²²⁰, un collegio arbitrale statuiva che: "(...) *la questione di litispendenza non si pone fra giudici ordinari e giudici arbitrali, in quanto, appartenendo essi a diverse giurisdizioni, il problema appare configurarsi come conflitto di giurisdizione, risolubile con i relativi congegni e provvedimenti all'uopo previsti dall'ordinamento, il che vale a fortiori fra giudizio arbitrale e giudizio dinanzi alla giurisdizione amministrativa*".

Alla stessa conclusione circa l'inapplicabilità dell'istituto della litispendenza perveniva il lodo 2 marzo 1996²²¹; in cui un collegio arbitrale romano, a fronte dei rilievi di una parte, secondo cui l'ormai completa equiparazione fra giudizio statale e giudizio arbitrale, asseritamente attuata dalla riforma del '94, avrebbe imposto l'applicazione dell'istituto della litispendenza anche ai rapporti fra i due processi, a proposito dell'arbitrato statuiva che poteva: "(...) *parlarsi di sentenza e di natura giurisdizionale solo in ambito circoscritto e sempre quoad effectum, perché la decisione arbitrale rappresenta il risultato di un procedimento assimilabile bensì al processo, ad iniziare dalla domanda (...), ma che si svolge al di fuori del regime della sovranità statale, laddove la giurisdizione è pur sempre quella del giudice ordinario (...). Del resto è significativo che la Novella abbia abrogato*

arb. Bergamo 20 luglio 1995, in *Riv. arb.* 1996, II, 375; Coll. arb. Lucca 30 novembre 1993, in *Riv. arb.* II, 1994, nt. R. MARENGO, *Conseguenze della omissione dell'exceptio compromissi*; Coll. arb. 25 gennaio 1990, in *A.g. o.o. p.p.* 1991, 555; Coll. arb. Roma 28 dicembre 1989, in *Riv. arb.* 1991, 353 ss., nt. C. SELVAGGI, *Invito ad ulteriore meditazione sull'assorbimento della competenza arbitrale per motivi di connessione*; Coll. arb. Roma 22 febbraio 1989, in *Riv. arb.* 1991, 41, nt. A. GIARDINA; Coll. arb. 6 giugno 1984, in *A.g. o.o. p.p.* 1985, 837.

²²⁰ In *A.g. o.o. p.p.* 1985, 837.

²²¹ Coll. arb. Roma 2 marzo 1996, in *Riv. arb.* 1996, II, 353, nt. F. LEPRI, *Arbitrato rituale, pendenza della stessa causa*, cit., e in *Giust. civ.* 1997, I, 2451, nt. D. GIACOBBE, *Questioni di litispendenza*, cit.

l'art. 825, comma 5 c.p.c., senza nel contempo riferire l'efficacia di sentenza al lodo sottoscritto (art. 823, u. co., c.p.c.), ed abbia eliminato rigorosamente il termine 'sentenza', parlando sempre di lodo, che alla sentenza del giudice ordinario è, di volta in volta, solo accostato (ad es. artt. 829, n. 8 e 825, comma 3 c.p.c.) o, se si preferisce, assimilato".

Sulla stessa linea, infine, il lodo 30 gennaio 1987, n. 11²²², ove un collegio arbitrale riteneva che la ragione dell'orientamento tralaticio, secondo cui non potesse farsi applicazione dell'istituto della litispendenza se non nell'ambito dei rapporti tra giudici ordinari, risiedeva nel fatto che: "(...) *l'ipotesi di litispendenza in senso proprio non può configurarsi, nel caso suddetto, stante la natura di 'giudice particolare' dell'arbitro: la coesistenza di due identici giudizi avanti il giudice ordinario e avanti il Collegio arbitrale si risolve, quindi, in una questione di competenza*".

SEZIONE SECONDA

LA TESI DELLA C.D. "LITISPENDENZA UNILATERALE" O "ZOPPA"

8. Introduzione

È soprattutto al fine di fa fronte agli inconvenienti cui conduceva un'applicazione senza correttivi (i.e. senza meccanismi di coordinamento preventivo) del sistema delle "vie parallele" che la Suprema Corte, sul finire degli anni '90, procedeva ad un significativo *revirement* giurisprudenziale, con la pronuncia delle due note decisioni nei casi *Montedison c. Eni ed Enichem* (8 luglio 1996, n. 6205)²²³ e *Fall. Mascheroni c. Soc. Metropolitana milanese* (7 aprile 1997, n. 3001)²²⁴.

²²² In *Arch. giur. oo. pp.*, 1988, 43.

²²³ In *Corr. giur.*, XIII 1996, 1007, nt. CARBONE, *I ripensamenti sulla potestas iudicandi degli arbitri nel corso del procedimento arbitrale*; in *Foro it.* 1996, I, 1905, nt. C.M. BARONE; in *Riv. arb.* 1997, 325, nt. R. VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale*, cit.; in *Resp. civ. e previd.* 1997, I, 115, nt. R. MURONI, *Arbitrato, processo ordinario e litispendenza*.

²²⁴ In *Giust. civ.* 1997, I, 2451, nt. D. GIACOBBE, *Questioni di litispendenza tra giudizio ordinario e giudizio arbitrale*, 518; in *Riv. arb.* 1997, 515, nt. F.P. LUISO, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*; in *Giur. it.* 1997, I, 1, 623.

9. *Le decisioni della Suprema Corte nei casi Montedison (1996) e Mascheroni (1997)*

Nel caso *Montedison*, le parti avevano devoluto in arbitrato le controversie sorte in relazione ad una vicenda contrattuale piuttosto complessa²²⁵. Insorta la disputa, concordavano la nomina dei rispettivi arbitri e la formazione di un collegio arbitrale, che si costituiva regolarmente. Dopo la costituzione del collegio arbitrale, una delle parti si rivolgeva al giudice ordinario, perché accertasse, *inter alia*, l'inesistenza di una valida convenzione arbitrale tra le parti²²⁶. Il giudice adito concludeva che, *dal comportamento delle parti successivo alla stipula della convenzione* (concretantesi nella collaborazione di entrambe alla costituzione del tribunale arbitrale), dovesse desumersi *un loro mutuo consenso, sfociante in un accordo vincolante, a percorrere la via arbitrale*, idoneo a fissare la "competenza" del collegio arbitrale già costituito e a fare così venire meno quella del giudice statale a pronunciarsi sulla questione²²⁷.

In sostanza, secondo il giudice adito, mediante l'instaurazione del giudizio ar-

²²⁵ Nel caso di specie, infatti, le parti (*Eni e Montedison*) stipulavano un accordo (dalla vasta risonanza mediatica, non solo per il notevole valore economico, ma anche per le non irrilevanti ripercussioni sul piano politico) con cui davano vita ad una *joint-venture* tra il polo pubblico (*Eni*) e il polo privato (*Montedison*) del settore chimico, mediante la creazione di un nuovo soggetto, *Enimont*, che ebbe però vita breve. Con un contratto di vendita-acquisto, infatti, le stesse parti procedevano alla risoluzione concordata dell'accordo, prevedendo, peraltro, il mantenimento delle garanzie originariamente prestate in relazione agli apporti rispettivamente effettuati, a suo tempo, in *Enimont*. Garanzie che riguardavano vari aspetti dell'operazione e relativamente alle quali erano sorte le dispute devolute in arbitrato. Per un resoconto più dettagliato del caso, v. CARBONE, *I ripensamenti della potestas iudicandi degli arbitri*, cit., 1007.

²²⁶ Le parti attrici nel giudizio statale avevano allegato che una delle parti costituite nel giudizio arbitrale (*Enichem*), pur se titolare dei diritti nascenti dalle garanzie prestate in relazione agli apporti iniziali effettuati in *Enimont*, fosse soggetto diverso e autonomo dalle parti (*Eni e Montedison*) che formalmente avevano concluso la *joint-venture* e stipulato il patto arbitrale originario. Rispetto ad esso, dunque, mancava un valido patto compromissorio. Sul punto v. CARBONE, *I ripensamenti della potestas iudicandi degli arbitri*, cit., 1011.

²²⁷ Condivideva il ragionamento della Corte CARBONE, *I ripensamenti della potestas iudicandi degli arbitri*, cit., 1014, per il quale una deroga alla giurisdizione ordinaria poteva aversi sia in maniera *espressa*, tramite la stipulazione di una valida ed efficace convenzione arbitrale, sia in maniera *tacita, sul piano processuale*, mediante la spontanea e consapevole instaurazione di un procedimento arbitrale, pur in assenza di un patto arbitrale. Critico, invece, nei confronti degli approdi cui giungeva la Suprema Corte, M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, cit., per il quale: "(...) perché mai si deve sanzionare la parte che, si dice, agisce maliziosamente in prevenzione di fronte al giudice statale e si deve, invece, premiare la parte che, anch'essa maliziosamente, attiva un arbitrato senza (o senza più) patto compromissorio? Perché bisogna preoccuparsi solo di non uccidere l'arbitrato, quando pur è meritevole di tutela la parte che vuole agire per le vie ordinarie, quando l'arbitrato non ha alcun fondamento?"

bitrale e la costituzione del collegio²²⁸, le parti avevano proceduto a dare *concreta attuazione* ad un accordo di deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria, imponendo a questa, adita in seconda battuta, di declinare la propria competenza *per la mera constatazione* della già avvenuta costituzione del collegio: declinatoria, in effetti, pronunciata dal giudice adito ed impugnata dall'attrice con istanza di regolamento di competenza *ex art. 42 c.p.c.*

Nel di lì a poco successivo caso *Mascheroni*, invece, a fronte dell'iniziativa di una parte che, mediante la notifica alla controparte di una domanda di arbitrato, aveva dato avvio ad un procedimento arbitrale per la definizione di una controversia insorta tra una società e un Fallimento, la società, convenuta in arbitrato, dichiarava di non accettare il giudizio, rifiutando di contribuire alla nomina del tribunale arbitrale. Il collegio veniva dunque costituito solo a seguito dell'intervento del Presidente del Tribunale, adito *ex art. 810, comma 2, c.p.c.*

In pendenza dell'arbitrato, la società, convenuta in arbitrato, adiva il giudice statale, sostenendo, *in via preliminare* (a fronte dell'*exceptio compromissi* sollevata dal Fallimento), l'incompetenza del collegio arbitrale e chiedendo, *nel merito*, di accertare l'infondatezza delle medesime pretese che il Fallimento *aveva avanzato in sede arbitrale*. Del conflitto *positivo* di competenza originato dalla concorrente affermazione della propria competenza da parte, rispettivamente, del collegio arbitrale e del giudice statale, veniva infine investita la Suprema Corte, su iniziativa del Fallimento, che aveva impugnato, mediante istanza di regolamento di competenza *ex art. 42 c.p.c.*, la decisione con cui il giudice di merito aveva negato la validità ed efficacia del patto arbitrale.

In entrambi i casi la Corte di cassazione procedeva ad un'analisi del funzionamento del sistema delle "vie parallele", di cui evidenziava i principali inconvenienti pratico-applicativi, tra cui il rischio che, in caso di conflitto positivo di "competenza" tra arbitrato e giurisdizione statale, si pervenisse ad un conflitto fra giudicati, non evitabile in ragione dell'assenza di meccanismi di coordinamento preventivo tra una procedura arbitrale e una procedura giudiziale.

In particolare, secondo la Corte, se l'ipotesi di *previa instaurazione del giudizio statale* poteva continuare ad essere regolata dal sistema delle "vie parallele", in quanto l'ordinamento, alla luce delle disposizioni applicabili in tema di impugnazione delle sentenze e dei lodi, contemplava dei meccanismi che, almeno a valle, avrebbero potuto scongiurare un conflitto tra giudicati, l'ipotesi opposta, di *previa costituzione del collegio arbitrale* (così nel caso *Montedison*) o, ancor prima, di *previo avvio del giudizio arbitrale* (così nel caso *Mascheroni*), rischiava di condurre ad un *irreversibile conflitto tra giudicati*, per scongiurare il quale si rendeva neces-

²²⁸ E altresì in virtù di elementi ulteriori, quali una serie di "scritture", integranti, secondo il giudice, il requisito della forma scritta *ad substantiam ex art. 807 c.p.c.*

sario introdurre un correttivo al tradizionale funzionamento del sistema delle “vie parallele”, consistente nella sottrazione, al giudice ordinario, una volta attivata la procedura arbitrale, di ogni potere, per quanto sommario, di deliberare in ordine all’esistenza, validità ed efficacia dell’accordo arbitrale.

In tal caso l’accertamento restava affidato, in via non solo cronologicamente preliminare, *ma altresì esclusiva* di ogni concorrente potere del giudice statale, agli arbitri, la cui decisione sulla propria *potestas iudicandi* rimaneva comunque assoggettabile al successivo scrutinio giudiziale del giudice dell’impugnazione del lodo.

10. *I punti salienti della tesi della “litispendenza unilaterale”. La critica alla tesi delle “vie parallele” e la necessità di una soluzione ad hoc per il caso di previa costituzione del collegio arbitrale*

Dalla motivazione delle decisioni della Corte emergeva come il funzionamento del sistema delle “vie parallele”, con particolare riferimento al tema del potere del giudice statale di giudicare della validità del patto arbitrale, dovesse essere oggetto di una regolamentazione distinta, a seconda che il giudizio statale fosse stato instaurato *prima* o *dopo* il giudizio arbitrale.

Nel primo caso, secondo la Corte, detto sistema, fondato sul principio *Kompetenz Kompetenz*, poteva continuare ad operare, essendo dunque il giudice statale, a fronte di un’eccezione di compromesso, *non solo legittimato, ma altresì tenuto* a valutare la sussistenza dei requisiti di esistenza, validità ed efficacia del patto, *prima di decidere se declinare o meno la propria competenza*, e, nel caso di esito negativo di tale valutazione, trattenere la causa e proseguire nella trattazione del merito. Questo perché, pur non venendo meno, in linea di principio, il rischio di un *conflitto positivo di competenza* (ove all’instaurazione del giudice statale avesse fatto seguito l’attivazione di un giudizio arbitrale sulla medesima causa e una valutazione positiva dell’arbitro circa la sussistenza della propria competenza) e, a cascata, di un *potenziale contrasto di decisioni definitive*, si sarebbe trattato, secondo un’affermazione un pò apodittica della Corte, di ipotesi, da un lato, *altamente improbabile*, atteso che: “(...) *le parti non procederanno, ovviamente, alla costituzione del collegio arbitrale sin quando non sia divenuta definitiva la pronuncia sulla competenza del giudice adito*”²²⁹ e, dall’altro, *non irreversibile*, dato che un’eventuale decisione giudiziale, pur se passata in giudicato, avrebbe potuto (oltre che essere rilevata d’ufficio nell’ambito del giudizio arbitrale, anche) *essere invocata*

²²⁹ Cass. 8 luglio 1996, n. 6205. Il concetto veniva ribadito tale quale dalla successiva Cass. 7 aprile 1997, n. 3001, anche se il diverso e meno perentorio avverbio utilizzato (*normalmente* al posto di *ovviamente*) potrebbe far pensare ad una maggior consapevolezza circa i limiti intrinseci di quella statuizione.

dalla parte interessata dinanzi agli arbitri prima della chiusura della discussione e financo prima della deliberazione del lodo. Un lodo ciononostante pronunciato, ma *in contrasto con quella sentenza*, avrebbe sempre potuto essere censurato in sede di impugnazione per nullità del lodo, ai sensi e per gli effetti dell'art. 829, comma 1, n. 8, c.p.c. (solo, peraltro, nel caso in cui la relativa eccezione fosse stata *effettivamente dedotta in giudizio*²³⁰).

Nel caso opposto, invece, l'adesione all'orientamento dominante delle "vie parallele", fondato sul principio *Kompetenz Kompetenz* e sulla *non vincolatività, per gli arbitri, di una sentenza della Cassazione regolatrice della competenza in presenza di una convenzione arbitrale* (non essendo configurabile, nei loro confronti, alcuna prosecuzione del processo²³¹), avrebbe determinato, secondo la Corte: "(...) *la possibilità che le parti, nel vigore dell'attuale disciplina, si trov[assero] contemporaneamente vincolate all'osservanza di un lodo, eventualmente esecutivo e definitivo, e di una sentenza passata in giudicato che [avevano] deciso in maniera difforme la medesima controversia, mancando qualsiasi disciplina dei rapporti tra giudizio ordinario e procedimento arbitrale che possa apprestare rimedi preventivi*".

Il riferimento all'assenza di rimedi preventivi va inteso in relazione sia alla fase precedente alla pronuncia di merito in una delle due procedure, sia alla fase suc-

²³⁰ Per una critica alla scelta del legislatore di subordinare l'impugnazione per nullità del lodo – nel caso di sua contrarietà a precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti – alla deduzione della relativa eccezione nel corso del procedimento arbitrale, G. TARZIA, *Commento all'art. 21 (829 c.p.c.)*, in G. TARZIA, R. LUZZATTO, E.F. RICCI (a cura di), *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, cit., 546 ss., per il quale tale scelta appariva priva di giustificazioni, al contrario dell'ipotesi di impugnabilità del lodo per insussistenza della competenza degli arbitri (ai sensi del combinato disposto degli artt. 829, comma 1, n. 4 e 817 c.p.c.), ragionevolmente condizionata (onde evitare condotte dilatorie delle parti) all'avvenuta deduzione della relativa eccezione nel corso del procedimento arbitrale. Secondo l'illustre studioso: "*Occorre, infatti, tener conto che, se l'incompetenza può essere sanata, o meglio divenire irrilevante, per il mancato, tempestivo rilievo, così non può dirsi certamente per il conflitto tra lodi, o tra lodo e sentenza passata in giudicato: destinato a divenire pieno e definitivo, quando il lodo successivo 'contrario' non possa essere impugnato, né per questo né per altri motivi*". Ricordava l'autore che la riforma dell'arbitrato, respingendo, sul punto, le proposte avanzate dall'art. 21 del d.d.l. VASSALLI presentato il 10 aprile 1989 (v. Senato della Repubblica, X Legislatura, Disegni di legge e relazioni – Documenti, n. 1686) di ammettere la revocazione del lodo nei casi indicati dall'art. 395, *senza distinzioni*, aveva unificato, per quanto riguardava le ipotesi di conflitto fra giudicati, il rimedio della revocazione ordinaria ex art. 395, n. 5, c.p.c. (se la sentenza "*non abbia pronunciato sulla relativa eccezione*") e del ricorso per cassazione ex art. 360 c.p.c. (se la sentenza abbia invece deciso sulla eccezione dedotta in giudizio). Così facendo, però, essa avrebbe: "(...) creato una lacuna nel sistema dei rimedi, che, se non potesse altrimenti colmarsi per via di interpretazione estensiva del rimedio della revocazione o per intervento della Corte costituzionale – sarebbe idonea a favorire la formazione dei giudicati contraddittori".

²³¹ "(...) poiché la sua portata si esaurisce nell'accertamento, in via definitiva, dell'esistenza di una deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria": così Cass. 8 luglio 1996, n. 6205; Cass. 8 luglio 1996, n. 6205.

cessiva alle rispettive pronunce nel merito, e financo successiva al loro passaggio in giudicato.

Rilevava infatti la Corte, da un lato, che il sistema non contemplava rimedi che potessero ovviare ad un conflitto positivo di competenza, e dunque al parallelismo di procedure sulla medesima causa, quali l'istituto della litispendenza, fondato sul criterio della prevenzione, o l'esperibilità, avverso un lodo che avesse pronunciato – solo o anche – sulla *potestas iudicandi* arbitrale, del regolamento di competenza; dall'altro, che un lodo (pronunciato nell'ambito del giudizio arbitrale previamente instaurato) passato in giudicato *prima della sentenza* (eventualmente pronunciata al termine del giudizio statale iniziato per secondo) non avrebbe avuto la garanzia di prevalere sulla seconda, in quanto, nel caso la sua spendita all'interno del giudizio statale non fosse avvenuta (o, per qualunque ragione fosse avvenuta, ma non fosse stata idonea ad impedirne la prosecuzione), non v'era alcuna norma invocabile avverso la sentenza con esso contrastante, *ad instar* di quanto invece disposto dall'art. 829, comma 1, n. 8, c.p.c. per il caso del lodo arbitrale contrastante con una precedente sentenza passata in giudicato.

Avverso detta sentenza non sarebbe stato esperibile, in particolare, il rimedio della revocazione ordinaria *ex art.* 395, n. 5, c.p.c., che contemplava unicamente il caso della contrarietà di una sentenza *ad altra precedente sentenza* avente fra le parti autorità di cosa giudicata, non, invece, ad un lodo non più impugnabile.

Il fatto, poi, che, secondo l'orientamento assolutamente prevalente, nel caso di conflitto tra due decisioni incontrovertibili avrebbe dovuto prevalere quella formata per seconda, implicava, secondo la Corte: "(...) *il riconoscimento, in favore di ciascuna delle parti dell'accordo compromissorio, di una sorta di ius poenitendi che le consentirebbe di sottrarsi unilateralmente agli effetti dell'accordo derogatorio senza alcun limite di tempo*"²³².

L'assenza di strumenti *preventivi e successivi* per la risoluzione di un conflitto positivo di competenza tra arbitrato e giurisdizione statale e financo per evitare un conflitto pratico tra giudicati, in uno con le modifiche introdotte dalla riforma del '94 (in virtù delle quali si riteneva fosse avvenuta un'equiparazione, *quoad effectum*, tra lodo e sentenza), inducevano dunque la Corte di cassazione a superare l'orientamento tralaticio e ad adottare un *meccanismo di coordinamento preventivo* tra le due procedure, già ipotizzato in passato da autorevole dottrina (tra cui, in particolare, da Furno e Biamonti²³³), in forza del quale: "(...) *la costituzione del*

²³² Cass. 8 luglio 1996, n. 6205.

²³³ La Corte faceva riferimento alle tesi sostenute in passato, in particolare, da C. FURNO, *Alcune questioni in materia di arbitrato*, cit., 617 e L. BIAMONTI, *Arbitrato*, in *Enc. dir.*, II, Milano 1958, 925. Tuttavia, tale richiamo appariva pretestuoso, perché da esse non discendeva affatto che, alla legittimazione del collegio arbitrale, una volta costituito, di giudicare della propria competenza, corrispondesse, specularmente, *il venir meno della concorrente facoltà del giudice ordinario*. Così

collegio arbitrale sottrae al giudice ordinario ogni potere di deliberare in ordine all'esistenza, alla validità e alla portata dell'accordo derogatorio della sua competenza, restando tale accertamento affidato in via esclusiva agli arbitri"²³⁴.

Il lodo degli arbitri, in ogni caso, rimaneva assoggettabile ad una successiva impugnazione per nullità, ove far valere tutte le censure relative alla statuizione degli arbitri sulla propria *potestas iudicandi*. Il giudice statale adito per secondo avrebbe quindi dovuto limitarsi a: "(...) *prendere atto che le parti hanno già dato concreta attuazione all'accordo derogatorio della competenza dell'autorità giudiziaria, e astenersi da ogni ulteriore accertamento*"²³⁵, chiudendo in rito il giudizio.

La di là a poco successiva sentenza pronunciata nel caso *Mascheroni*, dal canto suo, ribadiva integralmente i principi enunciati dalla decisione in *Montedison* (cor-sivo), limitandosi ad *anticiparne* gli effetti *al momento dell'instaurazione del giudizio arbitrale*. In essa la Cassazione statuiva, infatti, che l'obbligo di astensione del giudice adito per secondo avrebbe dovuto sorgere non solo quando la contestazione in ordine alla legittima investitura del collegio arbitrale dinanzi al giudice statale fosse successiva alla costituzione del giudizio arbitrale, ma fin dalla: "(...) *mera notificazione dell'atto di accesso agli arbitri per iniziativa di una delle parti, essendo sufficiente che il giudizio arbitrale abbia comunque avuto inizio*"²³⁶.

In entrambi i casi, in definitiva, il criterio della prevenzione *ex art. 39 c.p.c.*, di cui la Corte aveva formalmente escluso l'operatività nei rapporti giudice-arbitro, ritornava operativo ogniqualvolta il procedimento arbitrale fosse stato incardinato per primo, imponendo al giudice statale adito per secondo di dichiarare la liti-spendenza e disporre la cancellazione della causa del ruolo, *a prescindere da qualsivoglia preliminare accertamento* della sussistenza della propria o dell'altrui competenza. L'unica differenza risiedeva nel *diverso regime dell'eccezione di compromesso* rispetto a quello proprio e tipico dell'eccezione di litispendenza, continuando a trattarsi, nel primo caso, di eccezione *in senso stretto*, rilevabile solo su istanza di parte e da proporre *in limine litis*; nel secondo, invece, di eccezione *in senso lato*, rilevabile anche d'ufficio, in qualunque stato e grado del processo.

anche R. MURONI, *Arbitrato, processo ordinario e litispendenza*, cit., 115 ss.; M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, cit., 505 ss.; D. GIACOBBE, *Questioni di litispendenza*, cit., 2451 ss.

²³⁴ Cass. 8 luglio 1996, n. 6205.

²³⁵ Cass. 8 luglio 1996, n. 6205.

²³⁶ Così Cass. 7 aprile 1997, n. 3001, anche se poi la Corte pareva contraddirsi, ove statuiva: "(...) *e che gli arbitri abbiano risolto la questione affermando la propria competenza a decidere la controversia insorta tra le parti compromittenti*". In quest'ultimo passo, infatti, la Corte sembra richiedere non già la mera notificazione della domanda di arbitrato, ma proprio la già avvenuta costituzione del collegio arbitrale.

11. *Le principali aporie ricostruttive della soluzione adottata dalla Suprema Corte nei casi Montedison e Mascheroni*

Sebbene animata dall'apprezzabile intenzione di apportare dei correttivi al funzionamento, non ottimale, del sistema delle "vie parallele", la Corte di cassazione, nella sua articolata motivazione, finiva per incorrere in non poche contraddizioni²³⁷.

Se, da un lato, escludeva che potesse darsi litispendenza: "(...) *tra un giudizio pendente davanti all'autorità giudiziaria e un giudizio instaurato davanti ad arbitri*" (in quanto, secondo l'orientamento consolidato, la litispendenza trovava il suo criterio regolatore nel principio di prevenzione, il quale presupponeva l'esistenza di *due giudici dotati di pari competenza istituzionale*²³⁸), dall'altro metteva tuttavia al centro della innovativa soluzione prospettata *proprio* il meccanismo tipico dell'istituto della litispendenza, ossia la prevenzione²³⁹, sebbene operante *ex uno latere*, nei confronti cioè del solo giudice ordinario, con la conseguente trasformazione, di fatto, dell'eccezione di compromesso in una sorta di eccezione di litispendenza "a senso unico"²⁴⁰.

²³⁷ Un primo rilievo che può essere mosso alla svolta delle Sezioni Unite consiste nel fatto che, in entrambe le decisioni, la Corte adottava la medesima soluzione (per quanto, nel secondo caso, ne venissero anticipati gli effetti) *sulla base di identiche argomentazioni*, senza tuttavia dare adeguato risalto alla circostanza che le due fattispecie fossero molto diverse tra loro sotto il profilo fattuale (così D. GIACOBBE, *Questioni di litispendenza*, cit., 2456). In un caso, infatti (*Montedison*), si era di fronte ad un conflitto *negativo* di competenza, mentre, nell'altro (*Frat. Mascheroni*), si aveva un conflitto *positivo* di competenza. Inoltre, mentre nel primo caso entrambe le parti avevano effettivamente collaborato alla costituzione del collegio arbitrale, nominando ciascuna il proprio arbitro, nel secondo una parte si era rifiutata di nominare il proprio arbitro, contestando la competenza arbitrale *fin dalla notificazione dell'atto di nomina dell'arbitro ad opera dell'altra parte* (provocando, con ciò, l'intervento del Presidente del Tribunale *ex art. 810, comma 2, c.p.c.*). Mancava, in altre parole, in questa seconda ipotesi, quella *concorde attuazione dell'accordo arbitrale*, che nel primo caso aveva indotto la Cassazione a ravvisare una sorta di compromesso tacito o implicito, legittimante, *ex post*, un esercizio cronologicamente prioritario e giuridicamente esclusivo della *potestas iudicandi* da parte degli arbitri.

²³⁸ V., da una parte, Cass. 8 luglio 1996, n. 6205, che ricordava l'orientamento tralaticio secondo cui: "(...) la litispendenza trova il suo criterio regolatore nel principio di prevenzione, il quale presuppone l'esistenza di due giudici dotati di pari competenza istituzionale, e ciò esclude che possa darsi litispendenza tra un giudizio pendente davanti all'autorità giudiziaria e un giudizio instaurato davanti ad arbitri"; dall'altra, Cass. 7 aprile 1997, n. 3001, che al proprio ragionamento premetteva la considerazione: "Esclusa ogni possibilità di litispendenza fra i due giudizi – come correttamente ha osservato, senza contestazioni, la sentenza impugnata (...)".

²³⁹ Così R. MURONI, *Arbitrato, processo ordinario e litispendenza*, cit., 117; R. VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale*, cit., 325 ss.; C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario*, cit., 659 ss.; F.P. LUISO, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, cit., 518 ss.

²⁴⁰ C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario*, cit., 668; M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, cit., 513.

D'altra parte, l'asserita *insanabilità* di un potenziale conflitto tra giudicati sullo stesso oggetto, nel caso di previa instaurazione del giudizio arbitrale – che rappresentava il motivo principale che aveva indotto la Corte ad adottare la nuova soluzione, al fine di individuare un rimedio preventivo rispetto a tale eventualità –, appariva piuttosto opinabile nel contesto normativo allora vigente, soprattutto alla luce delle modifiche apportate dalla novella del 1983 e dalla riforma del 1994 in tema di natura giuridica ed efficacia del lodo arbitrale, anche non omologato. In altri termini, ad un'analisi più attenta, l'argomento portante utilizzato dalla Corte finiva più per assomigliare ad un *pretesto per preferire comunque l'arbitro al giudice*, che non ad un fattore davvero discriminante tra le due ipotesi di parallelismo di procedure considerate dalla Corte (instaurazione *previa* o *successiva* del giudizio arbitrale).

In proposito, la dottrina non aveva mancato di censurare l'adeguatezza del termine "irreversibile" applicato al conflitto tra giudicati nel caso di previa instaurazione del giudizio arbitrale²⁴¹, alla luce del fatto che, ove una decisione fosse divenuta definitiva nell'ambito di un processo, essa ben avrebbe potuto essere invocata e spesa nell'altro, se si fosse trovato in una fase ancora idonea a recepirla. Invero, in virtù della sostanzialmente condivisa equiparazione, *quoad effectum*, tra lodo e sentenza, sancita dalla riforma del 1994, nulla ostava a che il lodo, non più impugnabile, potesse fondare un'*exceptio rei iudicatae* da spendere nel successivo giudizio statale, per paralizzarne la prosecuzione, al pari di quanto accadeva già prima con una sentenza passata in giudicato, spendibile nell'ambito di un giudizio arbitrale ancora pendente per imporne la chiusura in rito. Ipotesi e possibilità che la Corte non sembra aver sufficientemente ponderato.

Secondo questa parte della dottrina, il sistema aveva già "incorporati" gli strumenti per "sanare" il conflitto. Nel caso in cui l'*exceptio rei iudicatae* non fosse stata proposta nell'ambito del giudizio statale, pur trovandosi questo in una fase ancora idonea a recepirla, il mancato arresto del procedimento ancora pendente quando l'altro fosse già pervenuto ad una decisione incontrovertibile, da un lato, e il mancato coordinamento in sede di impugnazione, dall'altro, *avrebbero comunque condotto alla prevalenza del giudicato formatosi per secondo*²⁴². Ove, invece,

²⁴¹ Critico rispetto all'assunto di una asserita irreversibilità del futuro contrasto tra giudicati era, ad esempio, F.P. LUISO, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, cit., 523 ss. Ma v. anche E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., 43; ID., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 144, per il quale si sarebbe dovuto dare sempre e comunque prevalenza al *primo* giudicato formatosi, al contrario, ad esempio, di G. DELLA PIETRA, in G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., 148, che optava per dare prevalenza al secondo.

²⁴² V., in questo senso, S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, cit., 40-41 (ivi anche per ampi riferimenti a dottrina e giurisprudenza); ID., *Regiudicata civile*, cit., 417 ss.; VULLO, *Note in tema di arbitrato, connessione*, cit., 155, nt. 37; G. TOMBARI, *Natura e regime giuridico dell'eccezione*, cit., 97.

l'incontrovertibilità di una decisione fosse sopravvenuta in un momento in cui l'altro processo *non fosse più nello stato di poterla recepire* (ad esempio, nel caso in cui la sentenza statale fosse passata in giudicato quando il processo arbitrale fosse già entrato nella fase della deliberazione del lodo, oppure nel caso in cui il lodo fosse passato in "giudicato formale", mentre avverso la decisione resa nell'altro giudizio pendesse il ricorso per cassazione²⁴³), avrebbe dovuto trovare applicazione l'ordinario criterio dei *limiti temporali di efficacia della sentenza* – secondo cui: “ (...) *il momento a cui si riferisce l'accertamento giudiziale presuppone (...) la deducibilità in causa di tutti i fatti rilevanti verificatisi fino a quel momento*”²⁴⁴ –, con la conseguenza che la seconda decisione, che *nasceva praticamente inefficace* per l'esistenza della decisione precedente (allo stesso modo in cui nascerebbe inefficace una sentenza se, *dopo la precisazione delle conclusioni, ma prima della sua pronuncia*, si avesse adempimento o transazione), avrebbe dovuto cedere il passo alla decisione divenuta definitiva *per prima*²⁴⁵.

Insomma, parlare di *insanabilità* o *irreversibilità* del contrasto fra due pronunce, una arbitrale e l'altra giudiziale, non corrispondeva alla realtà dei fatti, dal momento che avrebbe dovuto prevalere *la seconda*, se la prima, *pur potendolo*, non fosse stata allegata nell'altro processo; avrebbe dovuto prevalere *la prima*, se questa *non avesse comunque potuto* essere allegata nell'ambito dell'altro processo.

D'altra parte, l'affermazione dell'asserita *maggior gravità* del contrasto di giudicati nel caso di previa costituzione del collegio arbitrale rispetto a quella della previa instaurazione di un giudizio statale risultava sconfessata, secondo questa parte della dottrina, non solo dalle nuove previsioni introdotte dalle riforme del 1983 e del 1994, ma altresì alla luce di una prospettiva sistematica della tematica, che avrebbe dovuto indurre a considerare potenzialmente *insanabile l'ipotesi opposta a quella considerata dalla Corte*, ossia un conflitto tra giudicati conseguente alla previa instaurazione del giudizio ordinario.

L'eliminazione, da parte della riforma del 1994, del termine annuale per effettuare il deposito del lodo (con l'abrogazione del precedente comma 3 dell'art. 825 c.p.c., che ne stabiliva la perentorietà), nonché della previsione secondo cui il decreto del pretore conferiva al lodo efficacia di sentenza, avrebbe affermato il principio: “ (...) *dell'efficacia del lodo come pronuncia assimilabile a quella giurisdizionale*”.

Alla luce di tale assimilazione, risultava difficilmente giustificabile un utilizzo *unilaterale* – nei confronti *solo* del giudizio ordinario e del relativo atto finale, e *non* anche nei confronti dell'arbitro e della sua deliberazione – di quegli istituti di

²⁴³ Così F.P. LUIO, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, cit., 524.

²⁴⁴ R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano 1991, 114.

²⁴⁵ F.P. LUIO, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, cit., 525.

diritto processuale finalizzati a prevenire o ad eliminare un conflitto tra giudicati, quali, rispettivamente, la sospensione necessaria *ex art.* 295 c.p.c.²⁴⁶ e, soprattutto, la revocazione ordinaria *ex art.* 395, n. 5, c.p.c. – in virtù, in quest'ultimo caso, non tanto di *analogia legis*, ma di una piana: “(...) *interpretazione estensiva del dettato di un motivo di revocazione non straordinaria (e così non incidente sulla regola della saldezza di un giudicato già formatosi)*”²⁴⁷ –.

Non v'era dunque ragione per non ritenerli applicabili anche nel caso in cui l'altro processo, davanti a cui pendesse la causa pregiudicante, e l'altro precedente giudicato fossero, rispettivamente, un *procedimento arbitrale* o un *lodo inimpugnabile*. Conclusione che poteva trovare un appiglio normativo nel collegamento esistente fra l'art. 395, n. 5 e l'art. 829, comma 1, n. 8, c.p.c., senza la necessità di postulare un intervento dei giudici della Consulta, che dichiarasse l'incostituzionalità della prima delle norme citate per omissione, contrastante con gli artt. 3 e 24 Cost.²⁴⁸.

Alla luce di questa impostazione, si sarebbe dunque dovuti pervenire a conclusioni *opposte* a quelle a cui era invece giunta la Corte nei casi *Montedison* e *Mascheroni*. Sarebbe cioè stato *proprio il caso in cui il giudizio ordinario fosse iniziato per primo a porre un problema di potenziale insanabilità del conflitto tra giudicati*,

²⁴⁶ Prima della riforma del 2006, l'applicabilità o meno, all'arbitrato, della disposizione di cui all'art. 295 c.p.c. era profilo molto controverso. Parte della dottrina era favorevole alla sua applicabilità, in particolare ogniquale la controversia pregiudiziale fosse pendente davanti all'autorità giudiziaria: in tal senso v. G. TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali*, cit., 635 ss.; F. CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato riformato*, in *Riv. arb.* 1994, 659; VULLO, *Note in tema di arbitrato, connessione*, cit., 163 ss., spec. 177; G. DELLA PIETRA, in G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., 158 ss.; P. BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., 80. Di parere opposto erano E. FAZZALARI, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 140, per il quale: “(...) l'area della sospensione per pregiudizialità – rectius, preliminarità – sia, rispetto all'arbitrato, più ristretta di quella stabilita, per il processo giudiziario, dall'art. 295 c.p.c. (...). In altri termini, gli arbitri non devono sospendere, e possono giudicare, in via preliminare, e purché rientri nella loro competenza, una questione di merito di cui sia già investito il giudice civile, C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario*, cit., 662; S. VINCRE, *Note sulla sospensione dell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.* 1999, 450 ss. Per la situazione inversa, quando cioè “l'altro giudice”, investito della controversia pregiudiziale, fosse l'arbitro, in favore comunque dell'applicabilità dell'art. 295 c.p.c. si erano espressi G. TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali*, cit., 645; ID., *Commento all'art. 21 (829 c.p.c.)*, cit., 547; R. VACCARELLA, *Questioni di litispendenza e competenza*, cit., 272; E. VULLO, *Note in tema di arbitrato, connessione*, cit., 179; F. CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato riformato*, in *Riv. arb.* 1994, 671; C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, II, 12^a ed. aggiornata, Torino 1998, 304; C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario*, cit., 663. In senso contrario, E. FAZZALARI, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 142; F. AULETTA, *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., 196; S. VINCRE, *Note sulla sospensione dell'arbitrato rituale*, cit., 448..

²⁴⁷ C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario*, cit., 668.

²⁴⁸ In tal senso v. G. TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali*, cit., 645; ID., *Commento all'art. 21 (829 c.p.c.)*, cit., 547; E.F. RICCI, *L'efficacia vincolante del lodo arbitrale*, cit., 819 ss.

ogniquale non risultasse applicabile l'art. 829, n. 8, c.p.c. (in ragione del fatto che il passaggio in giudicato della sentenza, pur avvenuto *prima* dell'acquisizione di definitività da parte del lodo, non avesse comunque dato luogo, per qualsivoglia ragione, alla spendita della relativa eccezione nell'ambito del procedimento arbitrale), perché il sistema normativo al tempo vigente non prevedeva l'ipotesi della revocabilità del lodo per motivi "ordinari".

In relazione a questo scenario, le affermazioni della Corte, secondo cui: "(...) *le parti non procederanno, ovviamente, alla costituzione del collegio arbitrale sin quando non sia divenuta definitiva la pronuncia sulla competenza del giudice adito*" apparivano infatti arbitrarie o quantomeno apodittiche, mentre le integrazioni proposte, per questa ipotesi, da diversi autori (dalla tesi che – sull'assunto secondo cui la *ratio* alla base delle due decisioni della Cassazione sarebbe consistita nell'attribuzione al collegio arbitrale: "(...) *per ciò solo che esiste*"²⁴⁹, della facoltà di accertare la sussistenza della propria *potestas iudicandi*, prospettava il venir meno del potere del giudice statale di valutare la propria *potestas iudicandi*; con l'effetto di imporgli una chiusura in rito del giudizio *in ogni caso in cui fosse avvenuta la costituzione del collegio arbitrale* – dunque anche in un momento successivo all'instaurazione del giudizio ordinario²⁵⁰ –; a quella che interpretava l'omissione dell'allegazione dell'*exceptio compromissi* come risoluzione tacita del patto compromissorio e rinuncia implicita al procedimento arbitrale²⁵¹), non trovavano riscontro nelle fonti normative.

Le riflessioni e le critiche poc'anzi svolte alla soluzione della litispendenza a senso unico adottata dalle Sezioni Unite non erano evidentemente condivise da quel filone dottrinale che, pur dopo la riforma del 1994, continuava ad inquadrare il fenomeno arbitrale, il lodo e la relativa efficacia in chiave *privatistico-negoziale*, nelle sue diverse sfumature e configurazioni.

²⁴⁹ R. VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale*, cit., 332.

²⁵⁰ R. VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale*, cit., 329 ss. La tesi era supportata e ulteriormente integrata da F.P. LUISO, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, cit., 521, che suggeriva, da un lato, di collegare la prevenzione del giudizio arbitrale, ostativa ad una successiva azione giudiziale, *al momento della notificazione dell'atto introduttivo del giudizio arbitrale* (sebbene con ciò si svisse un po' la giustificazione dell'esistenza, *attuale*, di un organo dotato, al pari del giudice ordinario, del potere di decidere sulla propria competenza); dall'altro, di *fissare un termine*, oltre il quale la proposizione della domanda d'arbitrato non producesse più la sottrazione al giudice ordinario della legittimazione a conoscere della fondatezza dell'eccezione di compromesso, onde evitare che l'instaurazione del giudizio arbitrale venisse strumentalmente utilizzata a seconda dell'andamento della causa giudiziale. In senso contrario v., però, App. Napoli 29 settembre 1997, in *Riv. arb.* 1998, 505, nt. M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, con cui i giudici partenopei confermarono la pronuncia con la quale gli arbitri, investiti della controversia successivamente al giudice ordinario, avevano dichiarato il giudizio *improcedibile allo stato degli atti*.

²⁵¹ R. VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale*, cit., 329 ss.; ID., *Questioni di litispendenza e competenza*, cit., 271 ss.

Per Briguglio e Fazzalari²⁵², ad esempio, il lodo rituale era in sé null'altro che una *volizione dell'arbitro* che si collocava *sul piano negoziale*, come manifestazione dell'autonomia delle parti, priva, come tale, di quegli attributi propri della sentenza, quali l'imperatività e incontrovertibilità in giudizio, oltre ovviamente all'esecutività, che solo l'omologazione pretorile poteva attribuirle.

Per Punzi²⁵³, il legislatore della riforma del 1994, avendo eliminato dal codice di rito il *nomen* di sentenza arbitrale, avrebbe finito con: "(...) *l'ammettere sì analogia di effetti, ma con l'esaltare, a un tempo, la differenza di natura tra sentenza di giudice e lodo arbitrale*"; d'altra parte, le modifiche apportate agli artt. 825, 826, 827, 828, 829, 830 e 831 c.p.c., assieme alla detta eliminazione del *nomen* di sentenza arbitrale, lungi dall'equiparare lodo e sentenza, avrebbero invece cancellato: "(...) *ogni dubbio sulla natura del dictum arbitrale, che era e resta un atto di autonomia privata, i cui effetti di accertamento conseguono ad un giudizio compiuto da un soggetto il cui potere ha fonte nell'investitura conferitagli dalle parti*"²⁵⁴.

È forse solo nell'ambito di tale prospettiva privatistico-negoziale, per la quale non era evidentemente concepibile un'interpretazione *estensiva* del disposto dell'art. 395 n. 5 c.p.c. tale da includere anche l'ipotesi di contrarietà di una sentenza a precedente lodo non più impugnabile, che i timori manifestati dalla Sezioni Unite potevano trovare qualche riscontro e così giustificare la soluzione innovativa proposta.

Al di là delle summenzionate aporie teorico-argomentative, la tesi della "litispendenza zoppa" si dimostrava insoddisfacente altresì sul piano pratico, perché finiva per riproporre immutati gli inconvenienti della tesi dell'applicabilità della *litispendenza piena*, senza tuttavia averne i pregi.

In primo luogo, la Corte, una volta introdotto, nell'ambito dei rapporti arbitro-giudice, il criterio della prevenzione, sebbene solo *ex uno latere*, ometteva di considerare tutti i possibili scenari che si sarebbero potuti verificare, a cominciare dall'ipotesi in cui, a seguito della declinatoria pronunciata dal giudice statale adito per secondo, l'arbitro ritenesse a sua volta di non essere competente e pronunciasse un lodo declinatorio. Nessuna indicazione trapelava dalla decisione della Suprema Corte sulle conseguenze di tale sviluppo, in particolare nei confronti del giudice statale che, se fosse stato adito una seconda volta, si sarebbe comunque trovato *per la prima volta* a svolgere un esame con *cognizione piena* della convenzione arbitrale, senza tuttavia essere necessariamente vincolato all'accertamento compiuto dall'arbitro; proprio l'assenza di vincolo reciproco ai rispettivi accerta-

²⁵² V. A. BRIGUGLIO, E. FAZZALARI, R. MARENGO (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., *passim*.

²⁵³ V. C. PUNZI, *I principi generali della nuova normativa sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 1994, 333.

²⁵⁴ C. PUNZI, *I principi generali*, cit., *ivi*, 345.

menti tra arbitro e giudice statale aveva rappresentato la premessa per le critiche al funzionamento del sistema delle “vie parallele” e per l’elaborazione della nuova soluzione. In un passo della motivazione, infatti, le Sezioni Unite avevano affermato come l’arbitro non appartenesse alla giurisdizione statale e che financo una decisione della Suprema Corte che regolasse la competenza non lo avrebbe vincolato (non essendo configurabile, nei suoi confronti, alcuna prosecuzione del processo ed esaurendosi la portata della decisione della Corte: “(...) nell’accertamento, in via definitiva, dell’esistenza di una deroga alla competenza dell’autorità giudiziaria”).

In secondo luogo, l’espediente individuato dalla Corte rimaneva privo di effetti ogniqualvolta ad essere adito per primo fosse stato il giudice statale. In tal caso, al di là dell’ipotesi in cui sia l’arbitro, sia il giudice fossero pervenuti ad una medesima conclusione circa la questione della esistenza, validità od efficacia del patto arbitrale, una loro divergente valutazione avrebbe invece originato un *conflitto positivo di competenza* e, dunque, un parallelismo sulla medesima causa, senza che la nuova soluzione potesse in qualche modo mitigarne od attenuarne gli effetti pregiudizievoli. Come detto, apodittica appariva in questo senso l’affermazione, contenuta nella prima decisione, e avallata dalla seconda, secondo cui, in tal caso, il *rischio* di pervenire ad un conflitto di giudicati sullo stesso rapporto sarebbe risultato *improbabile*, atteso che: “(...) le parti non procederanno, ovviamente, alla costituzione del collegio arbitrale sin quando non sia divenuta definitiva la pronuncia sulla competenza del giudice adito”²⁵⁵. Una tale affermazione, non solo non poteva contare su alcun appiglio normativo, ma risultava spesso smentita dalla prassi²⁵⁶. In tale ipotesi, se la sentenza del giudice statale non fosse passata in giudicato *prima* della chiusura del procedimento arbitrale, onde poter essere ivi spesa, anche in vista di una successiva impugnazione del lodo ai sensi dell’art. 829, comma 1, n. 8, c.p.c., si sarebbe riproposto immutato il rischio un conflitto tra due giudicati contraddittori²⁵⁷.

In terzo luogo, l’innovativa soluzione proposta dalla Corte risultava ispirata ad un *favor arbitratus* in termini e con una portata di cui non vi traccia nella leg-

²⁵⁵ Cass. 8 luglio 1996, n. 6205.

²⁵⁶ La reazione di una parte alla previa instaurazione di un giudizio statale ad opera dell’altra poteva infatti dipendere da fattori e valutazioni imprevedibili, in quanto strettamente collegati alle peculiarità del caso concreto. Essa, ad esempio, avrebbe potuto aderire all’iniziativa giudiziale di parte attrice e partecipare attivamente al giudizio statale, senza sollevare l’*exceptio compromissi*, per essere venute meno, nel frattempo, le ragioni per preferire la via arbitrale (riservatezza, informalità della procedura, prospettiva di dover eseguire la decisione all’estero) e per l’insorgenza di questioni e/o necessità che avrebbero potuto trovare una tutela più efficace nell’ambito del giudizio statale: ad esempio, il coinvolgimento di soggetti terzi, non vincolati dal patto arbitrale.

²⁵⁷ R. VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale*, cit., 331; C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione*, cit., 667; F.P. LUISO, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, cit., 520.

ge²⁵⁸. In assenza di espresse previsioni normative nel senso indicato dalla Corte, infatti, un'analisi sistematica della normativa non avallava l'attribuzione agli arbitri, una volta costituiti in tribunale, del potere *esclusivo* di conoscere della sussistenza della *potestas iudicandi*. Tale attribuzione si traduceva, nei fatti, nel potere di conoscere non solo della propria competenza, *ma anche di quella del giudice statale*, specularmente a quanto accade al giudice statale, che: "(...) *quando decide sull'eccezione di patto compromissorio (...) decide sulla propria potestas iudicandi*"²⁵⁹.

La soluzione proposta finiva anzi per collidere con i principi che reggevano il sistema-arbitrato nel suo complesso, dal momento che, spettando al giudice statale, in sede di giudizio di impugnazione per nullità, *l'ultima parola* sul tema dell'esistenza e validità del patto compromissorio, sarebbe forse stato più opportuno attribuire a quest'ultimo, se proprio si voleva forzare il dato normativo in favore dell'uno o dell'altro organo, anche la priorità dell'accertamento della competenza arbitrale²⁶⁰.

²⁵⁸ V., in tal senso, D. GIACOBBE, E. D'ALESSANDRO, *L'arbitrato*, cit., 141; M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, cit., 513; ID., *Il patto compromissorio rituale*, cit., 443 ss.; S. BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 296 ss.; C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione*, cit., 667, per i quali la soluzione adottata dalle Sezioni Unite determinava una ingiustificata discriminazione nei confronti del procedimento giurisdizionale, laddove la pari dignità fra le due vie – asseritamente certificata dall'intervento riformatore del 1994 – avrebbe dovuto imporre una soluzione che garantisse alle parti tanto la libertà di dare attuazione all'accordo compromissorio, quanto la possibilità di adire il giudice, laddove quello non fosse stato valido.

²⁵⁹ M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, cit., 510.

²⁶⁰ Così BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, cit., 510. Nella soluzione adottata dalla Corte taluno aveva financo ravvisato profili di *contrarietà alla Costituzione*, quasi che con essa si fosse riesumato lo spettro dell'arbitrato obbligatorio (così D. GIACOBBE, *Questioni di litispendenza*, cit., 2456), che, alla luce del necessario ed ineliminabile *fondamento volontaristico* di ogni ipotesi di arbitrato, così come statuito dalla Corte costituzionale, era stato definitivamente bandito dal nostro ordinamento (v., in tal senso, Corte cost. 9 maggio 1996, n. 152, in *Foro pad.* 1996, I, 225, nt. M. RUBINO SAMMARTANO, *Fulmini sull'arbitrato cd. obbligatorio* cit., 501, nt. G. RECCHIA, *L'arbitrato in materia di opere pubbliche e norme costituzionali*, in *Corr. giur.* 1996, 766, nt. FATIGROSSI; in *Foro it.* 1996, 1905, nt. C.M. BARONE; in *Giust. civ.* 1996, I, 2491, nt. L. GRISOSTOMI TRAVAGLINI, *Rilievi sulla parziale illegittimità costituzionale del sistema declinatorio della competenza arbitrale in materia di opere pubbliche*). L'accostamento tra la soluzione adottata nei casi *Montedison* e *Mascheroni* e la figura dell'arbitrato obbligatorio discendeva, secondo questa lettura, dal fatto che, nei casi in cui fosse palese l'inesistenza di un patto arbitrale valido, una parte, che pure non aveva dato il suo consenso, o non l'aveva dato liberamente o correttamente, a deferire la disputa in arbitrato, si vedeva comunque precluso l'accesso all'autorità giudiziaria statale, ossia un diritto di rango costituzionale (riconosciuto altresì da strumenti internazionali di primaria importanza, quali la Convenzione Europea di Diritti dell'Uomo). L'assenza di un'adesione spontanea di una parte all'opzione arbitrale e al processo di formazione del collegio arbitrale avrebbe dovuto invece essere di per sé stesso ostativa all'investitura di quest'ultimo, quale organo deputato, *in via preferenziale*, a valutare

Un ultimo profilo di criticità della soluzione elaborata dalla Corte riguardava il regime di rilevabilità dell'eccezione di patto arbitrale nell'ambito del giudizio statale, nel caso di previa costituzione del collegio arbitrale (o, comunque, di *previa instaurazione del giudizio arbitrale*). La soluzione della c.d. *litispendenza zoppa o unilaterale*, da un lato, implicava l'operatività del criterio della prevenzione nei rapporti tra arbitrato e giurisdizione ordinaria, nella misura in cui la previa pendenza del procedimento arbitrale imponeva al giudice ordinario, adito per secondo, di comportarsi *come se* operasse la litispendenza *ex art. 39 c.p.c.*; dall'altro, tuttavia, *continuava ad assoggettare l'eccezione di patto compromissorio* (o, nel caso di previa e attuale pendenza del giudizio arbitrale, *l'eccezione di litispendenza arbitrale*) al regime delle *eccezioni in senso stretto* – in linea, sul punto, con l'orientamento maggioritario²⁶¹ –, rilevabile solo ad istanza di parte e proponibile, in quanto equiparata ad un'eccezione di incompetenza per territorio semplice, *in limine litis*; ben diversamente dalla rilevabilità d'ufficio in ogni stato e grado del processo dell'eccezione di litispendenza, con cui l'eccezione di nuovo conio configurata dalle Sezioni Unite, ossia di previa costituzione del collegio arbitrale e/o di previo incardinamento del giudizio arbitrale, condivideva lo spirito e gli effetti²⁶².

Parte della dottrina non ha mancato di evidenziare questo profilo di fragilità e contraddittorietà nella costruzione elaborata dalle Sezioni Unite. Se davvero la preoccupazione alla base della soluzione proposta dalla Cassazione fosse stata la necessità di evitare una situazione di “irreversibile” conflitto di giudicati (di valenza e portata, a quanto pare, “pubblicistici”), allora la modifica proposta avrebbe dovuto interessare anche l'eccezione di compromesso arbitrale, che, quantomeno in caso di previa costituzione del collegio, avrebbe dovuto configurarsi come eccezione in senso lato, rilevabile *ex officio* in ogni stato e grado del processo. Ribadendone, invece, la natura di *eccezione in senso stretto*, da sollevarsi in *limine litis ex art. 38, comma 2, c.p.c.*, vi era la concreta possibilità che si riproponesse tale e quale lo stesso problema che il nuovo principio introdotto dalle Sezioni Unite mirava a risolvere, ossia il rischio della *contemporanea pendenza di due giudizi sulla medesima causa, col rischio di avere, alla fine, due giudicati difformi*²⁶³.

la sussistenza dei presupposti della propria *potestas iudicandi*, lasciando libera la parte di adire il giudice ordinario.

²⁶¹ Ribadito, tra le altre, da Cass. 21 luglio 1984, n. 4277, in *Mass. Foro it.* 1984, 863; Cass. 14 ottobre 1985, n. 4987; Cass. 8 febbraio 1986, n. 792; Cass. S.U. 9 aprile 1986, n. 2469; Cass. 7 febbraio 1987, n. 1303; Cass. 21 luglio 1988, n. 4723; Cass. S.U. 2 giugno 1988, n. 3767; Cass. 28 novembre 1989, n. 5181, in *Arch. civ.* 1990, 382. Per ulteriori riferimenti v. C. CECHELLA, *L'arbitrato, (Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile)*, cit., 73 ss.

²⁶² V. R. VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale*, cit., 331; C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione*, cit., 668; M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, cit., 513.

²⁶³ Evidenziavano questo aspetto, in particolare, R. VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale*, cit., 332 e C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione*, cit., 669.

Difficile, allora, secondo la dottrina critica della svolta verso una litispendenza “a senso unico”, sottrarsi alla seguente alternativa: ammettere la rilevabilità *ex officio*, in ogni stato e grado del processo, dell'avvenuta notificazione della domanda di arbitrato o della costituzione dell'organo arbitrale, oppure attribuire alla mancata allegazione dell'*exceptio compromissi* il significato di *rinuncia implicita all'arbitrato* e di *definitiva* accettazione della giurisdizione ordinaria, di cui gli arbitri, anche se aditi per primi, avrebbero dovuto prendere atto, dichiarando la propria incompetenza per sopravvenuta carenza della loro *potestas iudicandi: tertium non datur*. Tuttavia, se la prima alternativa era stata esclusa dalla Corte, la seconda trovava l'opposizione dell'orientamento al tempo maggioritario²⁶⁴. Non restava, dunque, che prendere atto del fatto che il *revirement* inaugurato dalle Sezioni Unite nelle decisioni *Montedison* e *Mascheroni*, al fine di apportare dei miglioramenti al funzionamento del sistema delle “vie parallele”, non aveva raggiunto il suo scopo: oltre a non rappresentare una soluzione più efficiente rispetto all'operatività del sistema delle “vie parallele” *puro*, appariva più ispirato ad un generico *favor arbitratus* che non fondato su solidi addentellati normativi²⁶⁵, determinando altresì, tra gli effetti collaterali, anche una discriminatoria (per il giudice statale) compressione del principio *Kompetenz Kompetenz*.

Non stupisce che tale svolta non abbia incontrato il favore della dottrina e non abbia praticamente avuto alcun seguito nella giurisprudenza successiva.

12. *L'andamento ondivago della giurisprudenza immediatamente successiva alle decisioni della Suprema Corte nei casi Montedison e Mascheroni*

La giurisprudenza coeva e successiva alla svolta delle Sezioni Unite del '96 e '97, sebbene piuttosto altalenante e ondivaga, ha rifiutato di allinearsi ai principi e alle soluzioni enucleati nelle decisioni *Montedison* e *Mascheroni*, ribadendo l'applicazione del sistema delle “vie parallele”, che tali decisioni avevano inteso, in parte, superare²⁶⁶.

Le questioni affrontate e le soluzioni adottate da tale giurisprudenza presentano non poche peculiarità (dalla qualificazione di una pronuncia arbitrale, emessa

²⁶⁴ Soluzione, quest'ultima, non condivisa da C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione*, cit., 669.

²⁶⁵ V., in particolare, G. TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali*, cit., 645; ID., *Commento all'art. 21 (829 c.p.c.)*, cit., 547; E.F. RICCI, *L'efficacia vincolante del lodo arbitrale*, cit., 819; C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario*, cit., 668; R. MURONI, *Arbitrato, processo ordinario e litispendenza*, cit., 118; R. VACCARELLA, *Questioni di litispendenza e competenza*, cit., 272.

²⁶⁶ V., ad esempio, Cass. 24 settembre 1996, n. 8407, in *Guida al diritto* 1996, n. 43, 37 e in *Giust. civ. Mass.*, 1996.

in ragione della contestuale pendenza di un giudizio ordinario, in termini di “*improcedibilità del giudizio allo stato degli atti*”²⁶⁷; alla questione circa l’applicabilità, ad un caso di parallelismo di procedure sulla medesima causa, dell’istituto della sospensione²⁶⁸; alla proponibilità di una domanda giudiziale *in via condizionata all’eventuale declinatoria di competenza pronunciata dagli arbitri*²⁶⁹).

Un dato che accomuna questa giurisprudenza è la tendenziale adesione alla *concezione giurisdizionale* dell’arbitrato, che veniva considerato mezzo aggiudicatorio pienamente “sostitutivo” della funzione giurisdizionale pubblica²⁷⁰, con la conseguente netta distinzione tra arbitrato rituale e arbitrato irrituale, ricondotti, rispettivamente, alle figure *del giudizio* e *del contratto*²⁷¹. Ciò, soprattutto, in ragione dell’incidenza della riforma del 1994, che, nell’ambito della disputa tra privatisti e giurisdizionalisti, aveva indubbiamente fornito maggiori appigli a supporto della tesi di questi ultimi²⁷².

Per limitarci a qualche esempio, la Corte d’appello di Napoli, nella decisione 29 settembre 1997²⁷³, era stata chiamata a pronunciarsi su un’istanza di impugnazione per nullità di un lodo arbitrale, che aveva concluso nel senso che la pre-

²⁶⁷ V. App. Napoli 29 settembre 1997, in *Riv. arb.* 1998, 505 ss., nt. M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*.

²⁶⁸ V. Cass. 9 aprile 1998, n. 3676, in *Riv. arb.* 1998, 501, nt. M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*; cit., 640 ss. (con riassunto di Carbone); v. anche il commento di C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario*, cit., 670.

²⁶⁹ V. Cass. 25 luglio 1997, n. 6950, in *Giust. civ.* 1998, I, 1, 476 ss.

²⁷⁰ V., in questo senso, Cass. 16 maggio 1997, n. 4347, in *Foro. it.* 1997, I, 1747; Cass. 8 febbraio 1999, n. 1079, in *Foro it.* 2000, I, 2307, nt. M. DE SANTIS, *In tema di rapporti tra giudice ordinario ed arbitri*.

²⁷¹ V., in tal senso, Cass. 28 giugno 2000, in *Rep. Foro it.* 2000, voce *Arbitrato*, n. 94; Cass. 29 novembre 2000, in *Rep. Foro it.*, 2000, n. 93; v. anche Cass. 1 febbraio 1999, n. 833, in *Riv. arb.* 1999, 253 ss., per la quale, mediante il deferimento di una disputa in arbitrato, si: “(...) domanda agli arbitri l’esercizio di un potere decisorio alternativo e sostitutivo rispetto a quello del giudice ordinario, destinato ad avere sbocco in una pronuncia alla quale l’ordinamento attribuisce efficacia corrispondente a quella del giudice istituzionale”.

²⁷² Si pensi, tra gli altri, all’introduzione del rimedio dell’opposizione di terzo avverso il lodo arbitrale, ritenuto mezzo di impugnazione collegato all’efficacia di sentenza di un dato provvedimento. Così G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 44 ss.; E. FAZZALARI, *Impugnazione per nullità del lodo rituale e art. 393 c.p.c.*, nt. Cass. 26 novembre 1996, n. 10456, in *Giur. it.* 1996, I, 812 ss., per il quale: “(...) il legislatore ha approntato mezzi di impugnazione tipicamente processuali del lodo arbitrale”, contrariamente a quanto avviene solitamente per i rimedi impugnatori di atti esclusivamente negoziali: “(...) dove il provvedimento su cui il giudizio si appunta è completamente estraneo al circuito giurisdizionale e non potrebbe mai avere altri effetti che sul piano negoziale”.

²⁷³ In *Riv. arb.* 1998, 505 ss., nt. M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*.

via pendenza della stessa causa tra le stesse parti davanti al giudice ordinario avrebbe precluso agli arbitri la possibilità di conoscere della stessa.

In proposito la Corte statuiva: “(...) *se la causa oggetto del giudizio arbitrale, già pende di fronte al giudice ordinario, l'arbitro non può pronunciare la litispendenza ex art. 39 c.p.c., in quanto egli, visto anche il principio enucleabile dall'art. 819-bis c.p.c., non può denegare la sua competenza, né può sospendere il processo arbitrale, perché questo può essere sospeso solo nell'ipotesi di cui all'art. 819 c.p.c., ossia per questione pregiudiziale non compromettibile. Tuttavia, al fine di evitare un possibile conflitto di giudicati, l'arbitro deve rigettare la domanda come improcedibile “allo stato degli atti”, pronuncia che non impedisce, se possibile e necessaria, un'eventuale, successiva nuova domanda arbitrale*”. La peculiarità della decisione risiede, oltre che nella soluzione proposta per il caso in cui l'arbitro fosse stato adito per secondo in relazione ad una causa già pendente dinanzi al giudice ordinario (declaratoria di improcedibilità *allo stato degli atti*, non ostativa ad una eventuale successiva nuova domanda arbitrale), nell'argomento secondo cui l'applicabilità dell'art. 39 c.p.c. dovesse essere esclusa *per non potere gli arbitri denegare la loro competenza alla luce della novella normativa di cui all'art. 819-bis c.p.c.* (ossia della norma che regolava la connessione tra giudizi arbitrali e statali, avendo abrogato la regola della *vis attractiva*).

La Suprema Corte, dal canto suo, nella decisione 9 aprile 1998, n. 3676²⁷⁴, ignorava completamente i due “innovativi” precedenti del '96 e '97 e ribadiva integralmente la tesi dell'inapplicabilità, ai rapporti tra arbitrato e giurisdizione ordinaria, dell'istituto della litispendenza, oltre che dell'istituto della sospensione necessaria *ex artt. 819 c.p.c. o ex 295 c.p.c.* Nello specifico la Cassazione confermava la tesi della Corte d'appello, che aveva rigettato l'impugnazione contro il lodo in ragione dell'asserita nullità di quest'ultimo, per avere l'arbitro, in una situazione di pendenza parallela sulla medesima causa dinanzi al giudice statale e all'arbitro adito per secondo, omesso di sospendere il procedimento arbitrale, non essendo l'omessa sospensione prevista dalla legge come causa di nullità del lodo, e procedeva, da un lato, a delineare i *limiti applicativi*, in questo contesto, sia dell'art. 819 c.p.c. (che regolava l'ipotesi in cui dovesse decidersi una questione di carattere pregiudiziale in arbitrato) che dell'art. 295 c.p.c.; dall'altro, a ribadire la tesi dell'inapplicabilità ai rapporti arbitro-giudice, dell'art. 39 c.p.c., operando il criterio della prevenzione *unicamente* nei rapporti tra procedimenti pendenti dinanzi a giudici *parimenti muniti di competenza*, per richiamare, infine, la soluzione tradizionale, additata tra l'altro come *l'unico sistema capace di far fronte ad un possibile contrasto tra giudicati*, statuendo in proposito che: “(...) *la possibilità che per una medesima controversia intervengano due decisioni, che potrebbero essere in contrasto tra loro, può e deve essere ovviata con l'affermazione o negazione della*

²⁷⁴ In *Riv. arb.* 1998, 501, nt. M. BOVE.

competenza del giudice adito, in relazione al contenuto e ai limiti di validità del compromesso o della clausola compromissoria"²⁷⁵.

Degna di nota è anche la decisione della Cassazione 25 luglio 1997, n. 6950²⁷⁶, in cui la Suprema Corte si era dovuta confrontare con una fattispecie in cui una domanda proposta al giudice ordinario, *successiva all'instaurazione del procedimento arbitrale sulla medesima causa*, era stata esperita *in via condizionata* all'eventuale dichiarazione d'incompetenza da parte degli arbitri. La parte aveva infatti dichiarato espressamente al giudice che, a suo avviso, solo il collegio arbitrale era competente a giudicare della vertenza e che essa intendeva senz'altro proseguire l'arbitrato. Pertanto l'azione introdotta dinanzi al giudice ordinario: "(...) aveva scopo di mero tuziorismo, nell'eventualità che il collegio arbitrale potesse ritenersi incompetente a seguito della dichiarazione comunale di esclusione e al solo fine di evitare ogni possibile decadenza". Si era, in effetti, in un contesto normativo piuttosto lacunoso (la controversia era sorta nel 1986) ove, oltre alla pacifica inapplicabilità, nei rapporti arbitro-giudice, dell'istituto della *translatio iudicii*, era controversa – in assenza della disciplina di cui agli articoli 2943, comma 4 e 2945, comma 4 c.c. introdotti solo con la riforma del '94 – la produzione, da parte dell'atto introduttivo del giudizio arbitrale, oltre che dell'effetto interruttivo, anche di quello sospensivo della prescrizione. La Suprema Corte, cassando la sentenza della Corte d'appello, precisava che il *carattere condizionato* della domanda proposta in sede giudiziale, la cui trattazione era subordinata ad un'eventuale pronuncia d'incompetenza da parte degli arbitri: "(...) subordinava il sorgere della potestas decidendi (e del dovere decisorio) del giudice all'avveramento del fatto dedotto in condizione; talché se tale condizione manca, manca anche la domanda di parte la cui efficacia è subordinata all'avverarsi dell'evento posto in condizione. Non si verifica, pertanto, il presupposto della coesistenza di due cause connesse (...) perché la stessa potestas iudicandi non sorge, se non risulti verificata, in esito al provvedimento arbitrale, l'incompetenza degli arbitri stessi"²⁷⁷.

Per concludere questa breve rassegna, va segnalato che, nel periodo immediatamente successivo alla svolta adottata dalle Sezioni Unite nelle decisioni *Montedison* e *Mascheroni*, non sono altresì mancate decisioni fondate su premesse *diametralmente opposte* a quelle che, secondo l'orientamento maggioritario, avevano ispirato la riforma del 1994²⁷⁸, ovvero sia, per quanto attiene alla concezione della

²⁷⁵ CARBONE, *I ripensamenti sulla potestas iudicandi degli arbitri*, cit., 640 ss.

²⁷⁶ In *Giust. civ.* 1998, I, 1, 476 ss.

²⁷⁷ Per un'analisi più articolata di questa vicenda processuale e dell'istituto della domanda proposta *in via condizionata* al verificarsi di un evento futuro v., *infra*, il capitolo quinto.

²⁷⁸ In favore di una lettura in termini *negozial-privatistici* del fenomeno arbitrale si era pronunciata Cass. 14 gennaio 1999, n. 345, in *Foro it.* 1999, I, 1089 ss., nt. C.M. BARONE e, qualche anno prima, già Cass. 24 maggio 1995, n. 5690, in *Giust. civ.* 1995, I, 2365 ss.

natura giuridica del fenomeno arbitrale, su un inquadramento integralmente privatistico dell'istituto arbitrale e dei suoi effetti, anticipando così l'*overruling* delle Sezioni Unite, avvenuto di lì a poco con la famosa e più volte menzionata decisione n. 527 del 2000.

SEZIONE TERZA

LA TESI DELL'APPLICABILITÀ ANALOGICA, AI RAPPORTI ARBITRO-GIUDICE, DELL'ISTITUTO DELLA LITISPENDENZA

13. Introduzione

Muovendo da comuni critiche ad alcuni dei presupposti su cui si fondava il sistema delle "vie parallele", e ponendo altresì in risalto alcune forzature ad opera della giurisprudenza maggioritaria e di parte della dottrina dell'epoca nell'utilizzo, *solo a certi fini*²⁷⁹, di qualificazioni teoriche ed istituti giuridici, taluni autori, pur partendo da posizioni anche sensibilmente divergenti tra loro in relazione a temi quali la natura giuridica dell'arbitrato, la natura delle funzioni esercitate dagli arbitri e l'efficacia del lodo arbitrale, convergevano sul punto della possibile applicabilità, anche ai rapporti arbitro-giudice statale, dell'istituto della litispendenza²⁸⁰.

Ciò che soprattutto veniva contestato all'orientamento dominante era la tendenza ad un'applicazione *solo parziale* – e altresì poco rigorosa, in quanto priva di adeguati appigli normativi – delle regole sulla competenza del codice di rito ai rapporti arbitro-giudice.

Si sosteneva, in particolare, che, una volta qualificato in termini di *competenza* il

²⁷⁹ L'espressione è di R. VACCARELLA, *Questioni di litispendenza e competenza*, cit., 272.

²⁸⁰ Tra questi v. A. BARLETTA, *Sulla previa pendenza tra processo ordinario e giudizio arbitrale*, cit., 548 ss.; F. LEPRI, *Arbitrato rituale, pendenza della stessa causa*, cit., 375 ss.; G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., 17 ss.; R. MURONI, *La pendenza*, cit., 222; S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, cit., 293 ss.; M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, cit., 505 ss.; ID., *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. civ.* 2002, 444; ID., *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.* 1999, 422, per il quale l'eccezione di litispendenza altro non sarebbe stata che un'eccezione di giudicato anticipata; D. BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 230 ss.; M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 1996, 232 ss.; C. CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 191 ss.; D. BUONCRISTIANI, *Efficacia nel procedimento arbitrale della sentenza del giudice ordinario declinatoria della competenza a favore del collegio arbitrale*, in *Riv. arb.* 1992, IV, 748 ss.; D. GIACOBBE, *Questioni di litispendenza*, cit., 2457 ss. Possibilisti anche R. VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale*, cit., 329 ss.; ID., *Questioni di litispendenza e competenza*, cit., 267 ss.; F. CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato riformato*, cit., 672 ss.

rapporto tra arbitrato e giurisdizione ordinaria, e ricondotta l'eccezione di compromesso alla categoria dell'eccezione di incompetenza per territorio derogabile *ex art.* 38, comma 2, c.p.c., onde evitare aporie teoriche e incongruenze pratico-applicative (in particolare alla luce delle modifiche apportate alla disciplina dell'arbitrato dalla riforma del 1994), si sarebbe dovuto fare *integrale applicazione (in via analogica) della disciplina della competenza* prevista dal codice di rito, contemplando dunque anche la proponibilità del regolamento di competenza avverso il lodo che avesse pronunciato *solo o anche* sulla competenza, l'applicabilità dell'istituto della *translatio iudicii (ad instar* di quanto previsto, nei rapporti tra giudici ordinari, dall'art. 50 c.p.c.), l'efficacia vincolante, nei confronti degli arbitri, della sentenza sulla competenza pronunciata dal giudice ordinario e dalla Suprema Corte (e altresì, a parti invertite, del lodo arbitrale pronunciatosi sulla *potestas iudicandi* arbitrale) e *altresì l'applicabilità dell'istituto di cui all'art. 39 c.p.c.*, fondato sul criterio della prevenzione, sconfessando dunque la tesi prevalente secondo cui la *litispendenza* tra giudizi arbitrali e giudizi statali si risolvesse sempre in una questione di competenza²⁸¹.

14. *Le ragioni in favore di un'applicabilità in via analogica dell'istituto della litispendenza: la riforma del 1994 e le modifiche apportate alla fase introduttiva del procedimento arbitrale, con la configurabilità di una vera e propria "domanda di arbitrato"*

Per cominciare, questo orientamento rilevava come la nuova fase introduttiva del procedimento arbitrale, con la definizione di una vera e propria "domanda di arbitrato" (equiparabile, *quoad effectum*, alla domanda giudiziale), fosse idonea a consentire agevolmente l'individuazione del preciso momento in cui potesse dirsi integrata la *pendenza del procedimento arbitrale*, cui ricollegare l'operatività del *criterio della prevenzione*. Era cioè venuto meno uno degli argomenti addotti in passato proprio per escludere l'applicabilità dell'istituto della litispendenza, consistente, appunto, nell'impossibilità di individuare, nell'ambito della fase introduttiva del giudizio arbitrale e dei molteplici passaggi che concorrevano ad integrarla, un atto specifico che fungesse, formalmente e legittimamente, da *momento d'inizio* della procedura²⁸². Detta impossibilità, in parti-

²⁸¹ V., in particolare, F. LEPRI, *Arbitrato rituale, pendenza della stessa causa*, cit., 375 ss.; R. VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale*, cit., 329 ss.; ID., *Questioni di litispendenza e competenza*, cit., 267 ss.

²⁸² Così F. LEPRI, *Arbitrato rituale, pendenza della stessa causa*, cit., 375 ss.; R. VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale*, cit., 329 ss.; ID., *Questioni di litispendenza e competenza*, cit., 267 ss.; G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., 17 ss.; G. DELLA PIETRA, in G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., 147 ss.

colare, veniva argomentata sotto due profili, uno di carattere *formale* e uno di carattere *materiale* o *sostanziale*.

Sotto il profilo formale, la difficoltà di individuare, prima della riforma del 1994, un atto univoco, omologo alla notificazione della citazione, cui ricollegare l'avvio del procedimento arbitrale²⁸³, aveva dato luogo a diverse ipotesi interpretative, che rinviavano *ora* alla stipulazione del patto compromissorio²⁸⁴, *ora* alla formulazione dei quesiti²⁸⁵, *ora* – secondo l'orientamento prevalente, che riteneva inaccettabile parlare di pendenza di un giudizio *prima ancora che fosse costituito il giudice*²⁸⁶ – all'accettazione dell'incarico da parte degli arbitri²⁸⁷.

L'altro profilo, *di carattere materiale* o *sostanziale*, consisteva nel negare che l'atto introduttivo del procedimento arbitrale, qualunque esso fosse, potesse produrre effetti *processuali*. Anche alla luce della già menzionata tesi della *giurisdizionaliz-*

²⁸³ Alla nomina del proprio arbitro ad opera di una parte, seguiva infatti la designazione dell'altro arbitro ad opera della controparte; veniva poi la scelta del terzo arbitro, preceduta o seguita dalla formulazione dei quesiti, e dall'eventuale scambio di controquesiti; seguiva, infine (ma non necessariamente nell'ordine menzionato), l'accettazione dell'incarico da parte degli arbitri: v. G. DELLA PIETRA, in G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., 103.

²⁸⁴ Così L. MORTARA, *Commentario del codice*, cit., 141 ss.

²⁸⁵ C. CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 140.

²⁸⁶ V. T. CARNACINI, *Arbitrato rituale*, cit., 1958, 882, secondo cui: "(...) l'elemento essenziale, che perfeziona il sorgere del rapporto processuale arbitrale (...) [é] la confluente e manifestata volontà degli arbitri: l'accettazione da parte loro dell'incarico conferito. (...) È in ogni caso l'accettazione, che gli arbitri nominati sono liberi di dare e non dare (...), a condizionare la giuridica esistenza del processo: peculiarità questa che non trova riscontro nel giudizio ordinario, governato dal principio di precostituzione del giudice e caratterizzato dalla natura e funzione pubblico – statuale di esso"; R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, cit., 513; E. FAZZALARI, voce *Processo arbitrale*, in *Enc. dir.* XXXVI, Milano 1987, 298 ss., in particolare 307; PUNZI, *Arbitrato*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. II, Roma 1988, 1 ss., in particolare 16-17; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 442. In giurisprudenza v., in tal senso, Cass. 9 marzo 1982, n. 1519; Cass. 10 gennaio 1977, n. 74, in *Giust. civ.* 1977, I, 1022; Cass. 28 settembre 1973, n. 2439, in *Foro it.* 1974, I, 438, nt. MAGRONE; Cass. 23 luglio 1964, n. 1989, in *Foro it.* 1964, I, 2143; Cass. 29 luglio 1963, n. 2127.

²⁸⁷ Tale ultima tesi, tuttavia, sottraeva a parte attrice, interessata ad impedire decadenze, interrompere prescrizioni o ad evitare la perdita di efficacia del provvedimento cautelare concesso *ante causam*, l'iniziativa *esclusiva* del compimento degli atti a tal fine rilevanti, consentendo così alla controparte in mala fede di incidere in vario modo nella tempistica della costituzione del tribunale (tardando la designazione del proprio arbitro, o inducendolo a differire il momento della propria accettazione). Proprio per la difficoltà di accettare l'idea che un giudizio fosse pendente prima ancora che il giudice fosse costituito, alcuni autori avevano proposto una ricostruzione articolata degli effetti dell'atto introduttivo del processo arbitrale, ricollegando alla c.d. domanda di arbitrato solo l'effetto interruttivo della prescrizione, *ma differendo il momento della "pendenza" del processo* all'avvenuta accettazione degli arbitri e, dunque, alla costituzione del collegio arbitrale: tra questi v. C. PUNZI, *Arbitrato e prescrizione*, in *Riv. arb.* 1992, 13; G. VERDE, *Effetti processuali e sostanziali dell'atto di nomina dell'arbitro*, in *Riv. arb.* 1991, 296.

zazione *ex post*, si riteneva, infatti, che gli arbitri, durante l'esercizio delle loro funzioni, non fossero investiti degli attributi e dei poteri propri dei giudici ordinari, non potendo perciò l'attività da essi espletata esplicare alcuna efficacia "esterna" finché non fosse intervenuto il decreto del pretore ad attribuirle, *ex post*, i crismi della giurisdizionalità. Pertanto, prima dell'*exequatur* pretorile, non poteva nel frattempo: "(...) riconoscersi all'instaurazione [del giudizio arbitrale] gli effetti processuali propri della domanda agli organi giurisdizionali, e soprattutto quelli che si riconnettono al fenomeno della litispendenza"²⁸⁸. La previa pendenza di un giudizio arbitrale su una determinata causa non sarebbe stata dunque idonea ad imporre al giudice statale, adito per secondo, di spogliarsi della medesima causa proposta dinanzi ad esso in un momento successivo, come richiesto dall'art. 39 c.p.c. nei rapporti tra giudici ordinari.

A tali obiezioni i fautori della tesi dell'applicabilità analogica, ai rapporti arbitro-giudice, dell'istituto della litispendenza replicavano come la riforma del 1994, avendo eliminato il requisito del deposito del lodo, quale *condicio sine qua non* per la sua stessa giuridica "esistenza", avesse privato di fondamento la summenzionata ricostruzione, sicché l'attività degli arbitri e il suo risultato avrebbero dovuto qualificarsi *autonomamente*, al momento del loro verificarsi; non, invece, alla luce di un evento *successivo e solo eventuale*. Per tali autori la riforma aveva chiaramente delineato un atto introduttivo idoneo, per gli effetti che produceva, a porre la parte, che aveva optato per la via arbitrale, *sullo stesso piano di quella che adiva il giudice statale*²⁸⁹, avendo il legislatore ricollegato all'atto "notificato con il quale la parte, in presenza di compromesso o di clausola compromissoria, dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri", la produzione di effetti analoghi a quelli della domanda giudiziale, si trattasse di trascrizione (artt. 2652, ultimo comma, 2653, ultimo comma, 2690, ultimo comma e 2691 c.c.), interruzione e sospensione della prescrizione (artt. 2943, comma 4 e 2945, ultimo comma c.c.) o di salvezza dell'efficacia del provvedimento cautelare concesso *ante causam* (art. 669 *octies*, comma 44, c.p.c.)²⁹⁰.

²⁸⁸ V. Cass. S.U. 9 maggio 1956, n. 1505.

²⁸⁹ Sul punto v. i contributi di L. SALVANESCHI, *La domanda di arbitrato*, cit., 645 ss.; ID., *Commento agli artt. 1-4 della legge n. 25 del 1994*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 455 ss.; G. VERDE, *L'introduzione del processo arbitrale (premesse ricostruttive)*, in *Riv. arb.* 1996, 21 ss.; C. CAVALLINI, *L'alienazione della res litigiosa nell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 1997, 146 ss.; G. BASILICO, *Spunti in tema di domanda di arbitrato*, in *Riv. arb.* 1997, 599 ss.; F. PADOVINI, *Commento agli artt. 24-26 della legge n. 25 del 1994*, in *Nuove leggi civ. comm.* 1995, 614 ss.; M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 250 ss.; S. LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., 85 ss.; G. MIRABELLI, D. GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato*, cit., 53 ss.; G. DELLA PIETRA, in G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., 103 ss.; R. MARENGO, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 115 ss.

²⁹⁰ V. in proposito L. SALVANESCHI, *La domanda di arbitrato*, cit., 645, per la quale: "(...) il le-

Le novità normative non avevano certamente risolto del tutto una serie di problemi pratico-applicativi relativi all'individuazione del *preciso momento di inizio di una procedura arbitrale*. Si pensi, ad esempio, alla questione dell'idoneità della domanda qualificata di arbitrato a produrre, oltre agli effetti specificamente indicati dalle norme menzionate, *altri effetti sostanziali*, quali, ad esempio, quello interruttivo dell'usucapione o impeditivo della decadenza e, soprattutto, *processuali*, tra cui la "litispendenza" in senso chiovendiano²⁹¹. Oppure al problema della con-

gislatore ha compiuto enormi passi avanti sulla via della equiparazione del procedimento arbitrale rituale con quello giurisdizionale. Tra questi, quello forse maggiormente incisivo riguarda la domanda introduttiva del procedimento, capace oggi di produrre alcuni effetti sostanziali che fino all'entrata in vigore della novella erano riservati alla sola domanda introduttiva del giudizio destinato a svolgersi davanti al giudice ordinario".

²⁹¹ Cioè nel senso "ampio" di *pendenza della lite*, e non nel senso specifico di cui all'art. 39 c.p.c., di contemporanea pendenza di più processi relativi alla stessa causa dinanzi a due giudici diversi. V., per riferimenti, G. FRANCHI, *La litispendenza*, cit., 1 ss.; G. MONTELEONE, *Litispendenza*, in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Roma 1990, 1 ss. Con riferimento alla questione se la domanda qualificata di arbitrato si ponesse come modello *generale* per la produzione, oltre che degli effetti specificamente previsti dalle norme, anche di ogni *altro* effetto sostanziale e *processuale*, in analogia, cioè, con quanto avveniva per la notificazione della citazione nel processo ordinario, oppure se diversi fossero i *momenti* cui riferirsi a seconda della diversa tipologia di effetti considerati, si registravano posizioni diverse. Da un lato, per alcuni autori l'atto complesso previsto dalla riforma era idoneo ad integrare sia l'enunciazione della pretesa (domanda), sia la promozione del relativo giudizio (designazione del proprio arbitro), così da porsi come *fonte di ogni conseguenza sostanziale e processuale*, tra cui l'effetto di determinare la "litispendenza". In tal senso v. L. SALVANESCHI, *La domanda di arbitrato*, cit., 645 ss.; ID., *Commento agli artt. 1-4 della legge n. 25 del 1994*, cit., 455 ss.; G. MIRABELLI, D. GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato*, cit., 55. Sulla stessa linea, anche se più scettico circa l'estensione operata nei confronti degli effetti processuali, era G. DELLA PIETRA, in G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., 111. Di diversa opinione erano invece M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 254 e G. VERDE, *L'introduzione del processo arbitrale*, cit., 27, per i quali, rispondendo i diversi effetti sostanziali e processuali della domanda a diverse *rationes* ispiratrici e sulla base dell'assunto che taluni effetti non potevano che collegarsi all'avvenuta costituzione del collegio arbitrale, sarebbe stato inutile pensare ad una fattispecie unica e ad un momento unico da cui far decorre gli effetti sia sostanziali che processuali della domanda di arbitrato. Dello stesso avviso erano, prima della riforma, C. PUNZI, *Arbitrato e prescrizione*, cit., 7 ss. e, dopo la riforma, C. CAVALLINI, *L'alienazione della res litigiosa*, cit., 146 ss. e M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 254. Con specifico riferimento all'effetto processuale della "litispendenza", fondato sul criterio della prevenzione, osservava F. LEPRI, *Arbitrato rituale, pendenza della stessa causa*, cit., 380, che: "(...) se si considera che è oggi legislativamente canonizzata l'idoneità a dar luogo a litispendenza dell'atto con il quale la parte "dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta alla nomina degli arbitri" (...)", la notifica di quell'atto, come quella della domanda giudiziale, costituiva inequivoco punto di riferimento per l'applicazione del criterio della prevenzione. Anche G. VERDE, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., 45, osservava che le nuove norme avevano sostanzialmente equiparato le domande di arbitrato alle domande giudiziali: "(...) consentendo di collegare la decisione arbitrale all'atto iniziale del procedimento secondo un filo continuo, che non può non essere ricondotto alla litispendenza".

figurabilità – ed eventuali effetti – di una domanda *deformalizzata*, priva, cioè, di alcuno dei tre requisiti menzionati, alla luce anche della norma di cui all'art. 816, comma 2, c.p.c., che sanciva, più che il principio della libertà delle forme, quello della libera organizzazione del giudizio²⁹². Oppure, anche, al profilo dell'inquadramento, in termini di *norma generale*, della disposizione di cui all'art. 669 *octies*, comma 4, c.p.c., che, ai fini del rispetto del termine perentorio, stabiliva gli atti rilevanti da porre in essere per l'inizio della causa di merito in caso di concessione, prima di quest'ultima, del provvedimento cautelare, cui ricollegare il *momento esatto* della pendenza del procedimento arbitrale²⁹³).

Tuttavia, le modifiche legislative avevano *indiscutibilmente* sconfessato la tesi circa l'impossibilità di individuare un atto, omologo alla notificazione della citazione (o al deposito del ricorso), cui ricollegare l'avvio della procedura arbitrale. Essendo, dunque, possibile identificare ora, con precisione, quantomeno il momento a partire dal quale un giudizio arbitrale potesse dirsi pendente, sarebbe ve-

²⁹² V. E. GRASSO, *Arbitrato e formalismo del processo*, in *Riv. arb.* 1993, 1 ss.; L. SALVANESCHI, *La domanda di arbitrato*, cit., 649. Da un lato v'era chi sosteneva (e sostiene tutt'ora) che un atto privo di uno dei tre elementi costitutivi della domanda d'arbitrato (si pensi al caso di chi notifica all'altra parte un atto contenente la nomina del "proprio" arbitro, ma privo della formulazione di alcuna istanza, oppure, all'opposto, contenente la domanda, ma privo della designazione dell'arbitro), seppure inidoneo alla produzione degli effetti stabiliti dalle nuove disposizioni della riforma, non incorresse in nessun tipo di invalidità e potesse, al contrario, costituire *valido atto d'avvio del procedimento arbitrale*, cui collegare cioè l'effetto processuale della "litispendenza": così, ad esempio, E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, cit., 63 ss.; G. MIRABELLI, D. GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato*, cit., 58; G. DELLA PIETRA, in G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., 107 ss. Dall'altro v'era (e v'è) chi riteneva che la disposizione di cui all'art. 669 *octies*, integrante la "domanda qualificata di arbitrato", rappresentasse una *norma di portata generale*, che segnava il *momento* in cui il procedimento poteva dirsi *pendente*, con la conseguenza che una domanda deformalizzata, oltre a correre il rischio di essere invalida, *non sarebbe stata in ogni caso idonea all'instaurazione dello stesso*. In tal senso v. S. LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., 85; D'ANDREA, in *Dizionario dell'arbitrato*, a cura di IRTI, Torino 1997, 469.

²⁹³ Su tali profili v. L. SALVANESCHI, *La domanda di arbitrato*, cit., 669 ss.; ID., *Commento agli artt. 1-4 della legge n. 25 del 1994*, cit., 455 ss.; G. BASILICO, *Spunti in tema di domanda di arbitrato*, cit., 599 ss.; S. LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., 88; G. DELLA PIETRA, in G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., 107 ss.; D'ANDREA, in *Dizionario dell'arbitrato*, a cura di N. IRTI, Torino 1997, 469; G. VERDE, *L'introduzione del processo arbitrale*, cit., 21 ss.; C. CAVALLINI, *L'alienazione della res litigiosa*, cit., 146 ss. In verità, vi sono anche altri quesiti afferenti alla "nuova" fase introduttiva, così come delineata dalla riforma, sui quali, però, non è qui il caso di soffermarsi. Ci riferiamo, in particolare, al problema del *contenuto – forma* della domanda di arbitrato, se essa cioè debba rispecchiare in tutto e per tutto l'atto di citazione ai sensi dell'art. 163 c.p.c., nonché al problema di come coordinare "la nuova domanda *qualificata* di arbitrato", rivestita, ormai, di requisiti formali specifici, con la tradizionale pacifica ammissibilità di *nova* (nonché di modifiche della domanda originariamente proposta) nel corso del procedimento. V, sul tema, L. SALVANESCHI, *La domanda di arbitrato*, cit., 669 ss.; G. BASILICO, *Spunti in tema di domanda di arbitrato*, cit., 599 ss.

nuto meno, secondo questo orientamento, uno degli ostacoli alla possibile estensione, anche ai rapporti giudici-arbitri, dell'istituto della litispendenza²⁹⁴.

15. ... segue: *l'asserita pacifica equiparazione, quoad effectum, del lodo arbitrale alla sentenza del giudice ordinario*

Uno degli argomenti portanti dell'orientamento favorevole all'applicabilità dell'istituto della litispendenza risiedeva nell'equiparazione, *quoad effectum*, del lodo arbitrale alla sentenza del giudice ordinario, asseritamente avvenuta ad opera della riforma del 1994, che avrebbe imposto un ripensamento del problema dei conflitti positivi di competenza tra arbitrato e giurisdizione statale²⁹⁵.

²⁹⁴ V., in proposito, R. MARENGO, in A. BRIGUGLIO, E. FAZZALARI, R. MARENGO (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 127, per il quale: "Come tutti sanno, l'interruzione permanente nel corso del processo arbitrale è stata negata sub Iulio sulla base della considerazione che soltanto la litispendenza determina l'effetto interruttivo permanente e che rispetto all'arbitrato non può contemplarsi una vera e propria litispendenza". Per ulteriori riferimenti v. E.F. RICCI, *Compromesso*, in *App. Nov.mo Dig. It.*, Torino 1981, 131; ID., *Il lodo rituale di fronte a terzi*, in *Riv. dir. proc.* 1989, 662; G. MONTELEONE, *Litispendenza*, cit., 1 ss.; S. SORACE, *Litispendenza (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano 1974, 876.

²⁹⁵ L'equiparazione, *quoad effectum*, tra lodo e sentenza, a seguito della riforma del 1983, ma soprattutto del 1994, era sostenuta, tra gli altri, da E.F. RICCI, *L'efficacia vincolante del lodo arbitrale*, cit., 809; G. TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali*, cit., 631; CARBONE, *Commento alla legge 5 gennaio 1994, n. 25*, in *Corr. giur.* 1994, 147; ID., *La seconda riforma dell'arbitrato rituale*, in *Corr. giur.* 1994, 141; CARPI, *Il procedimento dell'arbitrato riformato*, in *Riv. arb.* 1995, 659 ss.; F. GHIRGA, *Commento all'art. 15 (822 c.p.c.)*, cit., 520 ss.; MONTESANO, *Sugli effetti del nuovo lodo arbitrale e sulle funzioni della sua "omologazione"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1994, 821; G. MONTELEONE, *Il nuovo assetto dell'arbitrato*, in *Corr. giur.* 1994, 1048 ss.; E. GARBAGNATI, *Ancora in tema di impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.* 1990, 2 ss., secondo cui il lodo avrebbe avuto tra le parti l'efficacia propria di una *sentenza di primo grado non esecutiva*. A sostegno della tesi dell'ormai compiuta equiparazione tra lodo e sentenza, alcuni autori (in particolare E.F. RICCI, *L'efficacia vincolante del lodo arbitrale*, cit., 818; G. TARZIA, *Commento all'art. 21 (829 c.p.c.)*, cit., 545; ID., *Conflitti fra lodi arbitrali*, cit., 644; E. VULLO, *Note in tema di arbitrato, connessione e sospensione per pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.* 1996, I, 179) invocavano altresì, da un lato, l'art. 829, n. 8, c.p.c. (che sanzionava con la nullità la contrarietà del lodo a precedente lodo non più impugnabile o a sentenza passata in giudicato tra le medesime parti), che avrebbe testimoniato inequivocabilmente l'idoneità del lodo alla produzione di effetti di giudicato, o di un'efficacia ad esso "sostanzialmente" equiparata, proprio in virtù dell'equiparazione tra sentenza e lodo nel regime dei conflitti; non si sarebbe altrimenti compreso il significato della norma, se non attribuendo all'*efficacia vincolante del lodo*, divenuto inimpugnabile, lo stesso effetto, sulle situazioni giuridiche sostanziali, della sentenza passata in giudicato. Dall'altro, l'art. 669 *novies*, ultimo comma, n. 2, c.p.c. (che disponeva, per il caso in cui la causa fosse stata devoluta ad arbitrato italiano, la perdita di efficacia del provvedimento cautelare in caso di pronuncia di un lodo arbitrale che dichiarasse *inesistente* il diritto per il quale il provvedimento era stato concesso), da cui sarebbero

Sebbene il lodo continuasse ad essere privo, per espressa previsione di legge – ai sensi dell'art. 825, comma 2, c.p.c. – della *vis executiva*, si riteneva che esso producesse una statuizione definitiva, relativamente al rapporto controverso, *analogamente all'accertamento contenuto nella sentenza del giudice*. La statuizione arbitrale, al pari di quella giudiziale, era ritenuta idonea, una volta divenuta incontrovertibile, a *fare stato* ad ogni effetto fra le parti e ad essere spesa in un processo statale sulla stessa causa o su un oggetto dipendente.

Tale assunto, da un lato, suggeriva riletture in chiave *estensiva* dei rimedi contemplati dal codice di rito per far fronte al problema del conflitto tra giudicati statuali, interpretati sì da ricomprendere anche i casi di contrasto di una sentenza con un precedente lodo arbitrale non più impugnabile (il riferimento era, come già visto in precedenza, soprattutto al motivo revocatorio “ordinario” di cui all'art. 395, n. 5, c.p.c.²⁹⁶); dall'altro, rappresentava la premessa per instaurare una sorta di parallelismo tra *l'istituto del giudicato* (e relativi eccezione ed effetti), da una parte, e *l'istituto della litispendenza* (e relativi eccezione ed effetti), dall'altra²⁹⁷. Se l'eccezione di litispendenza era generalmente considerata quale *eccezione di cosa giudicata anticipata*, anche ai rapporti arbitro-giudice avrebbe dovuto estendersi l'applicabilità *della prima*, che *della seconda* condivideva la *ratio*, rappresentandone, essenzialmente, un'anticipazione.

emerge, da un lato, la conferma dell'efficacia *immediata* del lodo arbitrale nell'ordinamento interno, indipendentemente dall'ottenimento dell'*exequatur* pretorile e, dall'altro, l'assimilazione tra lodo e atti giurisdizionali (sentenza italiana e straniera), visto il comune effetto di rendere inefficace il provvedimento cautelare in conseguenza del rigetto, da essi operato, della pretesa che il provvedimento in questione era finalizzato a tutelare in via interinale. Da quella norma sarebbe altresì derivata la conferma della natura *non negoziale* del lodo: un atto ad efficacia meramente negoziale non sarebbe infatti idoneo a caducare un atto che, per quanto caratterizzato dalla provvisorietà e da una “*dimensione fortemente ipotetica*” (così C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile (la Cornice)*, Milano 1995, 207), è comunque un provvedimento giurisdizionale. Su tali aspetti v. E. MERLIN, *Sub art. 669 novies*, in G. TARZIA, F. CIPRIANI (a cura di), *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, Padova 1992, 354 ss.

²⁹⁶ V., in proposito, E.F. RICCI, *L'efficacia vincolante del lodo arbitrale*, cit., 819, per il quale, in riferimento al problema se la revocazione prevista contro le sentenze dall'art. 395, n. 5, c.p.c. potesse essere proposta *anche* quando la decisione era contraria ad un precedente lodo non più impugnabile tra le parti, osservava: “Credo proprio che la risposta positiva sia l'unica plausibile in base al sistema, per il nesso esistente tra la norma in esame e il già ricordato nuovo art. 829, comma 1, n. 8 c.p.c. Come l'arbitro deve tener conto in ugual modo del precedente lodo e della precedente sentenza pronunciata tra le parti, così il giudice deve tener conto in ugual modo di entrambi questi atti; e la revocabilità della sentenza contraria al lodo precedentemente pronunciato tra le parti costituisce un aspetto di quella stessa realtà, cui appartiene l'impugnabilità del lodo contrario a precedente sentenza”.

²⁹⁷ Sulla strumentalità dell'istituto della litispendenza a impedire il conflitto di giudicati v. G. MONTELEONE, *Litispendenza*, cit., 1 ss.

16. ... segue: la critica alla tesi della risoluzione della questione di litispendenza in una questione di competenza

Tale orientamento censurava altresì l'assunto, sotteso al sistema delle "vie parallele", secondo cui la questione di litispendenza tra arbitrato e giurisdizione ordinaria si risolvesse sempre in una *preliminare questione di competenza*, che, in base al principio *Kompetenz Kompetenz*, sia il giudice, sia l'arbitro erano legittimati a valutare ciascuno in piena autonomia. Si rilevava, infatti, come fosse ormai: "(...) una regola [di] (...) diritto vivente in tema di litispendenza"²⁹⁸ quella secondo cui l'operatività dell'istituto di cui all'art. 39 c.p.c., a differenza di quanto accadeva nel vigore del codice di rito del 1865, *starebbe a monte di ogni valutazione*, da parte del giudice successivamente adito, sulla altrui, come sulla propria, competenza²⁹⁹.

Se, infatti, il codice di rito del 1865, all'art. 104, utilizzava ancora l'espressione: "(...) *due autorità giudiziarie ugualmente competenti*", il codice del 1940, all'art. 39 c.p.c., aveva invece sostituito quell'espressione con: "(...) *due giudici diversi*", eliminando così, secondo la lettura che trovava maggiore adesione³⁰⁰, l'unico argomento letterale a sostegno del fatto che il secondo giudice, prima di spogliarsi della causa, *avrebbe dovuto valutare la competenza del giudice previamente adito*, trattenendo invece la causa dinanzi a sé in caso di esito negativo di tale valutazione. Con il passaggio dal codice del 1865 a quello del 1940, in altri termini, il mero *fatto* della previa instaurazione della stessa causa presso altro giudice (anche ove quest'ultimo risultasse, *prima facie*, incompetente) imponeva al giudice adito per secondo, *anche d'ufficio*, di dichiarare la litispendenza e disporre la cancellazione della causa dal ruolo, *a prescindere da qualunque valutazione preliminare circa la sussistenza della propria o dell'altrui competenza*. In questo senso si era inequivocabilmente espresso il legislatore per regolare i casi di conflitti positivi di competenza fra giudici ordinari (per quanto opinabile o controverso fosse l'automatismo insito nel criterio della prevenzione³⁰¹) e non v'era motivo alcuno per non trattare allo stesso modo i conflitti positivi di competenza tra giudici e arbi-

²⁹⁸ G. DELLA PIETRA, in G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., 147.

²⁹⁹ La lettura assolutamente prevalente della portata dell'art. 39 c.p.c., infatti, è sempre stata, sia in giurisprudenza che in dottrina, nel senso della non sindacabilità della competenza del primo giudice da parte del giudice successivamente adito. Per la giurisprudenza v. Cass. 11 novembre 1994, n. 9409, in *Rep. Foro it.* 1995, voce *Competenza civile*, 126; Cass. 10 marzo 1994, n. 2320, *ibidem*, 1994, 114; Cass. 23 agosto 1991, n. 9068, *ibidem*, 1991, 120; Cass. 3 marzo 1976, n. 717; Cass. 28 settembre 1973, n. 2439; Cass. 26 ottobre 1976, n. 3890; Cass. 18 gennaio 1975, n. 106; Cass. 28 settembre 1973, n. 2439. In dottrina v. G. VERDE, *Profili del processo civile*, Napoli 1986, 2ª ed., 83; G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, I, Padova 1994, 93; ID., *Litispendenza*, cit., 2; S. SORACE, *Litispendenza*, cit., 874.

³⁰⁰ V., per tutti, V. ANDRIOLI, *Commento al c.p.c. sub art. 39 c.p.c.*, IV, Napoli 1964, 127.

³⁰¹ V. G. DELLA PIETRA, in G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., 148.

tri, sì da precludere, all'organo adito per secondo (arbitro o giudice statale), qualsivoglia valutazione, anche solo *prima facie*, della questione dell'esistenza, validità ed efficacia del patto arbitrale. Secondo tale ricostruzione, in pendenza di un giudizio arbitrale, si sarebbe dovuto trattare l'*exceptio compromissi* proposta dinanzi al giudice statale adito per secondo, non come eccezione assimilabile ad una di incompetenza per territorio derogabile (come tale relativa e *proponibile solo ad istanza di parte*), ma alla stregua di una mera *denuntiatio* di un fatto – la previa pendenza del giudizio arbitrale – rilevabile anche *ex officio* dal giudice, idonea a condurre, senza previa *valutazione* compiuta dal secondo giudice *sulla propria o sull'altrui competenza*, ad una chiusura in rito del giudizio incardinato per secondo³⁰².

17. ... segue: *l'asserita infondatezza del rischio di "paralizzare" l'arbitrato e i rimedi contro i possibili abusi*

Uno dei principali timori dell'orientamento al tempo maggioritario, favorevole al sistema delle "vie parallele", era che un'applicazione (estensiva o analogica), anche ai rapporti arbitro-giudice, del criterio della prevenzione avrebbe comportato il rischio di paralizzare l'arbitrato, ogniqualvolta questo fosse stato instaurato *per secondo*, fornendo così alla parte, non più intenzionata, per qualsivoglia ragione, a rispettare la scelta fatta a suo tempo mediante la stipulazione del patto: "(...) *lo strumento infallibile per raggiungere il proprio scopo: ai primi contrasti sorti fra le parti, bast[ava] agire in prevenzione davanti al giudice*"³⁰³.

³⁰² V., in tal senso, R. VACCARELLA, *Questioni di litispendenza e competenza*, cit., 273; ID., *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale*, cit., 332. L'autore, peraltro, pur derivando la conclusione dell'applicabilità dell'istituto di cui all'art. 39 c.p.c. dal rilievo secondo cui la qualificazione dei rapporti tra arbitri e giudice in termini di competenza avrebbe dovuto comportare un'integrale applicazione della disciplina codicistica sulla competenza (onde evitare un utilizzo della stessa *solo a certi fini*), riconosceva che i tempi non erano ancora maturi per una tale *rivoluzione culturale*.

³⁰³ F.P. LUIO, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, cit., 523. V. anche C. CECHELLA, *Questioni pregiudiziali e processo arbitrale*, in *Riv. arb.* 1995, 801, per il quale l'inapplicabilità all'arbitrato degli istituti del *simultaneus processus* e della litispendenza, regolati dagli artt. 40 e 39 c.p.c., derivava non solo dal fatto che essi fossero rigorosamente appannaggio dei rapporti tra *processi giurisdizionali*, ma anche dal fatto che, se estesi all'arbitrato, avrebbero comportato un'*inevitabile compressione dell'autonomia privata*: "(...) alla volontà delle parti non si può derogare per esigenze di tecnica del processo". Il pensiero dell'autore, peraltro, risultava non poco contraddittorio, se è vero che in uno scritto coevo (C. CECHELLA, *Disciplina del processo nell'arbitrato*, in *Riv. arb.* 1995, 233) affermava: "(...) nel caso invece penda innanzi agli arbitri e al giudice lo stesso giudizio, se l'*exceptio compromissi* è preclusa in sede giurisdizionale (per maturarsi di una qualche decadenza), non si vede ostacolo all'applicazione dell'art. 39 c.p.c. Infatti, (...) gli artt. 295 e 39 c.p.c. non sono stati dettati in relazione alla struttura giurisdizionale di processi, piuttosto per evitare il conflitto di giudicati e, quanto alla idoneità al giudicato, il lodo rituale è pienamente assimilato alla sentenza".

A tale timore i sostenitori dell'applicabilità dell'istituto della litispendenza replicavano che – pur applicandosi, nel quadro del funzionamento dell'istituto della litispendenza, il criterio della prevenzione – la “soccumbenza” del procedimento arbitrale iniziato per secondo rispetto al giudizio statale iniziato per primo non sarebbe stata una conseguenza inevitabile, o comunque irreversibile³⁰⁴, in quanto la parte convenuta nel giudizio statale previamente incardinato, al fine di paralizzarne la prosecuzione (soprattutto se *ictu oculi* – in virtù della chiara esistenza di un valido patto arbitrale – improcedibile), avrebbe comunque preservato il potere di sollevare l'*exceptio compromissi*, con la possibilità, dunque, di riprendere celermente quello arbitrale, in precedenza arrestato³⁰⁵. Insomma, il regime di cui all'art. 39 c.p.c., *solo temporaneamente* favoriva l'organo adito per primo, la cui competenza poteva sempre essere contestata secondo le regole ed entro i termini previsti dalla legge; in presenza di un valido patto arbitrale, un giudice statale adito per primo, al quale le parti fossero state rinviate a seguito della chiusura in rito del giudizio arbitrale iniziato per secondo, sarebbe stato obbligato a declinare a sua volta la propria competenza, rinviando nuovamente (e, si riteneva, definitivamente) le parti dinanzi all'arbitro³⁰⁶.

I fautori dell'applicabilità, in via analogica, dell'istituto della litispendenza ritenevano che la soluzione da essi proposta fosse immune dalle critiche di *favor arbitratus*, che avrebbero dovuto, invece, essere rivolte alla soluzione della litispendenza “zoppa” o “unilaterale”³⁰⁷, priva di riscontro nelle norme e nei principi allora vigenti e idonea a favorire chi decidesse di instaurare un procedimento arbitrale *pur se consapevole dell'assenza di un valido patto compromissorio*, penalizzando, invece, chi,

³⁰⁴ *Contra* G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., 19, per il quale: “Se (...) la causa preveniente fosse quella portata alla cognizione del giudice ordinario (...), proporre domanda d'arbitrato prima che il giudice ordinario si sia spogliato della causa accogliendo l'eccezione di compromesso potrebbe legittimare un'eccezione di litispendenza davanti agli arbitri. Ci rendiamo conto che la soluzione qui indicata potrebbe offrire un'arma insidiosa a favore di chi, non volendo l'arbitrato, si affretti a proporre domanda al giudice ordinario per allungare a dismisura i tempi processuali. Ma l'inconveniente non è evitabile”. Lo stesso autore notava *en passant* che il detto inconveniente sarebbe sicuramente meno gravoso se i tempi processuali fossero meno lunghi.

³⁰⁵ V. M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, cit., 508.

³⁰⁶ Consapevole degli inconvenienti connessi al rischio che, dichiarata la litispendenza da parte del secondo organo adito, il primo avrebbe potuto a sua volta spogliarsi della causa ritenendosi “incompetente” (nel qual caso si sarebbero fatalmente persi gli effetti sostanziali e processuali della domanda), A. BARLETTA, *Sulla previa pendenza tra processo ordinario e giudizio arbitrale*, cit., 585 ss. proponeva bensì di applicare, nei rapporti arbitro-giudice, l'art. 39 c.p.c., ma con un correttivo: l'organo adito per secondo avrebbe comunque dovuto valutare la sussistenza o meno della *potestas iudicandi* dell'organo adito per primo, trattenendo la causa ogniqualvolta giungesse alla conclusione che esso fosse sfornito di *potestas decidendi*.

³⁰⁷ Per riferimenti v., *supra*, la Sezione seconda, i parr. 8 ss.

in presenza di fondati dubbi sulla esistenza, validità o efficacia del patto (legittimamente), agisse in prevenzione dinanzi al giudice ordinario³⁰⁸.

A questo proposito, nell'ambito dell'orientamento favorevole ad un'applicazione analogica dell'istituto della litispendenza, taluno aveva suggerito di ricorrere all'istituto della *responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c.*, onde prevenire un uso distorto, a meri fini dilatori, di un'azione in prevenzione dinanzi al giudice statale pur in presenza di un valido patto arbitrale. La norma veniva in proposito riletta nel senso di sanzionare non tanto il soccombente nel merito, quanto, piuttosto, il soggetto che, pur in assenza di fondati dubbi sull'esistenza di una valida convenzione arbitrale, e dunque al solo fine di ostacolare o rendere comunque più gravoso l'accesso o la procedibilità della via arbitrale, si rivolgesse agli organi di giustizia statali³⁰⁹; insomma, nel senso di sanzionare chi: "(...) perperam riten[esse] di rallentare un giudizio con litispendenze appositamente create"³¹⁰.

Tale espediente presentava più di un'analogia con quello elaborato in tema di connessione tra giudizi arbitrali e giudizi statali prima della riforma del '94, finalizzato ad *arginare applicazioni esorbitanti* della regola della *vis attractiva*³¹¹, quali la proposizione di una o più domande al giudice ordinario, bensì *connesse* con quelle avanzate in sede arbitrale, ma frutto di un mero *escamotage* per eludere la competenza degli arbitri, ritenuta comunque idonea (senza che fosse dato il giusto rilievo al carattere pretestuoso o meno dell'iniziativa giudiziale) a determinare *l'attrazione dell'intera controversia nella competenza del giudice ordinario*. Le somiglianze tra i due espedienti risiedevano essenzialmente in ciò, che in entrambi i casi (di connessioni artatamente create, da un lato e di litispendenze *pretestuose*, dall'al-

³⁰⁸ Così M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, cit., 513. Anche E. VULLO, *Note in tema di arbitrato*, cit., 150 avvertiva il rischio che l'atteggiamento di grande favore della più recente dottrina per l'arbitrato – che si fondava più che altro su una serie di ragioni di carattere economico, politico e culturale (su cui v. F. MAZZARELLA, *Arbitrato e processo*, Padova 1968, *passim*; nonché COLLURA, *Contributo allo studio dell'arbitrato libero in Italia*, Milano 1978, *passim*) – conducesse agli stessi eccessi, per quanto di segno opposto, in cui era incorsa in passato la giurisprudenza, che aveva invece mortificato l'istituto sulla base proprio di una parimenti supremazia (presunta e indimostrata) del giudizio statale. Per E. VULLO: "(...) sembra ragionevole temere che, tenuto conto del diffuso entusiasmo scientifico che accompagna questa forma di soluzione delle controversie, tale *favor arbitratus* finisca col perdere la connotazione di *ratio legis* alla quale rivolgersi per comporre dubbi interpretativi altrimenti irrisolvibili, per venire invece utilizzato come vero e proprio criterio di lettura privilegiato alla luce del quale forzare il significato del dato positivo".

³⁰⁹ V. F. LEPRI, *Arbitrato rituale, pendenza della stessa causa*, cit., 381.

³¹⁰ F. LEPRI, *op. ult. cit. loc. cit.*

³¹¹ Questo perché, in entrambe le fattispecie (*vis attractiva* e litispendenza), si scorgeva un pericolo per *l'autonomia del fenomeno arbitrale* rispetto alla giurisdizione statale. Ma v. G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., 19, per cui la diversità delle relative fattispecie era tale da non permettere di avvalersi, per far fronte all'una, degli strumenti utilizzati in passato per correggere l'altra.

tro) si intendeva reagire a veri e propri “attentati” all’autonomia del fenomeno arbitrale, che invece la riforma del 1994 si riteneva avesse mirato, sotto più di un profilo, a rafforzare.

18. ... segue: l’asserita irrilevanza dell’ostacolo derivante dalla necessità di qualificare gli arbitri come giudici statali

Per quanto non così frequentemente invocato dall’orientamento favorevole al sistema delle “vie parallele”³¹², un altro ostacolo che si frapponeva all’ammissibilità dell’istituto della litispendenza per governare i rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale era rappresentato dall’*impossibilità di qualificare gli arbitri come giudici* ai sensi delle disposizioni ad essi applicabili. A tale obiezione, la risposta dei fautori del ricorso a quell’istituto si articolava in due distinti percorsi argomentativi, con la prospettazione dell’applicazione analogica di due diversi regimi normativi a seconda del rispettivo inquadramento della figura e della funzione degli arbitri.

18.1. ... nel contesto della tesi in favore dell’applicabilità analogica del regime ex art. 39 c.p.c.

In linea di principio, nessuno negava che le peculiarità che caratterizzavano gli arbitri rispetto ai giudici statali (quanto, ad esempio, ai criteri e alle modalità della loro designazione, al carattere, solo temporaneo o permanente, del lodo incarico, nonché alla natura dell’attività da essi esercitata) impedissero una pedissequa assimilazione dei primi ai secondi³¹³. Anzi, non pochi autori (in particolare quelli riconducibili al filone privatistico-negoziale) ritenevano che la riforma del 1994 avesse definitivamente sancito l’improponibilità di quelle tesi che avevano tentato di ricostruire i rapporti tra arbitri e giudici statali in termini di cooperazione alla formazione della fattispecie complessa denominata “sentenza arbitrale”³¹⁴, segnando addirittura, secondo altri, il definitivo tramonto della teoria giurisdizionale dell’arbitrato³¹⁵.

³¹² V., in particolare, E. FAZZALARI, *L’arbitrato*, cit., 43; ID., *La nuova disciplina dell’arbitrato*, cit., 144; G. SCHIZZEROTTO, *Dell’arbitrato*, cit., 39.

³¹³ In tal senso F. LEPRI, *Arbitrato rituale, pendenza della stessa causa*, cit., 375; R. VACCARELLA, *Questioni di litispendenza e competenza*, cit., 267 ss.; ID., *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale*, cit., 329 ss.; G. VERDE, in *Diritto dell’arbitrato rituale*, cit., 19-20.

³¹⁴ Era questa la tesi di F. CARNELUTTI, da non confondere con quella del G. CHIOVENDA, che costruiva i rapporti tra arbitri e giudice in termini di cooperazione dei primi alla preparazione della materia logica della sentenza, costituita, quest’ultima, *esclusivamente* dal decreto del pretore.

³¹⁵ G. MONTELEONE, *Diritto processuale civile*, II, Padova 1995, 482; LF. LEPRI, *Arbitrato rituale*, cit., 378; R. VACCARELLA, *Questioni di litispendenza e competenza*, cit., 271.

Tuttavia, si faceva notare che, se l'alterità tra arbitrato e giurisdizione statale non aveva rappresentato, per l'orientamento favorevole al sistema delle "vie parallele", un *inaggrabile ostacolo* a ricondurre, sotto il profilo teorico-dogmatico, la devoluzione di una lite agli arbitri a quel criterio di "legittimazione interno all'ordine giudiziario"³¹⁶ nel quale si risolve la competenza³¹⁷ (assimilando l'*exceptio compromissi* ad un'eccezione di *incompetenza* per territorio derogabile ed estendendo al rapporto arbitro-giudice alcune delle norme del codice di rito applicabili al rapporto tra giudici ordinari, tra cui, ad esempio, l'esperibilità del regolamento di competenza avverso la decisione con cui il giudice statale affermasse o declinasse la propria *potestas iudicandi* in presenza di un patto arbitrale), non sarebbe stato così peregrino adottare il *medesimo pragmatismo* per regolare il problema dei conflitti (positivi e negativi) di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione, estendendo così ai rapporti arbitro-giudice *tutte le norme previste dal codice di rito in tema di competenza*, tra cui, appunto, anche l'istituto della litispendenza ai sensi dell'art. 39 c.p.c., onde evitare aporie sistematiche ed arbitrarietà interpretative³¹⁸.

In caso contrario, sarebbero apparsi del tutto irragionevoli gli sforzi interpretativi per promuovere l'applicabilità, analogica od estensiva, di norme volte a risolvere, *in via successiva*, i conflitti pratici tra lodo e sentenza (in particolare gli istituti di cui agli artt. 295 c.p.c. e 395, n. 5, c.p.c., anche contro la sentenza che fosse contraria a precedente lodo non più impugnabile), a fronte della persistente esclusione dell'applicabilità dell'unico rimedio che consentisse di arrestare tali conflitti *in via preventiva* (ovvero quello di cui all'art. 39 c.p.c.).

In base a tale impostazione, ad esempio, Verde suggeriva di procedere ad un'interpretazione *non letterale* del termine *giudice*, di cui agli artt. 39 e 50 c.p.c., sì da includervi non solo gli organi pubblici appartenenti all'ordinamento giudiziario nazionale, ma anche soggetti privati e purtuttavia investiti della funzione dello *ius dicere*, quali, appunto, gli arbitri rituali³¹⁹.

³¹⁶ V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, 146.

³¹⁷ A sostegno di ciò v. R. VACCARELLA, *Questioni di litispendenza e competenza*, cit., 272; ID., *Lodo rituale e sospensione dell'esecutività dopo la riforma dell'arbitrato*, in *Riv. arb.* 1995, 696 ss., 703, per il quale: "(...) il nuovo articolo 828 attribuisce alla Corte d'appello una vera e propria competenza per materia, dove la 'materia' è costituita dall'essere oggetto di impugnazione un lodo: ai fini della competenza della Corte, sono irrilevanti sia il valore sia la materia della controversia decisa dal lodo, ed è rilevante solo il fatto che la decisione è stata resa con un lodo. Insomma, la competenza della Corte si radica in ragione della natura privata della decisione, e non dell'oggetto di essa".

³¹⁸ V. F. LEPRI, *Arbitrato rituale*, cit., 378; R. VACCARELLA, *Questioni di litispendenza e competenza*, cit., 272.

³¹⁹ G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., 19-20. Ciò detto, lo stesso autore riconosceva tuttavia che: "[s]otto il profilo sistematico è facile paventare l'obiezione secondo cui non sarebbe possibile uscire dalla seguente alternativa: o gli arbitri sono 'giudici' e, quindi, i rapporti

18.2. ... nel contesto della tesi in favore dell'applicabilità analogica del regime ex art. 7, l. n. 218 del 1995 c.p.c.

A conclusioni parzialmente differenti giungeva chi riteneva che l'arbitrato fosse (e sia) un fenomeno di origine e natura bensì innegabilmente privatistiche, ma, dal punto di vista funzionale, *sostanzialmente* giurisdizionale³²⁰.

In base alla considerazione che la funzione dell'arbitro consisterebbe nel risolvere una lite a seguito di un processo, con un atto di accertamento di per sé efficace nell'ordinamento, senza bisogno di alcun riconoscimento o "vidimazione" da parte dell'autorità giudiziaria (salvo per la necessità di ottenere l'*exequatur* in relazione a pronunce arbitrali di condanna), l'arbitro, pur non appartenendo strutturalmente all'organizzazione giudiziaria statale, avrebbe dovuto essere assimilato ad un organo *lato sensu* giurisdizionale, come attestava il fatto, secondo questo orientamento, che gli effetti dell'atto di accertamento da esso compiuto, una volta divenuto inoppugnabile, fossero spendibili, tramite un'*exceptio rei per arbitratum finitae*, in un processo statale pendente sul medesimo rapporto sostanziale o su un rapporto dipendente, al pari di quanto accadeva per gli effetti di un giudicato statale. Non v'era dunque ragione per predicare l'inapplicabilità dell'istituto della litispendenza ai rapporti arbitro-giudice, dal momento che l'eccezione di litispendenza è da sempre considerata un'eccezione di cosa giudicata *anticipata*.

L'assimilazione, tuttavia, dell'arbitro, alla figura di un giudice (per quanto *privato*) non appartenente alla stessa giurisdizione del giudice ordinario nazionale, induceva questo orientamento ad individuare una disciplina di diritto positivo applicabile in via analogica *diversa* da quella di cui all'art. 39 c.p.c., pensata per regolare i rapporti tra giudici statali nazionali.

Bove, ad esempio, richiamava l'art. 7, l. 31 maggio 1995, n. 218, che governa il rapporto tra giudici appartenenti a *giurisdizioni diverse* e prevede presupposti e rimedi diversi rispetto a quelli di cui all'art. 39 c.p.c.³²¹.

con i giudici dello Stato vanno inquadrati nell'ambito della giurisdizione, così che gli artt. 39, comma 1 e 50 c.p.c., se fossero applicabili, lo sarebbero soltanto per via di una improbabile analogia; ovvero gli arbitri sono 'incaricati privati' delle parti ed, in tal caso, non vi è possibilità di applicare le norme che presuppongono, comunque, un rapporto fra giudici, appartenenti o no ad uno stesso ordine. Se si volesse essere assolutamente coerenti e dovendo scegliere, l'unica soluzione possibile, dal nostro punto di vista, sarebbe la seconda (...)"

³²⁰ M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, cit., 511; ID., *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, cit., 409 ss.

³²¹ Ai sensi dell'art. 7 della l. 31 maggio 1995, n. 218: "Quando, nel corso del giudizio, sia eccepita la previa pendenza tra le stesse parti di domanda avente il medesimo oggetto e il medesimo titolo dinanzi ad un giudice straniero...". Quanto al regime processuale della detta eccezione, da una parte, v'era chi sosteneva che ad essa avrebbero dovuto essere applicate le preclusioni previste dal codice di rito agli artt. 167 e 180 c.p.c. (così C. CONSOLO, *Profili della litispendenza internazionale*, in *Processo civile e riforma del diritto internazionale privato*, Milano 1997, 71 ss.); dall'altra,

Anziché imporre al giudice successivamente adito di spogliarsi della causa in base al criterio della mera prevenzione, l'art. 7, l. n. 218 del 1995 gli impone (o, nel caso di nesso di pregiudizialità-dipendenza tra le due cause, gli consente, a seguito di una valutazione discrezionale) *la sospensione del giudizio*, ove ricorrano *due condizioni*: la previa pendenza della stessa lite tra le stesse parti dinanzi ad un altro giudice (straniero) e la “(...) *positiva prognosi di riconoscibilità dell'emananda sentenza straniera*”³²².

Il concetto di prognosi di riconoscibilità dell'emananda sentenza straniera rimanda alla circostanza che, nel sistema di cui alla l. n. 218 del 1995, nell'ipotesi di eccezione di litispendenza sollevata nel corso del giudizio davanti al giudice ordinario, questo sospenda il giudizio: “(...) *se ritiene che il provvedimento straniero possa produrre effetto per l'ordinamento italiano*”. Il giudizio italiano potrebbe invece proseguire ove il giudice straniero *dovesse declinare la propria giurisdizione o se il provvedimento straniero non venisse riconosciuto nell'ordinamento italiano*. È l'art. 64 a determinare i parametri alla luce dei quali condurre la valutazione circa l'idoneità della sentenza straniera ad essere riconosciuta in Italia, tra cui particolare rilievo assume, nell'ottica di una sua possibile trasposizione analogica al caso dei rapporti tra giudice statale ed arbitro³²³, il primo di essi (lett. a), per il quale: “(...) *a) il giudice che l'ha pronunciata poteva conoscere della causa secondo i principi sulla competenza giurisdizionale propri dell'ordinamento italiano*”.

Una “prognosi di riconoscibilità” applicata ai rapporti tra giudizio arbitrale e giudizio statale implicava che l'arbitro successivamente adito avrebbe dovuto arrestare il procedimento incardinato dinanzi ad esso in base ad una valutazione sommaria da cui emergesse, ad esempio, *la mancanza di un patto compromissorio*, potendolo al contrario proseguire in caso di esito positivo dell'indagine (*prima*

v'era chi riteneva che essa fosse rilevabile *in ogni stato e grado del procedimento* (così G. BALENA, *I nuovi limiti della giurisdizione italiana (secondo la legge 31 maggio 1995, n. 218)*, in *Foro it.* 1996, V, 209 ss.). M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, cit., 514, riteneva che, nel nostro ordinamento, non fosse *configurabile un'eccezione di parte proponibile in ogni stato e grado del giudizio*, e, di conseguenza, l'alternativa sussisteva unicamente tra ammettere la *rilevabilità d'ufficio dell'eccezione di litispendenza internazionale* (alla stregua di quanto avveniva in relazione agli artt. 39 c.p.c. e 21 della Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale del 27 settembre 1968) e assoggettare la detta eccezione, rilevabile *solo su istanza di parte, alle preclusioni di cui agli artt. 167 e 180 c.p.c.* La prima soluzione appariva all'autore preferibile, onde evitare che, aderendo a quella contraria, si giungesse ad una sostanziale inapplicabilità dell'art. 64 della l. 31 maggio 1995, n. 218. Infatti, ove nel processo italiano non fosse più spendibile l'eccezione di litispendenza internazionale, sarebbe stato necessario ritenere che fosse l'attività giurisdizionale italiana a dover prevalere, anche se iniziata dopo l'inizio del processo straniero, per cui: “(...) quando sopraggiunge il giudicato straniero, non sembra che questo potrebbe essere riconosciuto, pur essendo prodotto da un processo iniziato prima di quello italiano”.

³²² M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, cit., 514.

³²³ M. BOVE, *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, cit., 423; ID., *Arbitrato e litispendenza*, cit., 515.

facie) circa l'esistenza, la portata e la validità di detto patto. Specularmente, il giudice statale *successivamente* adito avrebbe dovuto arrestarsi a seguito di una valutazione *sommatoria*, positiva, sulla sussistenza dei requisiti di esistenza e validità del patto compromissorio. La soluzione proposta da Bove (che non concedeva nulla al *favor arbitratus*, di cui secondo l'autore non v'era alcuna traccia nelle norme del nostro ordinamento, al contrario, ad esempio, di quanto riscontrabile nell'ordinamento francese, che aveva adottato il c.d. effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz*) implicava bensì l'operatività del meccanismo della prevenzione, attenuata, però, dalla possibilità, per l'organo adito per secondo, di compiere un accertamento preliminare relativo al patto compromissorio.

Tuttavia (e in ciò risiedeva la differenza con il sistema delle "vie parallele"), tale accertamento non sarebbe dovuto avvenire *con cognizione piena*³²⁴, ma (*ad instar* di quanto avviene nell'ambito della Convenzione Europea del 1961, il cui art. VI, comma 3 rinvia alla nozione di "gravi motivi"³²⁵ o, nell'ambito dell'ordinamento francese che limita la cognizione del giudice statale, nel caso in cui non sia già pendente un giudizio arbitrale, alle ipotesi di "manifesta nullità o inapplicabilità" del patto arbitrale³²⁶), tendenzialmente solo quando l'oggetto controver-

³²⁴ Il giudice statale, cioè, avrebbe dovuto sospendere il giudizio, rilevando l'esistenza della convenzione d'arbitrato, *senza particolari approfondimenti in ordine alla sua validità e ampiezza*, mentre gli arbitri avrebbero dovuto arrestare il procedimento constatando la carenza del patto compromissorio o proseguirlo, *in ragione della semplice esistenza dello stesso* (così C. RASIA, *Il conflitto transnazionale tra giurisdizione ordinaria e arbitrato sulla medesima lite. Spunti su un principio di «lis alibi pendens» nell'arbitrato internazionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 1078 e 1093; M. BOVE, *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 444; ID., *Rapporti tra arbitro*, cit., 423; ID., *Arbitrato e litispendenza*, cit., 515).

³²⁵ Il testo del citato art. VI (rubricato *Competenza giudiziaria*), comma 3, recita testualmente: "Qualora, prima di qualsiasi ricorso ad un tribunale giudiziario, una procedura di arbitrato sia stata introdotta, i tribunali giudiziari degli Stati contraenti, investiti successivamente di una istanza sulla medesima vertenza tra le stesse Parti oppure di una istanza sulla constatazione dell'inesistenza, della nullità o della caducità della convenzione d'arbitrato, si asterranno, salvo gravi motivi, dal pronunciarsi sulla competenza dell'arbitro fino alla pronuncia della sentenza arbitrale". Per un approfondito esame di questa disposizione, v. *infra*, il sesto capitolo. All'art. VI, comma 3 della Convenzione di Ginevra fa riferimento anche S. LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., 44, che nega, peraltro, la possibilità di applicare la soluzione ivi prevista ai rapporti arbitro – giudice domestici (sospensione, salvo gravi motivi, del processo ordinario fino alla pronuncia della sentenza arbitrale): (...) "in coerenza alle premesse" da lui accolte, e rappresentate dall'esclusione dell'ammissibilità dell'istituto della litispendenza tra processo ordinario e giurisdizionale di cui all'art. 39 c.p.c. e dall'insensibilità del processo arbitrale al processo giudiziario sancita dal testo dell'art. 819 *bis* introdotto dalla riforma del 1994. Norma, quest'ultima, che rendeva irrilevante la connessione tra i due procedimenti (quale si sarebbe avuta nel caso in cui nell'uno e nell'altro si fosse discusso, ad esempio, della sussistenza dei requisiti di validità ed esistenza del patto compromissorio).

³²⁶ Secondo la previsione dell'art. 1458 c.p.c.: "(...) *la jurisdiction doit également de déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle*".

so apparisse relativo a diritti indisponibili, oppure apparisse *chiaramente* non rientrante nell'ambito di applicazione del patto compromissorio, o il patto stesso fosse, *altrettanto chiaramente*, invalido.

La soluzione così proposta si poneva dunque a metà strada tra quella propria del sistema delle "vie parallele" e quella riconducibile all'operatività della disciplina domestica in tema di litispendenza, così come sostenuta dagli autori menzionati in precedenza: *il criterio della prevenzione sarebbe stato bensì operante, ma mitigato* dalla possibilità di un accertamento, tendenzialmente sommario (più *prima facie* che *funditus*) sulla competenza arbitrale.

L'accennata sommarietà dell'accertamento compiuto dall'organo adito per secondo, se da un lato agevolava il coordinamento tra le due procedure rispetto al sistema delle vie "parallele" (che richiede, invece, un esame pieno e senza limitazioni, da parte del giudice e dell'arbitrato, dei presupposti della rispettiva *potestas iudicandi*), attenuando al contempo l'automatismo insito nel criterio della prevenzione, dall'altro ampliava lo spettro dei profili sottoposti alla cognizione dell'organo adito per secondo, dal momento che la prognosi di riconoscibilità (i.e. di futura efficacia del lodo nell'ordinamento), ove svolta alla luce dell'art. 829 c.p.c. (per trasposizione analogica rispetto all'art. 64 della l. n. 218 del 1995) non avrebbe dovuto essere limitato alla valutazione della validità ed efficacia di un patto arbitrale (motivo contemplato dall'art. 829, comma 1, n. 1, c.p.c.), ma avrebbe finito per abbracciare altresì tutti i potenziali motivi di annullamento di un lodo codificati dall'art. 829 c.p.c. Così, il giudice adito per secondo avrebbe potuto decidere di non sospendere il giudizio instaurato dinanzi a lui se riteneva che gli arbitri non fossero stati nominati con le forme e nei modi prescritti nei capi II e VI del titolo VIII del codice (purché la nullità fosse stata dedotta nel giudizio arbitrale) (art. 829, comma 1, n. 2, c.p.c.); oppure perché riteneva che nel procedimento arbitrale non fossero state osservate le forme prescritte dalle parti sotto espressa sanzione di nullità e, in ragione dello stato avanzato del procedimento o di preclusioni eventualmente maturate nel corso del giudizio arbitrale, la nullità non fosse stata sanata (art. 829, comma 1, n. 7, c.p.c.); o, ancora, se riteneva che nel procedimento, almeno fino al momento in cui avrebbe dovuto svolgere la prognosi di futura efficacia del lodo, non fosse stato osservato il principio del contraddittorio (art. 829, comma 1, n. 9, c.p.c.) e così via.

Insomma, se in linea di principio la soluzione proposta – che non discriminava tra la posizione del giudice e quella dell'arbitro, evitando di predisporre meccanismi di favore per l'uno o per l'altro –, apparentemente introduceva un elemento di automatismo (tipico della prevenzione) per regolare i rapporti tra giudice e arbitro, la sua applicazione pratica, in ragione delle condizionalità imposte dalla legge per il verificarsi di quell'automatismo, rischiava, in dipendenza delle circostanze del caso concreto, di caratterizzarsi per una macchinosità addirittura maggiore di quella originante dall'applicazione del sistema delle "vie parallele".

SEZIONE QUARTA

ALCUNE RICOSTRUZIONI MINORI.

LA LITISPENDENZA TRA PROCEDIMENTI ARBITRALI

19. *Introduzione*

Per completare il quadro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale sviluppatosi sul tema dei conflitti tra arbitrato e giurisdizione statale nel regime normativo pre-riforma del 2006, un breve cenno merita, da un lato, alcune ricostruzioni minori, invero piuttosto isolate e senza particolare seguito in giurisprudenza e, dall'altro, il problema della litispendenza tra procedimenti arbitrali.

20. *La risoluzione dei conflitti arbitro-giudice alla luce della tesi dell'exceptio compromissi come carenza di interesse ad agire*

Una tesi peculiare, che si discostava sensibilmente dall'orientamento dominante delle "vie parallele", era quella elaborata dalla Tombari³²⁷; secondo cui: "(...) *la stipulazione di un valido compromesso importa[va], come riflesso, il venire meno dell'interesse ad agire giudizialmente*"³²⁸.

Per quanto atteneva al regime processuale dell'eccezione di compromesso, se-

³²⁷ Per la G. TOMBARI, *Natura e regime giuridico dell'eccezione*, cit., 1059 ss., nel quadro di una concezione *sostanzialmente privatistica* del fenomeno arbitrale, gli arbitri erano dei privati, che svolgevano un'attività privata, la cui deliberazione aveva il valore di un *atto privato di accertamento*, cui la legge, previo ottenimento da parte dello stesso dell'*exequatur* pretorile, conferiva l'efficacia tipica della sentenza.

³²⁸ Corsivo nostro. Secondo l'autrice, con il compromesso le parti non disponevano delle loro situazioni giuridiche processuali: in particolare, non rinunciavano convenzionalmente all'azione – come invece sostenuto da G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, cit., 108 e E. RIDENTI, *Diritto processuale civile*, cit., 506 – perché, se così fosse, non si spiegava perché, da una parte, pur in presenza di compromesso, il giudizio instaurato da una parte e nel quale non veniva proposta la relativa eccezione, potesse legittimamente svolgersi e condurre ad una decisione nel merito; dall'altra, perché nessuna sanzione fosse posta a carico di chi, pur in presenza di un valido accordo compromissorio, e quindi, secondo l'opinione criticata, in presenza di una rinuncia convenzionale all'azione, proponesse ugualmente domanda al giudice. Il vero oggetto di quell'atto di disposizione negoziale che era il patto compromissorio sarebbe dunque stato *non tanto l'azione, quanto la situazione sostanziale stessa*, che veniva delimitata e deferita dalla decisione degli arbitri: "(...) è poi questa modificazione giuridica negoziale che, qualificata ormai come fatto, induce una modificazione automatica, indiretta delle situazioni soggettive processuali dei soggetti compromittenti" (G. TOMBARI, *Natura e regime giuridico dell'eccezione*, cit., 1057).

condo l'autrice si trattava di eccezione *in senso stretto*, rilevabile dunque solo ad istanza di parte e *in limine litis*³²⁹, la cui mancata o intempestiva proposizione integrava un: "(...) *atto concludente, dal quale dedurre, coordinandolo con l'atto di proposizione della domanda da parte dell'attore, una rinuncia tacita delle parti al negozio di compromesso precedentemente concluso*"³³⁰.

A tale conclusione l'autrice giungeva partendo dalla premessa che esistesse un'inconciliabilità tra l'autonoma manifestazione di volontà delle parti espressa nel compromesso e la pretesa che a risolvere la controversia coperta da quel medesimo patto fosse l'autorità giudiziaria. L'omesso rilievo dell'esistenza di un patto arbitrale, a fronte dell'iniziativa giudiziale della controparte, avrebbe avuto l'effetto di una implicita manifestazione di volontà delle parti di recedere dal precedente accordo: "(...) *il quale, una volta rescisso per questa via, non potrà più essere invocato in maniera rilevante*"³³¹. Un lodo pronunciato dagli arbitri, nonostante l'omessa (o intempestiva) eccezione di carenza di *potestas iudicandi* del giudice adito in ragione dell'esistenza di un valido patto arbitrale, sarebbe dunque risultato nullo, o addirittura inesistente, per *carezza assoluta di patto compromissorio*.

In relazione al tema dei possibili conflitti tra arbitrato e giurisdizione ordinaria, la Tombari distingueva due ipotesi: quella in cui vi fosse stata *un'espressa revoca* dell'incarico conferito agli arbitri, da quella in cui le parti, per qualsivoglia ragione, avessero invece adito il giudice *senza informarne gli arbitri*. Nella ricostruzione dell'autrice, mentre la prima ipotesi non dava luogo ad alcun problema di coordinamento tra i due procedimenti, venendo automaticamente meno quello arbitrale e rimanendo aperte le sole vertenze attinenti al rapporto privatistico di locazione d'opera che legavano le parti agli arbitri, all'interno della seconda ipotesi si sarebbero dovute ulteriormente distinguere due situazioni, profondamente diverse tra loro, a seconda che gli arbitri *fossero venuti o meno a conoscenza* della contemporanea pendenza dell'altro processo sulla medesima causa.

Sebbene, in entrambe le ipotesi, il patto dovesse considerarsi *tacitamente risolto*, la rilevanza della *consapevolezza* degli arbitri poteva avere implicazioni diverse. Nel primo caso, l'eventuale conflitto tra lodo e sentenza andava risolto secondo i principi applicabili al caso più generale di conflitto fra due giudicati statali sullo stesso oggetto. Nel secondo caso, invece, gli arbitri avrebbero dovuto sospendere il procedimento, senza pronunciarsi sul merito, né depositare il lodo presso il pre-

³²⁹ Essendo il compromesso atto di autonomia privata, dal necessario rispetto del principio dispositivo conseguiva che gli effetti collegati ad esso, proprio perché derivanti da un atto "autonomo", dovessero essere sottratti al potere di controllo e di rilevazione del giudice, per essere invece rimessi alla esclusiva disponibilità delle parti (G. TOMBARI, *Natura e regime giuridico dell'eccezione*, cit., 1072).

³³⁰ G. TOMBARI, *Natura e regime giuridico dell'eccezione*, cit., 1074.

³³¹ G. TOMBARI, *Natura e regime giuridico dell'eccezione*, cit., 1074.

tore³³², in quanto: “(...) *solo il compromesso conferisce giuridica rilevanza all’atto degli arbitri, che altrimenti rimarrebbe indifferente per l’ordinamento al pari di un qualsiasi giudizio privato*”. In altri termini, la contemporanea pendenza della stessa causa dinanzi al giudice e all’arbitro (preventivamente adito), unita al mancato esperimento dell’eccezione di compromesso, poteva generare, *a seconda della conoscenza che gli arbitri avessero avuto della pendenza dell’altro processo*, due giudicati contraddittori, oppure la prevalenza del giudizio statale su quello arbitrale. In ogni caso, secondo l’autrice, nei rapporti arbitro-giudice non poteva operare il criterio della prevenzione³³³.

L’elemento peculiare della tesi della Tombari risiedeva non tanto nel fatto che essa attribuisse un’efficacia *sostanziale* al comportamento della parte che, convenuta dinanzi al giudice statale, *omettesse* di proporre tempestivamente l’eccezione

³³² Le opinioni espresse dall’autrice sono molto risalenti (lo scritto richiamato nelle note è del 1964), quando ancora, secondo il codice di procedura civile in vigore, il deposito del lodo era affidato agli arbitri. La riforma dell’83 aveva modificato questo aspetto, rimettendo il procedimento per ottenere l’*exequatur* all’iniziativa della parte vittoriosa.

³³³ Secondo G. TOMBARI, *Natura e regime giuridico dell’eccezione*, cit., 1081, infatti, indipendentemente dal momento della rispettiva instaurazione, si poteva avere, alternativamente: “[la] prevalenza del mezzo processuale sul mezzo arbitrale, nel senso che, se entrambi vengono contemporaneamente esperiti, le parti possono certo far prevalere il secondo con un atto volontario di contenuto esplicito, qual è la proposizione dell’eccezione di compromesso, ma, per converso, se tale atto esplicito manca, il procedimento ordinario torna ad assumere valore esclusivo, implicando la perdita della rilevanza dell’attività privata degli arbitri”. Per l’autrice, la prevalenza del procedimento giudiziale su quello arbitrale, oltre che nell’ipotesi della mancata proposizione dell’eccezione di compromesso (integrante, secondo la sua impostazione, una *risoluzione tacita dell’accordo*), si sarebbe dunque verificata anche nel caso in cui l’eccezione, pur ritualmente proposta, non fosse stata accolta. In tal caso: “(...) il giudice continuerà nell’istruzione della causa e solo in sede definitiva, insieme col merito, giudicherà anche di tale eccezione di difetto di interesse ad agire. Nell’un caso come nell’altro, la sentenza potrà essere impugnata dalla parte soccombente solo con i mezzi di impugnazione normali (...)” (G. TOMBARI, *Natura e regime giuridico dell’eccezione*, cit., 1077). Non era peraltro chiaro se questa situazione fosse da qualificarsi come fattispecie *ulteriore* rispetto a quella, rispettivamente: di mancata proposizione dell’eccezione nell’ipotesi in cui vi fosse però la consapevolezza degli arbitri dell’esistenza dell’altro processo (con il conseguente effetto di risolvere tacitamente l’accordo e far venir meno il potere degli arbitri); di mancata proposizione dell’eccezione *in assenza della summenzionata consapevolezza* (che avrebbe prodotto il risultato di avere due giudicati, entrambi validi, sullo stesso rapporto sostanziale), o, infine, di accoglimento dell’eccezione ritualmente proposta (che avrebbe comportato il venir meno del giudizio ordinario e la prevalenza di quello arbitrale). Forse l’accostamento dell’ipotesi in esame alla seconda delle fattispecie illustrate appariva la più consona, in quanto in entrambi i casi il giudizio ordinario sarebbe proseguito fino alla sua naturale conclusione, la decisione nel merito (anche se nulla si diceva delle sorti del giudizio arbitrale pendente). Tuttavia, secondo le premesse dell’autrice, non appariva corretto equiparare la mancata proposizione dell’eccezione di compromesso (che significava rinuncia, consensuale, all’accordo) al caso di eccezione *ritualmente proposta ma rigettata*, in cui v’era al contrario la riaffermazione della validità del patto e della perdurante volontà di rispettarlo.

di patto compromissorio *in limine litis* (tesi invero abbastanza diffusa nel vigore del precedente impianto normativo), quanto, piuttosto, nel fatto che attribuisse valore decisivo ad un profilo soggettivo, rappresentato dalla *consapevolezza* degli arbitri circa la contemporanea pendenza di un giudizio ordinario sulla medesima causa.

Tale ricostruzione, indubbiamente originale, non era tuttavia esente da critiche e perplessità. Una volta collegato, alla mancata proposizione dell'eccezione di compromesso in sede giudiziale, l'effetto di una *risoluzione tacita dell'accordo*, la condotta processuale delle parti avrebbe dovuto già di per sé stessa ripercuotersi sul piano oggettivo, comportando il venir meno del fondamento della *potestas iudicandi* degli arbitri, sì da privare il procedimento arbitrale, *in ogni caso*, di rilevanza giuridica³³⁴, senza alcuna necessità di ricorrere ad un ulteriore elemento, quello soggettivo della *consapevolezza degli arbitri*, dalla cui sussistenza o meno l'autrice faceva invece discendere due soluzioni diametralmente opposte (cessazione del giudizio arbitrale o, al contrario, coesistenza di due atti decisori, dotati entrambi dell'autorità e dell'efficacia della cosa giudicata).

Insomma, non si comprende l'utilità del concorso di un presupposto di tipo soggettivo, quando bastava quello oggettivo a sancire l'invalidità della decisione arbitrale, come tale soggetta all'impugnazione per nullità, *salvo poi decidere sotto quale profilo* (i.e. in base ai nn. 1 o 4 del prev. art. 829, comma 1, c.p.c.).

Al netto della rilevanza del cennato criterio soggettivo, non veniva poi comunque affrontato espressamente il caso in cui gli arbitri, cui risultasse la pendenza dell'altro processo (e che avrebbero perciò avuto l'obbligo di sospendere il procedimento), omettessero di farlo, proseguendo nella trattazione e pervenendo financo alla pronuncia di un lodo sul merito. Ciò che lasciava all'interprete il dubbio se, in tal caso, si dovesse fare applicazione della disciplina prevista per l'ipotesi di *ignoranza* degli arbitri (rimandando dunque tutto al momento del coordinamento fra giudicati), oppure se si dovesse dare prevalenza al giudizio ordinario, come sarebbe accaduto se gli arbitri avessero rinunciato a proseguire il procedimento (pur essendoci, in questa ipotesi, a differenza dell'altra, una deliberazione arbitrale, magari già depositata e non impugnata).

Né l'autrice si peritava di indicare la soluzione da adottare in relazione a tutta una serie di altre situazioni astrattamente ipotizzabili. Si pensi al caso in cui, nel giudizio ordinario, instaurato successivamente a quello arbitrale, l'eccezione proposta venisse rigettata ed il giudice pronunciasse nel merito; oppure al caso in cui,

³³⁴ G. TOMBARI, *Natura e regime giuridico dell'eccezione*, cit., 1080. L'oggettivo venir meno della *potestas iudicandi* degli arbitri, in conseguenza dell'estinguersi del patto compromissorio, era evidenziata con insistenza dall'autrice: "(...) il venir meno del compromesso non è di per sé causa immediata dell'impossibilità dell'attività arbitrale, ma lo diventa mediatamente, in quanto annulla il presupposto della rilevanza giuridica dell'atto di mero accertamento degli arbitri".

nel giudizio ordinario, *previamente instaurato*, non venisse proposta l'eccezione, o la stessa venisse proposta fuori termine dalla parte convenuta, oppure la parte convenuta non si costituisse.

In tali casi, non era chiaro se, tenendo ferme le conclusioni dell'autrice (secondo cui la mancata proposizione dell'eccezione implicava la risoluzione dell'accordo compromissorio), l'assenza del presupposto in base al quale potesse dirsi legittimamente instaurato l'eventuale successivo giudizio arbitrale imponesse agli arbitri di sospendere il procedimento (laddove fossero a conoscenza della pendenza del procedimento ordinario – potendo viceversa quest'ultimo proseguire in mancanza della detta consapevolezza); oppure se *l'instaurazione successiva* del procedimento arbitrale comportasse la *riaffermazione* della volontà delle parti di avvalersi di tale strumento alternativo di tutela, ripristinando così l'accordo precedente e facendo conseguentemente venir meno l'interesse dell'attore ad agire per via giudiziaria.

D'altra parte, non era chiaro, aderendo a tale ultima ipotesi ricostruttiva, quale dovesse essere la sorte del giudizio ordinario precedentemente instaurato e se si dovesse attendere la fine di entrambi per stabilire quale dei due giudicati avrebbe prevalso sull'altro.

Insomma, la novità dell'elemento soggettivo della consapevolezza degli arbitri, che caratterizzava la tesi della Tombari, in uno con il disconoscimento del ruolo equilibratore del principio *Kompetenz Kompetenz*, lungi dal semplificare il quadro complessivo dei rapporti arbitro-giudice statale, finiva per renderne più macchinoso il coordinamento.

21. *L'estensione analogica della normativa sulla connessione; il ricorso all'art. 700 c.p.c.; la valutazione discrezionale caso per caso*

Per finire si segnalano alcune ricostruzioni peculiari, che, in un modo o nell'altro, nel contesto normativo pre-riforma del 2006, caratterizzato dall'assenza di significativi dati normativi che disciplinassero la problematica, miravano a puntellare l'autonomia dell'arbitrato rispetto alle ingerenze e interferenze della giurisdizione ordinaria, con particolare riferimento al caso della pendenza parallela di due giudizi sulla medesima causa.

Vincere, ad esempio (alla cui posizione può essere affiancata quella di Mirabelli) suggeriva di applicare analogicamente, al caso che ci occupa, la previsione di cui al *previg. art. 819 bis c.p.c.*, secondo cui: "(...) *la competenza degli arbitri non è esclusa dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente dinanzi al giudice*". Secondo l'autrice, che partiva dal presupposto che la litispendenza fosse una forma *particolarmente intensa* di connessione, tale norma conte-

neva un *principio generale* regolatore della materia: allo stesso modo in cui il potere decisorio degli arbitri non era pregiudicato dalla connessione tra la controversia ad essi sottoposta e quella pendente davanti al giudice togato (anche ove incardinata successivamente all'avvio della procedura arbitrale), parimenti quel potere sarebbe risultato insensibile alla contemporanea pendenza, in sede giudiziale, della medesima causa dedotta dinanzi ad essi³³⁵.

La China, dal canto suo, suggeriva di ricorrere all'art. 700 c.p.c., per inibire all'arbitro di procedere finché la convenzione arbitrale fosse contestata di fronte al giudice³³⁶. In questa ricostruzione si palesava un indiretto richiamo all'istituto di matrice anglosassone delle *antisuit / anti-arbitration injunctions*.

Una menzione va infine fatta, *en passant*, a quelle tesi (meglio sarebbe definirli approcci casistici integrativi nell'ambito di diverse e più articolate ricostruzioni teoriche) a favore dell'adozione, da parte degli organi coinvolti in una situazione di parallelismo di procedure, di una *valutazione discrezionale, caso per caso*, fondata essenzialmente su considerazioni di opportunità, *ad instar* di quanto avviene nell'ambito delle giurisdizioni di *common law* con la dottrina del *forum non conveniens*. Tale approccio è stato adottato da più di un autore, generalmente *in via supplementare*, ossia quale correttivo rispetto all'applicazione di mezzi di coordinamento o di eliminazione di una situazione di litispendenza tendenzialmente *automatici*, quali quello dell'immediata chiusura in rito del processo arbitrale per previa instaurazione del processo statale.

Una serie di obiezioni rendevano tuttavia il ricorso a tali espedienti non del tutto auspicabile: ragioni *di ordine costituzionale*, essenzialmente collegate a potenziali violazioni del principio del giudice naturale preconstituito per legge; ragioni *di ordine teorico*, che imponevano, nell'ambito delle relazioni arbitro-giudice, caratterizzate da un rapporto di *potestas iudicandi* a carattere *reciprocamente esclusivo* – in relazione al quale, dunque, o è competente un organo o è competente l'altro –, che la soluzione della questione dell'individuazione del foro competente non potesse che passare, *sempre e solo*, attraverso l'accertamento della sussistenza o meno di un patto compromissorio valido ed efficace; ragioni *di ordine pratico*, consistenti nel rischio di attentare alla certezza del diritto e alla prevedibilità delle future soluzioni, nonché di disattendere le aspettative delle parti, in ragione di un potere discrezionale attribuito di volta in volta al giudice o all'arbitro e svincolato da profili oggettivi collegati ai fondamenti delle rispettive *potestates iudicandi*.

A ciò aggiungasi la considerazione che l'attribuzione indifferenziata di tale po-

³³⁵ S. VINCRE, *Note sulla sospensione dell'arbitrato rituale*, cit., 452; G. MIRABELLI, D. GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato*, cit., 94; Coll. arb. ordinanza 30 aprile 1985, in *Il Foro pad.* 1985, 433; Trib. Livorno 23 dicembre 1995, in *Foro pad.* 1996, I, 95 ss.; App. Napoli 29 settembre 1997, in *Riv. arb.* 1998, 505 ss., nt. M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*.

³³⁶ S. LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., 44.

tere discrezionale ai giudici e agli arbitri avrebbe riproposto inalterato il rischio di conflitti positivi e negativi di competenza, quale conseguenza di una sempre possibile divergenza tra le rispettive valutazioni discrezionali sul patto arbitrale.

22. *La litispendenza tra procedimenti arbitrali*

Per concludere, un cenno al tema della litispendenza tra procedimenti arbitrali. Si è visto in precedenza che, anche nell'ambito della giurisprudenza arbitrale, l'orientamento prevalente era nel senso di applicare, ai rapporti arbitro-giudice statale, il sistema delle "vie parallele"³³⁷.

Tuttavia, allorché sulla medesima causa venisse in questione un parallelismo non tra un giudizio arbitrale ed uno statale, ma tra *due procedure arbitrali*, le risposte in seno alla dottrina, e alla stessa giurisprudenza arbitrale, erano più articolate.

In dottrina, taluno riteneva che l'arbitro, adito per secondo, dovesse dichiarare, *in qualunque stato del processo*, la litispendenza, astenendosi dal pronunciare sul merito e chiudendo in rito il giudizio, *ad instar* di quanto previsto dall'art. 39 c.p.c.³³⁸. Nel caso di mancato arresto del giudizio iniziato per secondo, e della conseguente pronuncia di due decisioni arbitrali sul merito, entrambe idonee al giudicato, la composizione del conflitto sarebbe avvenuta in sede di impugnazione, nel cui ambito il giudice dell'impugnazione, una volta constatata la violazione dell'art. 39 c.p.c.³³⁹, avrebbe potuto dichiarare la *nullità di entrambe le decisioni arbitrali, provvedendo esso stesso ad una pronuncia sul merito*³⁴⁰.

³³⁷ V. *supra*, il par. 7.

³³⁸ In questo senso v., ad esempio, G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 229 ss.; ID., *L'arbitrato rituale nella giurisprudenza*, cit., 194; M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato interno*, cit., 330 ss.; D. GIACOBBE, *Questioni di litispendenza*, cit., in *Giust. civ.* 1997, I, 2451, per la quale le novità introdotte dalla riforma, se non valevano ad equiparare del tutto processo arbitrale e processo giurisdizionale, potevano però: "(...) fugare ogni dubbio circa l'applicabilità della litispendenza e continenza tra procedimenti arbitrali (sul punto Cass. 5145/1977) anche con riguardo al potere di fissare il termine per la riassunzione di cui all'art. 39 c.p.c.". Dopo la riforma del 2006, in favore dell'applicabilità dell'istituto di cui all'art. 39 c.p.c. nel caso di contemporanea pendenza della medesima causa dinanzi a due collegi arbitrali, e financo nel caso in cui il giudizio arbitrale preveniente non penda più innanzi agli arbitri, ma davanti al giudice statale dell'impugnazione del lodo, in cui sia sfociato il giudizio arbitrale incardinato per primo v. L. PENASA, *Sulla litispendenza e connessione per pregiudizialità tra giudizi instaurati davanti agli arbitri e sul recesso del socio per ampliamento della clausola compromissoria statutaria*, nota a Coll. arb. Verona 14 marzo 2008, in *Corr. giur.*, 7, 2009, 1549 ss.

³³⁹ Trattandosi di: "(...) norma di diritto processuale diretta alla regolamentazione di un canone di valore assoluto, non può essere derogata né per volere delle parti né per atto degli arbitri": così G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 230.

³⁴⁰ Così G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 230 ss.

In non poche occasioni, anche la giurisprudenza *arbitrale* si era espressa a favore dell'applicabilità dell'istituto della litispendenza (e della chiusura in rito del secondo processo), nell'ipotesi in cui sulla stessa causa fossero stati instaurati *due giudizi arbitrali*³⁴¹ e financo nel caso di parallelismo tra una causa sottoposta ad un collegio arbitrale e altra pendente in sede di impugnazione per nullità di un lodo arbitrale che avesse deciso sulla medesima causa ancora pendente nell'altra sede. Ciò perché il giudizio di impugnazione non sarebbe stato altro che la *prosecuzione del giudizio arbitrale*, rimanendo circoscritto dalla materia trattata nel lodo: "(...) *ricollegandosi, quindi, sia pure indirettamente, all'attribuzione di competenza effettuata nella clausola compromissoria*"³⁴² e perché si sarebbe stati in tal caso di fronte a competenze concorrenti in ordine alla stessa materia: "(...) *il cui discrimine è rappresentato da elementi temporali e funzionali, non del tutto sufficienti ad evitare la contemporaneità della devoluzione della stessa controversia a due giudici diversi*"³⁴³.

Una parte della dottrina, invece, negava la possibilità, nel caso di parallelismo tra due giudizi arbitrali sulla medesima causa, di un'applicazione analogica dell'art. 39 c.p.c. distinguendo, in proposito, due scenari. Da un lato, quello di un collegio arbitrale, adito per secondo e costituito *con la partecipazione di tutte le parti del primo procedimento*, nel qual caso si sarebbe avuta una *revoca tacita del mandato* dei primi arbitri, che avrebbero dovuto perciò astenersi dal compiere ogni ulteriore attività, fatto salvo, ovviamente, il loro diritto al compenso per l'opera prestata. Dall'altro, quello della costituzione del secondo collegio ad iniziativa di una sola delle parti del primo processo (tramite ricorso – ai sensi dell'art. 810 c.p.c. – alla nomina presidenziale del secondo e terzo arbitro)³⁴⁴, in relazione al quale, non potendosi ravvisare alcuna revoca congiunta dell'incarico dei primi arbitri, e non trovando applicazione l'istituto di cui all'art. 39 c.p.c., la soluzione in un senso o nell'altro avrebbe dovuto discendere dalla consapevolezza o meno che gli arbitri, incardinati per secondi, avessero avuto della pendenza del primo procedimento³⁴⁵.

Se questi venivano a conoscenza del fatto che già pendevano un procedimento

³⁴¹ V. Lodo 30 gennaio 1987, n. 11, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1988, 43, che ha ritenuto applicabile il criterio della prevenzione nell'ipotesi di litispendenza tra cause sottoposte alla cognizione di due Collegi arbitrali diversi; Coll. arb. Roma 2 marzo 1996, in *Riv. arb.* 1996, II, 353, nt. F. LEPRI, *Arbitrato rituale, pendenza della stessa causa*, cit., e in *Giust. civ.*, 1997, I, 2451, nt. D. GIACOBBE, *Questioni di litispendenza*, cit.

³⁴² Lodo 30 gennaio 1987, cit., 54.

³⁴³ Lodo 30 gennaio 1987, cit., 54.

³⁴⁴ V. G. DELLA PIETRA, in G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., 149 ss.

³⁴⁵ Sulla rilevanza che l'elemento *soggettivo* della consapevolezza degli arbitri riguardo alla contemporanea pendenza di uno stesso procedimento poteva avere sulle conseguenze giuridiche di una tale doppia pendenza, v., *supra*, la tesi della TOMBARI (sebbene l'autrice si riferisse unicamente all'ipotesi di contemporanea pendenza dello stesso procedimento dinanzi al giudice e all'arbitro).

arbitrale sulla medesima causa, avrebbero dovuto prendere atto della carenza della propria legittimazione per violazione delle regole di cui all'art. 810 c.p.c.³⁴⁶. In caso contrario, la soluzione sarebbe dipesa dal *motivo* della loro *ignoranza*; ove essa derivasse dal fatto che la parte interessata non aveva *potuto* sollevare l'eccezione (presumibilmente perché contumace), il lodo del secondo procedimento sarebbe stato impugnabile a norma dell'art. 829, comma 1, n. 2, c.p.c.³⁴⁷; ove, al contrario, l'ignoranza degli arbitri fosse dipesa dal fatto che la parte interessata, pur potendolo, *non avesse sollevato la relativa eccezione*, il secondo lodo sarebbe stato impugnabile a norma dell'art. 829, comma 1, n. 8, c.p.c. (ove uno dei due lodi, pendente l'altro processo, fosse divenuto definitivo e venisse in quello eccepito); in mancanza, si sarebbe arrivati alla classica situazione di conflitto fra giudicati, che la dottrina maggioritaria risolveva attribuendo prevalenza a quello formatosi *per secondo*³⁴⁸.

Dalla succinta esposizione che precede ci pare emerga come le diverse ipotesi ricostruttive, relative al parallelismo di giudizi arbitrali sulla medesima causa (elaborate in un contesto normativo caratterizzato dall'assenza di espresse previsioni regolatrici della materia e fatalmente soggette ad una regolamentazione per lo più plasmata per analogia), apparissero piuttosto originali, non poco arzigogolate e, in definitiva, inidonee a fornire una sistematizzazione della disciplina tale da poter essere estese ad una indefinita pluralità di fattispecie.

Si tratta, forse, dell'unico approccio possibile, considerato che ogni arbitrato è un giudizio a sé stante, in cui il collegio si costituisce, svolge la sua funzione e infine decide nel merito unicamente con riferimento ad una specifica controversia, e che, da un lato, le convenzioni arbitrali possono essere formulate nel modo più variegato possibile e, dall'altro, ogni arbitrato è soggetto a regole di procedure sue proprie, molto spesso derogabili dalle parti per venire incontro alle specifiche esigenze del caso di specie.

³⁴⁶ V. G. DELLA PIETRA, in G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., 149 ss.

³⁴⁷ La norma, per la verità, ammetteva l'impugnazione per nullità del lodo per il motivo *ivi* specificato – "(...) se gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi prescritti nei capi I e II del presente titolo" – nella misura in cui, e solo se: "(...) la nullità sia stata dedotta nel giudizio arbitrale". Per G. DELLA PIETRA, tuttavia, la non imputabilità, alla parte, della mancata sollevazione dell'eccezione, non avendo questa *potuto* sollevare la detta eccezione, avrebbe dovuto essere motivo sufficiente per giustificare un'applicazione analogica della norma *anche* all'ipotesi considerata.

³⁴⁸ Così G. DELLA PIETRA, in VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., 149 ss.

CAPITOLO 3

LA RIFORMA DEL 2006

E IL DIBATTITO DOTTRINALE E GIURISPRUDENZIALE

SOMMARIO: Introduzione. – *Sezione Prima. Il regime “generale” che governa i rapporti arbitro-giudice nel contesto normativo post-2006.* – 1. L’esatta portata del comma 2, prima parte dell’art. 817 c.p.c., alla luce dei commi 1 e 3 dell’art. 819 *ter* c.p.c.: “vie parallele”, litispendenza “a senso unico” o litispendenza “pura”? – *Sezione Seconda. Problematiche teoriche e pratico-applicative dei rapporti arbitro-giudice.* – 2. Gli effetti, solo endoprocessuali o anche extraprocessuali, della mancata o intempestiva proposizione dell’eccezione di carenza di *potestas iudicandi*, rispettivamente, degli arbitri (art. 817, commi 2 e 3, c.p.c.) e del giudice statale (art. 819 *ter*, comma 1, c.p.c.). – 2.1. La mancata proposizione dell’eccezione di carenza di *potestas iudicandi* in sede arbitrale. – 2.2. La mancata proposizione dell’eccezione di carenza di *potestas iudicandi* in sede giudiziale. – 2.3. Il divieto del *venire contra factum proprium*. – 3. La portata sistematica del comma 2 dell’art. 819 *ter* c.p.c. nell’ambito dei rapporti arbitro-giudice, e l’impatto, su di essi, della decisione della Corte costituzionale n. 223 del 2013. – 3.1. L’inapplicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, di regole corrispondenti agli artt. 44, 45, 48, 50 e 295 c.p.c. – 3.2. L’ordinanza delle Sezioni Unite del 6 dicembre 2012, n. 22002 e la decisione della Corte costituzionale del 19 luglio 2013, n. 223. – 3.3. Le questioni aperte dopo l’intervento della Consulta. – 3.3.1. L’impatto e le ricadute sistematici della riconosciuta trasmigrabilità della causa sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale. – 3.3.2. Le modalità con cui debba avvenire la trasmigrazione della causa dal giudice all’arbitro (e viceversa), al fine di preservare gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda originaria. – 4. L’inquadramento teorico e le ricadute pratiche della decisione degli arbitri sulla propria competenza e, specularmente, di quella del giudice ordinario sulla medesima questione. – 4.1. Premessa. – 4.2. La decisione, del giudice e degli arbitri, sulla *potestas iudicandi* arbitrale, alla luce della portata sistematica della norma di cui all’art. 819 *ter* comma 3 c.p.c. Introduzione. – 4.2.1. La *vexata quaestio* della proponibilità di una domanda giudiziale avente ad oggetto l’invalidità o l’inefficacia della convenzione di arbitrato nel regime pre-2006. – 4.2.1.1. L’orientamento prevalente in dottrina e in giurisprudenza, contrario all’ammissibilità di una domanda giudiziale autonoma sulla convenzione arbitrale. – 4.2.1.2. Le ragioni dell’orientamento minoritario, favorevole all’ammissibilità di una domanda giudiziale autonoma sulla convenzione arbitrale. – 4.3. Portata, contenuto ed effetti dell’istituto di cui all’art. 819 *ter*, comma 3, c.p.c., introdotto dalla riforma del 2006. – 4.3.1. I profili ricostruttivi dell’istituto su cui si registra una generale convergenza in dottrina e in giurisprudenza. – 4.3.2. I profili ricostruttivi *controversi* dell’istituto. – 4.3.3. L’inquadramento dogmatico e sistematico dell’istituto, in relazione al tema della qualificazione dell’oggetto delle decisioni, del giudice e dell’arbitro, rese sulla *potestas iudicandi* arbitrale, nell’ambito di un giudizio sul merito della lite (e della loro efficacia). – 4.4. Gli effetti delle decisioni, del giudice e dell’arbitro, sulla *potestas iudicandi* arbitrale, pronunciate nell’ambito di un giudizio vertente

sul “merito” di una disputa sostanziale. – 4.4.1. Effetti del lodo e della sentenza *definitivi* sulla *potestas iudicandi* arbitrale. – 4.4.1.1. L’orientamento contrario ad ammettere qualsivoglia efficacia extraprocessuale e vincolante alle decisioni, del giudice e dell’arbitro, rese sulla *potestas iudicandi* arbitrale. – 4.4.1.2. Gli autori contrari ad ammettere un’efficacia extraprocessuale *generalizzata* per tutte le decisioni, del giudice e dell’arbitro, rese sulla *potestas iudicandi* arbitrale. – 4.4.1.3. L’orientamento prevalente in giurisprudenza, contrario ad ammettere qualsivoglia efficacia extraprocessuale e vincolante alle decisioni, del giudice e dell’arbitro, rese sulla *potestas iudicandi* arbitrale. – 4.4.1.4. L’orientamento favorevole ad attribuire efficacia extraprocessuale e vincolante alle decisioni, del giudice e dell’arbitro, rese sulla *potestas iudicandi* arbitrale. – 4.4.1.4.1. L’inquadramento *lato sensu* “meritale” dell’oggetto delle decisioni, giudiziali e arbitrali, sulla *potestas iudicandi* arbitrale. – 4.4.1.4.2. L’inquadramento in termini processualistici dell’oggetto delle decisioni, giudiziali e arbitrali, sulla *potestas iudicandi* arbitrale: le tesi dell’antecedente logico necessario; dell’unitarietà degli effetti del giudicato; del motivo portante della decisione; dell’applicazione analogica dell’art. 59, l. n. 69 del 2009; delle insuperabili esigenze di funzionalità del sistema delle “vie parallele”. – 5. Il problema dell’impugnabilità del lodo arbitrale che abbia pronunciato, solo o anche, sulla *potestas iudicandi* arbitrale, affermandola o negandola (a fronte della pacifica impugnabilità, con il regolamento di competenza, della decisione del giudice statale sul medesimo oggetto). – 5.1. L’orientamento maggioritario contrario all’esperibilità del regolamento di competenza e le ragioni dei fautori dell’esperibilità, anche avverso il lodo che abbia pronunciato sulla *potestas iudicandi* arbitrale, del regolamento di competenza. – 5.2. Il tema della distinzione tra lodo parziale (immediatamente impugnabile) e lodo non definitivo (impugnabile solo insieme al lodo definitivo). – 6. Il sindacato della Corte d’appello, in sede di impugnazione per nullità, sui vizi del lodo attinenti alla carenza di *potestas iudicandi* degli arbitri. – 6.1. L’esito del giudizio di impugnazione per nullità del lodo e le sue ricadute sulla definizione della questione della *potestas iudicandi* arbitrale, tra giudizio meramente rescissivo e giudizio rescissorio. – 7. Riflessioni conclusive.

Introduzione

Come anticipato in apertura del capitolo precedente, è opinione largamente maggioritaria, sia in dottrina¹, sia in giurisprudenza², che il legislatore della ri-

¹ In tal senso v., in dottrina, L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile. Libro quarto: Procedimenti speciali art. 806-840*, Bologna 2014, 677; S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela della convenzione arbitrale*, in *Riv. arb.* 2013, 395 e 407; F.P. LUIISO, *Diritto processuale civile*, IV, 5ª ed., Milano 2009, 359; ID., *Rapporti fra arbitro e giudice*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell’arbitrato*, Milano 2006, 126 ss.; RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell’arbitrato. Commentario agli artt. 806 – 840 c.p.c. Aggiornato alla legge 18 giugno 2009, n. 69*, Padova, 2010, 286 ss.; ID., *Sub art. 819 ter c.p.c.*, *ivi*, 375 ss.; BOCCAGNA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile. Commentario*, 6ª ed., Milano 2018, 1408 ss.; M. BOVE, *La giustizia privata*, Milano 2018, 74 ss., per il quale: “(...) il nostro ordinamento non prevede alcun favore per una previa decisione dell’arbitro sulla propria competenza, come invece avviene nel sistema francese *competence competence* (...). Il nostro legislatore, invece,

forma del 2006, per quanto attiene alla disciplina dei conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale, abbia codificato il c.d. sistema delle “vie parallele” (orientamento, come visto, assolutamente dominante nel regime normativo pre-riforma), in particolare attraverso l’introduzione del combinato disposto degli artt. 817 (nello specifico, del suo comma 2, secondo cui il potere degli arbitri di decidere sulla propria competenza, previsto dal comma 1: “(...) *si applica anche se i poteri degli arbitri sono contestati in qualsiasi sede per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento*”) e 819 *ter*, comma 1, c.p.c. (per cui: “*La competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice (...)*”).

Ciò significa che, in linea di principio, anche nel contesto normativo vigente, la natura tendenzialmente *esclusiva* del patto arbitrale non osta a che una delle parti

non prevedendo nulla a tale riguardo, finisce per ispirarsi al modello tedesco delle c.d. vie parallele (...), in virtù del quale i rapporti tra giustizia privata e giurisdizione pubblica non trovano un coordinamento preventivo, né a causa dell’eccezione di litispendenza, né per la disciplina dell’eccezione di patto compromissorio, dovendo il giudice statale di fronte al quale è sollevata detta eccezione sempre accertare con cognizione piena la valida esistenza del contratto con cui le parti abbiano in ipotesi scelto la via arbitrale”; G.F. RICCI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato. Commento al titolo VIII del libro IV del Codice di procedura civile. Artt. 806-840*, 2^a ed., Bologna 2007, 501; B. CAPPONI, *Modestino Acone, la competenza e l’arbitrato*, in *Il giusto processo civile* 2009, 402; ID., *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile. Vol. III – Tomo II: Arbitrato. Entrata in vigore delle nuove discipline sul giudizio di cassazione e sull’arbitrato. Con il commento alla disciplina transitoria della Legge 18 giugno 2009, n. 69 in materia di arbitrato e cassazione*, Padova 2009, III, 2, 878; E. RIGHETTI, *L’eccezione di compromesso*, in AA.VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino 2008, II, 642 e 643; C. DELLE DONNE, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (a cura di), *Commento del codice di procedura civile*, VII, Tomo quarto, Milano 2014, 585, per la quale la disposizione del comma 1 dell’art. 819 *ter* c.p.c., riprendendo *in parte qua* il disposto del precedente art. 819 *bis* c.p.c., avrebbe: “(...) consacrato il principio di vie parallele”, che: “(...) non prevede priorità di una via rispetto all’altra, sicché la pendenza in una sede non impedisce la proposizione della domanda in un’altra (...), il raccordo fra le due vie profilandosi solo *ex post*, in riferimento cioè alle decisioni finali”; secondo l’autrice, l’art. 819 *ter* c.p.c. sarebbe una disposizione di sistema: “(...) destinata ad operare in senso biunivoco”; F. CORSINI, *La ripartizione della potestas iudicandi*, in AA.VV., *Arbitrato, ADR, Conciliazione* (a cura di M. RUBINO SAMMARTANO), Bologna 2009, 484; P.L. NELA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna 2007, 1811, per il quale il regime dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale: “(...) risponde ora al c.d. principio delle ‘vie parallele’: giudizio arbitrale e processo giudiziario, quand’anche relativi alla medesima causa, procedono in linea di massima indifferenti l’uno all’altro, o quantomeno senza che l’autorità giudiziaria possa bloccare il giudizio arbitrale, ravvisando l’insussistenza delle condizioni perché la causa sia affidata agli arbitri”.

²V. Cass. 9 gennaio 2008, n. 178; Trib. Milano 30 novembre 2012, in *Riv. arb.* 2014, 367 ss., nt. D. AMADEI, *Vie parallele ed efficacia del lodo sul processo giurisdizionale*; Coll. arb. Roma 19 gennaio 2018, in *Riv. arb.* 2018, 265 ss., nt. V. AMENDOLAGINE, *Sui rapporti tra arbitri ed autorità giudiziaria: brevi considerazioni sulla potestas iudicandi degli arbitri e l’art. 819 ter c.p.c.*; Coll. arb. Bari 22 giugno 2011.

(lo stesso attore in arbitrato o il soggetto ivi convenuto) adisca il giudice statale, contestualmente o successivamente alla pendenza del giudizio arbitrale (ma anche preventivamente), per ivi dedurre la medesima causa o azionare i medesimi diritti già devoluti in arbitrato, dando così origine a due procedure parallele, una in sede arbitrale, l'altra in sede giudiziale.

In virtù dell'operatività del principio *Kompetenz Kompetenz* (la cui applicabilità all'arbitrato, ritenuta pacifica in passato pur in assenza di un'espressa previsione normativa, è ora espressamente codificata dal comma 1 dell'art. 817 c.p.c.), sia il giudice sia l'arbitro sono legittimati a valutare autonomamente e separatamente la questione dell'esistenza, validità ed efficacia della convenzione arbitrale, indipendentemente dal fatto che la medesima causa penda dinanzi all'altro organo, non operando, nei rapporti tra arbitri e giudici statali, l'istituto della litispendenza, che è invece basato sul criterio della prevenzione.

Ne deriva che anche nel contesto normativo post-riforma la questione di *litispendenza* si risolverebbe in una *questione di competenza*, che l'arbitro e il giudice statale sarebbero legittimati a valutare in piena autonomia. La tendenziale assenza di meccanismi di coordinamento preventivo tra i due giudizi (e dunque *a monte*), che caratterizza il sistema delle "vie parallele", implica che il conflitto positivo di *potestas iudicandi* tra arbitro e giudice statale non possa che risolversi *a valle*, ossia nel momento in cui si formi, in uno dei due giudizi, una decisione sul merito della lite, passata in giudicato, che possa essere spesa nell'altro, al fine di provocarne l'arresto.

Questo, in estrema sintesi, il sistema delle "vie parallele", già in precedenza adottato, *inter alia*, dall'ordinamento tedesco³ e, si ritiene, vigente anche nell'ambito della Convenzione di New York del 1958⁴.

Tale sistema, come si è avuto più volte occasione di dimostrare, se ha il difetto, in linea di principio, di non contemplare meccanismi di coordinamento preventivo tra le due procedure, ha però il pregio di tutelare l'autonomia e l'indipendenza della procedura arbitrale rispetto a quella giudiziale, minimizzando le interferenze della seconda sulla prima e scongiurando manovre strumentali o dilatorie, finalizzate cioè unicamente ad ostacolare o addirittura a paralizzare la procedura arbitrale come mera conseguenza della proposizione, preventiva, contestuale o successiva, di una domanda dinanzi al giudice statale su cause rien-

³ Su cui v., *infra*, il quarto capitolo, alla Sezione prima.

⁴ È opinione condivisa, infatti, che la Convenzione di New York (disponendo, all'art. II, comma 3, che il giudice di uno Stato contraente, investito di una lite su di una questione in relazione alla quale le parti abbiano stipulato una convenzione arbitrale, dovrà, su istanza di parte, rinviare le parti in arbitrato, a meno che non ritenga che detta convenzione sia nulla, annullabile, inoperante o non suscettibile di applicazione), codifichi indirettamente il sistema delle "vie parallele".

tranti nell'ambito di applicazione di quella stessa convenzione arbitrale su cui si fonda la *potestas iudicandi* dell'arbitro⁵.

La generalizzata convinzione che la riforma del 2006 abbia codificato il sistema delle "vie parallele" come regime che governa i rapporti tra arbitrato e giurisdizione ordinaria vien fatta essenzialmente discendere dal dato testuale di cui agli artt. 817, commi 1 e 2, c.p.c. e 819 *ter*, comma 1, c.p.c., che contengono invero delle disposizioni piuttosto esplicite in tal senso⁶.

Da un lato, il combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 817 c.p.c. prevede che gli arbitri *decidano sulla propria competenza* (e, dunque, sulle contestazioni aventi ad oggetto esistenza, validità efficacia, contenuto e ampiezza della convenzione d'arbitrato, nonché la regolare costituzione del tribunale arbitrale), sia quando questa sia contestata *nel corso dell'arbitrato*, sia quando i loro poteri siano contestati *in qualsiasi sede per qualsiasi ragione sopravvenuta* nel corso del procedimento.

Dall'altro lato, il comma 1 dell'art. 819 *ter*, comma 1, c.p.c. statuisce che la competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice, né dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente dinanzi al giudice.

D'altra parte, il comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c., che ammette – argomentando *a contrario*, secondo l'interpretazione che prevale – la proposizione di un'azione giudiziale di mero accertamento vertente esclusivamente sulla *potestas iudicandi* arbitrale, sembra bensì richiamare l'operatività di un meccanismo alternativo a quello del sistema delle "vie parallele" (la c.d. litispendenza "zoppa" o "a senso unico"), nella misura in cui ne impedisce la proposizione *nel caso in cui già penda un giudizio arbitrale*; tuttavia, la fattispecie considerata dalla norma non riguarda il caso della deduzione, dinanzi al giudice statale e all'arbitro, *della medesima causa*, bensì quello della proposizione, dinanzi al primo, di una domanda giudiziale il cui oggetto (l'invalidità o l'inefficacia della convenzione arbitrale), oltre a non essere deducibile autonomamente in sede arbitrale, è comunque *diverso*, quanto a *petitum* e *causa petendi*, rispetto a quello dedotto o deducibile in arbitrato, ponendosi tutt'al più, in relazione a quest'ultimo, in un nesso di pregiudizialità-dipendenza.

Le norme introdotte dalla riforma del 2006 hanno indubbiamente concorso a chiarire alcuni profili, prima controversi, dei rapporti e conflitti tra arbitrato e giurisdizione, ma si sono limitate ad incidere essenzialmente sulla situazione *a*

⁵ Come rileva, in particolare, S. ZIINO, *La translatio iudicii tra arbitri e giudici ordinari (sulla parziale illegittimità costituzionale dell'art. 819-ter, secondo comma, c.p.c.)*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli 2010, 921.

⁶ Vedremo in realtà, nel corso della trattazione, che il combinato disposto di cui agli artt. 817 e 819 *ter* c.p.c. non è del tutto esente da ambiguità; non mancano, infatti, ricostruzioni alternative, che mettono in dubbio la conclusione secondo cui il regime applicabile ai rapporti (e ai conflitti) tra arbitrato e giurisdizione statale sia senz'altro quello delle "vie parallele".

valle dei rapporti arbitro-giudice (oltre ch  attraverso l'esplicita equiparazione, *quoad effectum*, tra lodo arbitrale e decisione giudiziale, in particolare sotto il profilo di una maggiore efficacia del regime di spendita del lodo e della sentenza definitiva, rispettivamente, nell'ambito di un giudizio statale e di una procedura arbitrale, nonch  di quello dell'impugnabilit  delle rispettive decisioni per contrariet  a quella, gi  definitiva, resa *dall'altro organo*).

Quelle stesse norme non hanno invece mutato la situazione *a monte*, che continua a registrare l'assenza di strumenti di coordinamento preventivo tra le due procedure. Da una parte, infatti, l'istituto della domanda autonoma di mero accertamento dell'invalidit  e inefficacia della convenzione arbitrale, introdotto dall'art. 819 *ter*, comma 3, c.p.c., rileva senz'altro sotto il profilo teorico-sistematico (in relazione, soprattutto, al tema dell'inquadramento e qualificazione giuridici dell'oggetto sottoposto, con questa azione, alla cognizione del giudice statale), ma non sembra in grado di incidere in maniera significativa sulla "gestione" dei conflitti di "competenza", positivi e negativi, tra arbitrato e giurisdizione statale, in considerazione dei tempi verosimilmente molto lunghi per pervenire ad una statuizione incontrovertibile, idonea a definire, una volta per tutte, la questione dell'allocazione della *potestas iudicandi* tra arbitro e giudice statale. D'altra parte, come vedremo analiticamente nel prosieguo della trattazione, non vi   accordo, in dottrina e in giurisprudenza, sull'esatta portata della previsione di cui all'art. 819 *ter*, comma 1, c.p.c., per la quale la mancata proposizione dell'*exceptio compromissi* in sede giudiziale *esclude la competenza arbitrale* limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio; se cio  essa davvero rappresenti un meccanismo di coordinamento preventivo tra le due procedure, nella misura in cui sarebbe idonea a determinare la cessazione di efficacia della convenzione arbitrale e la conseguente estinzione della competenza arbitrale rispetto alla controversia dedotta in giudizio (imponendo, dunque, la chiusura in rito di ogni procedimento arbitrale instaurato contestualmente e su di essa fondato), oppure se, come ritiene l'orientamento maggioritario, essa si limiti a confinare l'efficacia della condotta omissiva della parte entro i limiti del processo statale. In ogni caso, si tratta di un meccanismo, la cui operativit  (e, dunque, la cui potenziale incidenza su situazioni di conflitto tra arbitrato e giurisdizione statale) dipenderebbe comunque dalla scelta discrezionale (per quanto tacita o implicita) delle parti. Infine, l'istituto della condanna alle spese – cui potrebbe eventualmente aggiungersi la condanna per lite temeraria si sensi dell'art. 96, comma 3, c.p.c.⁷ –, conseguente alla coltivazione della medesima

⁷ Su cui v. Trib. Verona 22 novembre 2012, in *Riv. arb.* 2013, 443, per cui la clausola compromissoria, con cui si   devoluta ad un tribunale arbitrale ogni eventuale controversia concernente l'interpretazione ed esecuzione del contratto, implica l'accoglimento dell'eccezione pregiudiziale di improponibilit  della domanda di inadempimento contrattuale sollevata dalla parte evocata nel relativo giudizio statale e la condanna dell'attore per lite temeraria *ex art.* 96, comma 3, c.p.c., per avere

controversia in entrambe le sedi, non pare rappresentare un disincentivo idoneo a svolgere un ruolo di primo piano nell'ambito dei conflitti arbitro-giudice⁸.

Rimane dunque possibile, anche dopo la riforma del 2006, che due procedure sulla medesima causa, rispettivamente, in sede giudiziale e in sede arbitrale, vengano instaurate e proseguano parallelamente nell'indifferenza reciproca.

Quanto al problema dei *conflitti negativi di competenza*, si è già accennato in apertura del capitolo precedente al fatto che nemmeno l'intervento della Corte costituzionale del 2013 (che ha sancito la possibilità della trasmigrazione della causa dal giudizio ordinario a quello arbitrale e viceversa) può dirsi in alcun modo risolutivo, in ragione delle numerose questioni, sia di inquadramento teorico, che di natura pratico-applicativa, rimaste irrisolte. In virtù dell'operatività del principio *Kompetenz Kompetenz* e della persistente assenza di vincoli reciproci, per l'arbitro e per il giudice statale, alla rispettiva statuizione sulla *potestas iudicandi* arbitrale in presenza di una convenzione di arbitrato, rimane intatto il rischio, oggi come in passato, non solo della perdita degli effetti sostanziali e processuali della domanda, nel caso in cui, ad una prima declinatoria pronunciata da uno dei due organi, ne segua una seconda (in conseguenza di una divergente valutazione circa la questione della esistenza, validità ed efficacia della convenzione arbitrale compiuta dall'organo *ad quem* rispetto a quella svolta dall'organo *a quo*), ma altresì di un *diniego di giustizia*.

Rispetto a tali problematiche, e al fine di mitigare il rischio di conflitti sia positivi che negativi di competenza tra gli arbitri e i giudici statali, la dottrina ha proceduto ad interpretazioni del dato normativo e ricostruzioni sistematiche anche sensibilmente divergenti tra loro, rendendo poco agevole ogni tentativo di sistematizzazione. Se, infatti, salvo alcune, pur autorevoli, eccezioni, vi è una sostanziale convergenza in dottrina e giurisprudenza sul fatto che il regime che governa oggi i rapporti arbitro-giudice sia quello del sistema delle "vie parallele", si registrano invece numerosi contrasti sia sull'esatta portata delle disposizioni cardine di quel sistema (essenzialmente gli artt. 817, 819 *ter* e 829, c.p.c.), sia del loro reciproco coordinamento, sia, in chiave sistematica, della loro interazione con le altre norme rilevanti, introdotte o modificate dal legislatore della riforma, che

insistito (con mala fede) nel sostenere la proponibilità della domanda, nonostante avesse la possibilità di aderire all'eccezione di controparte. Si tratta, forse, del primo caso in cui si è fatta applicazione dell'art. 96, comma 3, c.p.c. ad una fattispecie di "violazione" di una valida pattuizione arbitrale, rappresentata dalla deduzione, *in giudizio*, di domande rientranti nel suo ambito di applicazione.

⁸V., per approfondimenti, in particolare sui presupposti di applicabilità dell'art. 96 c.p.c. e, nello specifico, del suo comma 3, V. AMENDOLAGINE, *L'inosseranza della clausola arbitrale derogatoria della giurisdizione rende applicabile l'art. 96, comma 3, c.p.c. quale rimedio sanzionatorio per l'abuso del processo*, in *Riv. arb.* 2013, 445 ss. e 452 ss., che osserva come l'accoglimento di una domanda di risarcimento danni per lite temeraria, latamente intesa, sia stato sempre subordinato all'assolvimento di un onere probatorio molto gravoso, in particolar modo con riferimento alla sussistenza del danno risarcibile.

concorrono, nel loro complesso, a definire l'attuale stato dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale.

Sintetizzando i profili di maggior contrasto tra gli autori, che andremo ad analizzare analiticamente nel prosieguo della trattazione, possiamo menzionare i seguenti: l'esatta portata del comma 2, parte prima dell'art. 817 c.p.c., ai sensi del quale: "*Questa disposizione [i.e. il potere degli arbitri di decidere sulle contestazioni alla propria competenza] si applica anche se i poteri degli arbitri sono contestati in qualsiasi sede per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento*", alla luce della previsione di cui al comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c., secondo cui: "*La competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice, né dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice*", nonché della mancata esclusione, tra le norme che il comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c. prescrive come *non applicabili* ai rapporti arbitro-giudice, dell'art. 39 c.p.c.; gli effetti, solo endoprocessuali o anche extraprocessuali (ed, eventualmente, sul piano sostanziale) della mancata o intempestiva proposizione dell'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* dinanzi, rispettivamente, agli arbitri (art. 817, comma 2, c.p.c.) e al giudice statale (art. 819 *ter*, comma 1, c.p.c.); la portata sistematica del comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c., in particolare l'esclusione dell'applicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, di norme quali l'art. 44 e 45 c.p.c. e l'impatto della decisione della Corte costituzionale n. 223 del 2013, che ha sancito l'illegittimità costituzionale dell'art. 819 *ter*, comma 2, c.p.c. nella parte in cui non consente, nei rapporti tra arbitrato e giurisdizione ordinaria, l'applicazione di regole corrispondenti all'art. 50 c.p.c.; l'inquadramento teorico e l'efficacia (solo endo- o anche extra-processuale) della decisione degli arbitri sulla propria *potestas iudicandi* e, specularmente, di quella del giudice ordinario sulla medesima questione, rese nell'ambito di un giudizio vertente sul merito della lite, *divenute o meno definitive*, anche alla luce della portata sistematica della norma di cui all'art. 819 *ter*, comma 3, c.p.c., che ha introdotto per la prima volta la possibilità di proporre una domanda giudiziale di mero accertamento vertente esclusivamente sulla questione dell'invalidità o inefficacia di una convenzione arbitrale, senza la contestuale deduzione di un oggetto di merito; il problema dell'impugnabilità del lodo arbitrale che abbia pronunciato, solo o anche, sulla "competenza" arbitrale, a fronte dell'espressa esperibilità del regolamento di competenza avverso la (speculare) decisione del giudice statale sulla medesima questione e alla luce anche della controversa distinzione tra lodo parziale (immediatamente impugnabile) e lodo non definitivo (impugnabile solo insieme al lodo definitivo); il sindacato della Corte d'appello, in sede di impugnazione per nullità del lodo arbitrale, sui vizi di quest'ultimo attinenti alla *potestas iudicandi* degli arbitri, gli effetti della decisione del giudice dell'impugnazione e il rimedio esperibile avverso essa.

Andiamo qui di seguito ad esaminare le posizioni della dottrina e della giuri-

sprudenza sui profili illustrati, anticipando che, dal punto di vista sistematico, il perno del dibattito, finalizzato ad apportare dei correttivi (più o meno incisivi) ad un sistema (quello delle “vie parallele”) che, pur valorizzando l’autonomia del fenomeno arbitrale, innegabilmente si presta alla proliferazione di giudizi (causando così non pochi inconvenienti pratici alle parti e disfunzionalità all’ordinamento nel suo complesso), si incentra sulla questione dell’efficacia delle decisioni, giudiziali e arbitrali, divenute o meno definitive, sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale (ivi incluse di quelle rese nei giudizi di impugnazione, rispettivamente esperibili avverso le une o le altre). Questione che, oltre alle criticità di natura pratico-applicativa e alle problematiche di coordinamento sistematico, pone altresì non indifferenti problemi di inquadramento teorico e dogmatico.

SEZIONE PRIMA

IL REGIME “GENERALE” CHE GOVERNA I RAPPORTI ARBITRO-GIUDICE NEL CONTESTO NORMATIVO POST-2006

1. *L’esatta portata del comma 2, prima parte dell’art. 817 c.p.c., alla luce dei commi 1 e 3 dell’art. 819 ter c.p.c.: “vie parallele”, litispendenza “a senso unico” o litispendenza “pura”?*

Un primo profilo oggetto di divergenti ricostruzioni in dottrina riguarda l’esatta portata del comma 2, parte prima, dell’art. 817 c.p.c., ai sensi del quale: “*Questa disposizione [i.e. il potere degli arbitri di decidere sulle contestazioni alla propria competenza] si applica anche se i poteri degli arbitri sono contestati in qualsiasi sede per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento*”, soprattutto ove letto in combinato disposto con la previsione di cui al comma 1 dell’art. 819 ter c.p.c., secondo cui: “*La competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice, né dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice*” e alla luce della mancata esclusione, tra le norme che il comma 2 dell’art. 819 ter c.p.c. dispone come *non applicabili* ai rapporti arbitro-giudice, dell’art. 39 c.p.c., che nei rapporti tra giudici ordinari disciplina l’istituto della litispendenza.

È sulla corretta interpretazione della portata di queste norme che si gioca, in particolare, la fondatezza o meno della tesi secondo cui il legislatore della riforma avrebbe codificato, per governare i rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale, il sistema delle “vie parallele”, o, eventualmente, la configurazione dei rapporti arbi-

tro-giudice secondo schemi alternativi, quali, ad esempio, quello della litispendenza “zoppa” o “a senso unico”.

Ad una prima lettura, il contenuto di queste disposizioni sembrerebbe piuttosto inequivoco nel consentire che due giudizi sulla medesima causa, incardinati contestualmente, o in momenti successivi, in sede, rispettivamente, arbitrale e giudiziale, possano proseguire parallelamente, nell'indifferenza reciproca. Invero, da un lato, l'art. 817 c.p.c., dopo aver sancito, al comma 1, *il potere dell'arbitro di decidere sulla propria “competenza”*, ogniqualvolta la validità, il contenuto o l'ampiezza della convenzione d'arbitrato, o la regolare costituzione degli arbitri, siano contestati nel corso dell'arbitrato, statuisce, al comma 2, che: “[q]uesta disposizione si applica anche se i poteri degli arbitri sono contestati *in qualsiasi sede per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento*” [corsivo nostro]; dall'altro, il comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c. dispone che la competenza degli arbitri *non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice*, né dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice. Dato che dette disposizioni inequivocabilmente consentono la *prosecuzione parallela*, nell'indifferenza reciproca, di due giudizi sulla medesima causa, incardinati contestualmente, o in momenti successivi, in sede, rispettivamente, arbitrale e giudiziale, non sembrerebbe esservi spazio alcuno per l'operatività del criterio della prevenzione.

E infatti l'orientamento senza dubbio maggioritario in dottrina (e in giurisprudenza), minimizzando la portata delle non poche incongruenze normative, ritiene che, con il combinato disposto di cui agli artt. 817, commi 1 e 2, c.p.c. e 819 *ter*, comma 1, c.p.c. (in uno con la mancata esclusione, tra le norme che il comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c. dispone come *non applicabili* ai rapporti arbitro-giudice, dell'art. 39 c.p.c.), il legislatore della riforma abbia inteso codificare il sistema delle “vie parallele”.

A tale orientamento sono riconducibili sia autori che da sempre sposano l'inquadramento dell'arbitrato in termini di fenomeno giurisdizionale, sia autori maggiormente orientati ad evidenziarne la natura e il carattere privatistici, ove non addirittura negoziale, ribadendo anche dopo la riforma del 2006 le loro resistenze ad una piena assimilazione del giudizio arbitrale a quello statale.

Luiso, ad esempio, ritiene pacifico il fatto che il legislatore abbia adottato il sistema delle “vie parallele”, con la conseguenza che la pendenza della disputa *in una sede* non impedirebbe la proposizione della domanda relativa alla medesima controversia *nell'altra sede*, rappresentando una valutazione negativa circa la propria competenza da parte dell'organo adito per secondo *l'unica circostanza idonea a scongiurare un parallelismo di giudizi sulla medesima causa*⁹. Tale conclusione varrebbe sia

⁹ F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.* 2005, 788.

per quanto attiene alla competenza degli arbitri in pendenza di un giudizio statale (come *espressamente* disposto dall'art. 819 *ter* c.p.c.), sia, nel caso inverso, per quanto attiene alla competenza del giudice statale in pendenza di un giudizio arbitrale, con la possibilità, dunque, che il primo venga instaurato o prosegua su un determinato oggetto, anche ove già penda un giudizio arbitrale sulla medesima causa¹⁰.

L'autore esclude, in particolare, che il legislatore italiano abbia adottato soluzioni diverse, accostabili, ad esempio, a quella codificata dall'ordinamento francese¹¹, secondo cui il giudice statale, per il solo fatto che già pende un giudizio arbitrale, deve declinare la propria "competenza" (essendo altresì la sua cognizione sulla *potestas iudicandi* arbitrale limitata al caso in cui il processo arbitrale non sia ancora iniziato, e, in tale ultimo caso, solo nella misura in cui la clausola appaia *manifestamente* nulla o inapplicabile, salvo, *in ogni caso*, lo scrutinio giudiziale successivo in sede di impugnazione per nullità del lodo); o a quella adottata dalla Convenzione Europea del 1961 (il cui art. VI, comma 3 prevede che, una volta instaurato il giudizio arbitrale, il giudice ordinario successivamente adito si asterà, *salvo gravi motivi*, dal pronunciarsi sulla convenzione di arbitrato, fino alla pronuncia della decisione arbitrale¹²); nonché, infine, a quella contemplata dall'ordinamento tedesco prima della riforma del 1998, secondo cui, pur essendo possibile la contemporanea pendenza di due giudizi, rispettivamente arbitrale e giudiziale, sulla medesima causa, le parti erano legittimate ad attribuire agli arbitri (tramite la più volte richiamata *Kompetenz Kompetenz Klausel*) il potere di decidere in modo non solo *cronologicamente prioritario* rispetto al giudice, ma altresì *esclusivo ed insindacabile* da parte di quest'ultimo, la questione dell'esistenza di un valido patto arbitrale¹³. Non sussistendo, dunque, secondo Luiso, priorità di una

¹⁰ Così anche M. BOVE, *Discutibile la scelta del «sistema tedesco»*, in *Guida al diritto* 2006, 8, 107 ss.

¹¹ Per cui, ad esempio M. BOVE, in *Guida al diritto* 2006, 8, 107 ss. (pur riconoscendo che il legislatore italiano ha seguito la via tedesca delle "vie parallele"), manifesta la sua preferenza, sulla scia di quanto dallo stesso autore prospettato in precedenza, *de iure condendo*, in *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. civ.* 2002, 443 ss.; ma v. anche ID., *Arbitrato e litispendenza*, in *Riv. arb.* 1998, 506 ss. spec. 515 ss.

¹² Su cui v. C. CONSOLO, *Raccordi o antifonie fra arbitrato e giudizio ordinario? Profili comparatistici e transnazionali*, in AA.VV., *Studi in onore di Piero Schlesinger*, V, Milano 2004, 3866 ss.

¹³ La differenza tra il sistema francese, basato sull'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz* e quello tedesco ante-riforma del 1998, che consentiva l'attribuzione agli arbitri, *in via esclusiva*, del potere di decidere sulla propria competenza consiste in ciò, che nel contesto del primo, se da un lato è escluso in radice il rischio di procedure parallele sulla medesima causa (o comunque ne è confinato il verificarsi ai casi, rari, in cui il giudice adito, prima della pendenza del giudizio arbitrale, ritenga la convenzione arbitrale *manifestamente nulla*, in base ad un esame non approfondito, ma svolto *prima facie*, trattenendo dunque la causa e proseguendo con la trattazione sul merito, mentre l'arbitro, adito successivamente, giunga ad una valutazione opposta circa la propria *potestas iudicandi*), dall'altro

via rispetto all'altra¹⁴, anche nell'attuale contesto normativo (come in quello precedente¹⁵) il raccordo fra le due procedure, non attuabile *in via preventiva*, non potrebbe che avvenire solo attraverso le rispettive decisioni di merito¹⁶.

A conclusioni simili, pur se da una prospettiva diversa, giunge, ad esempio, Nela, per il quale il regime dei rapporti arbitro-giudice: "(...) risponde ora al c.d. principio delle "vie parallele"¹⁷, in linea, secondo l'autore, con una particolare ricostruzione dottrinale affermatasi nel contesto normativo pre-riforma, che, sull'assunto che la litispendenza non fosse altro che un'ipotesi particolarmente intensa di connessione¹⁸, trovava un appiglio normativo nell'allora art. 819 *bis* c.p.c. (trasposto ora nel comma 1 del nuovo art. 819 *ter*, comma 1, c.p.c.), secondo cui la connessione della causa pendente in arbitrato con una causa pendente innanzi al giudice statale non era motivo di esclusione del potere degli arbitri di decidere la controversia ad essi devoluta¹⁹. Secondo Nela, dunque, entrambi i giudizi, arbitrale e giudiziale, quand'anche relativi alla medesima causa: "(...) procedono in linea di massima indifferenti l'uno all'altro, o quantomeno senza che l'autorità giudiziaria possa bloccare il giudizio arbitrale, ravvisando l'insussistenza delle condizioni perché la causa sia affidata agli arbitri"²⁰.

il giudice statale (dell'impugnazione) conserva intatto il potere di svolgere uno scrutinio, a cognizione piena, sulla esistenza, validità ed efficacia della convenzione di arbitrato; nel contesto del secondo, invece, in presenza di una *Kompetenz Kompetenz Klausel*, nulla ostava, in linea di principio, ad un'instaurazione e prosecuzione parallela di due giudizi, in sede, rispettivamente, arbitrale e giudiziale, sulla medesima causa, ma la pronuncia degli arbitri sulla propria *potestas iudicandi* era considerata definitiva e non più sindacabile, sotto quel profilo, del giudice statale in sede di impugnazione per nullità.

¹⁴ In linea con la soluzione adottata dal combinato disposto degli artt. 9 e 16 della Legge Modello dell'UNCITRAL, che appunto non contempla alcuna preferenza di una via sull'altra, neppure come conseguenza della previa instaurazione del processo in una o nell'altra sede.

¹⁵ V., *ex multis*, M. BOVE, *Il patto compromissorio rituale*, cit., 442; E.F. RICCI, *L'arbitrato di fronte alla litispendenza giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 500 ss.; A. BARLETTA, *Sulla previa pendenza tra processo ordinario e giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.* 2000, 548 ss. e, per maggiori riferimenti, il capitolo secondo al par. 1.

¹⁶ In questo senso v. F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.*, 788 ss.

¹⁷ P.L. NELA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, cit., 1811.

¹⁸ Il riferimento è a S. VINCRE, *Note sulla sospensione dell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.* 1999, 455 ss. Ma v. anche, E.F. RICCI, *L'arbitrato di fronte alla litispendenza giudiziaria*, cit., 500 ss.; E. FAZZALARI, *L'arbitrato*, 43 ss.

¹⁹ P.L. NELA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., 1812.

²⁰ L'autore ricorda come tale posizione fosse consolidata anche sotto il precedente impianto normativo, citando, ad esempio, Cass. 9 aprile 1998, n. 3676, per la quale, in caso di proposizione della stessa domanda dinanzi al giudice statale e agli arbitri, non solo non si potesse fare ricorso all'istituto della litispendenza *ex art. 39 c.p.c.* (che, presupponendo il coinvolgimento di due giudici parimenti muniti di competenza, non poteva essere applicato al caso in cui sussistesse un conflitto

Per quanto riguarda, specificamente, la non felicissima formulazione delle norme su cui si reggerebbe, nel contesto normativo attuale, il sistema delle “vie parallele” (il riferimento è, in particolare, all’art. 819 *ter* c.p.c. che, *facendo bensì salva* la “competenza” degli arbitri in pendenza della disputa dinanzi all’autorità giudiziaria, *ma omettendo di far salva, in maniera parimenti espressa, la potestas iudicandi* del giudice statale quando sia l’arbitro ad essere stato preventivamente adito, o sia comunque pendente il giudizio arbitrale: “(...) parrebbe dire che la prevenzione valga in quest’ultimo caso”), essa sarebbe solo il frutto della particolare prospettiva in cui la stessa si colloca²¹.

Nela minimizza, altresì, l’infelice espressione utilizzata dalla prima parte del comma 2 dell’art. 817 c.p.c. (“(...) in qualsiasi sede per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento”), da cui si evincerebbe unicamente l’intenzione del legislatore di porre l’attenzione sulla possibilità che la questione di competenza degli arbitri sia oggetto di azione o di eccezione dinanzi al giudice statale, sancendosi, per questa evenienza, la sopravvivenza della *potestas iudicandi* degli arbitri di decidere sulla propria competenza, indipendentemente, dunque, da quanto avvenga (o venga deciso) in sede giudiziale²². In fin dei conti, secondo l’autore, il sistema delle “vie parallele” sarebbe il meccanismo più adeguato per disciplinare situazioni in cui le parti contrappongano tesi opposte rispetto a questioni quali la validità o l’esistenza di un patto arbitrale; non sarebbe in ogni caso concepibile

ad excludendum tra il giudice e l’arbitro, in relazione al quale solo uno dei due poteva essere fornito di *potestas iudicandi*), ma nemmeno a quello della sospensione necessaria *ex art.* 295 c.p.c., la condizione della cui applicazione risiede nella sussistenza di una ripartizione di questioni principali e questioni pregiudiziali tra giudici *non in competizione tra loro*, mentre, nel caso dei rapporti arbitro-giudice la competizione sarebbe *in re ipsa*, in quanto la competizione dell’uno determina l’incompetenza dell’altro.

²¹ Secondo P.L. NELA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., 1813: “All’atto di definire la disciplina dell’arbitrato, è naturale orientare l’attenzione alla competenza degli arbitri e dimenticare di riaffermare la regola generale della competenza dell’autorità giudiziaria”; anche perché un regime in cui gli arbitri fossero indifferenti alla previa pendenza di un giudizio statale sulla medesima causa, mentre i giudici statali dovessero arrestarsi per il solo fatto della previa instaurazione della causa dinanzi agli arbitri, risulterebbe in un ingiustificato *favor* nei confronti di questi ultimi, che: “(...) neppure i più strenui sostenitori dell’arbitrato potrebbero accettare”.

²² Secondo P.L. NELA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna 2007, 1775, il principio espresso dalla prima parte del comma 2 dell’art. 817 c.p.c. non sarebbe superfluo o ridonante rispetto a quello codificato dall’ultimo comma dell’art. 819 *ter* c.p.c., perché la prima norma avrebbe una portata più ampia della seconda, investendo tutte le possibili situazioni di contestazione, giudiziali o stragiudiziali, in sede arbitrale come in sede giudiziale, in via di azione come in via di eccezione; d’altra parte le due norme sarebbero reciprocamente complementari, nella misura in cui: “(...) la prima attribuisce agli arbitri il potere di decidere sulla propria competenza sempre e comunque, mentre la seconda nega al giudice statale il potere di decidere della incompetenza arbitrale”.

una definizione rapida della controversia, in cui, cioè, le parti si accontentino di provvedimenti preliminari e sommari resi *in limine litis*²³ (come potrebbe accadere, ad esempio, se le norme affidassero al giudice statale un esame preliminare limitato alla “manifesta nullità” della convenzione arbitrale, solo in caso di esito negativo del quale potrebbe aver luogo il giudizio arbitrale)²⁴.

Secondo Izzo, autrice di un recente e approfondito studio monografico sul tema dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale²⁵, sarebbe indubbia la loro soggezione al sistema delle “vie parallele”, alla luce del combinato disposto di cui agli artt. 817 e 819 *ter c.p.c.*, dovendosi in particolare escludere qualsivoglia tentativo di applicare ad essi, in chiave analogica o estensiva, l’istituto della litispendenza *ex art. 39 c.p.c.*²⁶. Tale istituto, secondo l’autrice, si baserebbe infatti su due fondamenti non “esportabili” nel contesto arbitrale: da un lato, la rilevanza d’ufficio della contemporanea pendenza della medesima causa dinanzi ad un altro organo, fondata sul principio di unità delle funzioni e del contesto giurisdizionali nel cui ambito opera l’autorità giudiziaria (ma non l’arbitrato), cui le parti, nel caso dell’arbitrato (ossia di una forma di tutela *disponibile*), potrebbero decidere di rinunciare o di affiancare la parallela tutela giudiziale²⁷; dall’altro lato, la composizione del conflitto attraverso l’operatività del criterio della prevenzione, che presuppone l’uguale competenza e l’attuale investitura di diversi uffici giudiziari appartenenti al medesimo ordinamento giurisdizionale²⁸, non predicabile per i

²³ In tal senso v. M. BOVE, *La nuova disciplina dell’arbitrato*, in M. BOVE, C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile. Commento alle novità riguardanti il processo di cognizione ed esecutivo, il processo arbitrale e il giudizio di cassazione*, Milano 2006, 84, che richiama l’esperienza e la soluzione dell’ordinamento francese.

²⁴ Secondo P.L. NELA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., 1814, il problema rimarrebbe insoluto e continuerebbe ad intralciare il corso del (o dei) processo (i), tanto nel caso in cui le parti dovessero insistere nel sottoporre la questione agli arbitri dopo la pronuncia sommaria del giudice statale, quanto nel caso in cui esse dovessero impugnare il lodo sul punto.

²⁵ S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo. Studio sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statali*, Torino 2013, 204 ss. e 240 ss.

²⁶ S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 250 ss.

²⁷ S. IZZO, *op. cit.*, 252, che ricorda come si sia financo ipotizzato che l’effetto negativo non costituisca un effetto naturale della pattuizione arbitrale, ben potendo le parti: “(...) volere solo la costituzione della giurisdizione arbitrale in aggiunta a quella statale già esistente, lasciandosi però la possibilità di scegliere [ed intraprendere] l’una e l’altra via”; in tal senso v. M. BOVE, *Il patto compromissorio*, cit., 419, che richiama G. SCHIEDERMAIR, *Vereinbarungen in Zivilprozess*, Bonn 1935, 103. Secondo A. BARLETTA, *Sulla previa pendenza tra processo ordinario e giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.* 2000, 574, difficilmente si potrebbe considerare l’*exceptio compromissi* eccezione in senso lato, in quanto non sarebbe coinvolto nessun principio di ordine pubblico processuale.

²⁸ S. IZZO, *op. cit.*, 252, secondo cui il ricorso al criterio della prevenzione consentirebbe all’ordinamento, senza alcuna verifica preliminare ed evitando inutili e dispendiose complicazioni, e senza soverchie complicazioni, di far proseguire il processo preveniente. Per S. SORACE, voce *Liti-*

rapporti tra arbitro e giudice statale, privi della medesima simmetria strutturale e funzionale e maggiormente affini, dal punto di vista concettuale, ai rapporti tra giurisdizioni differenti.

Nemmeno nelle fasi di impugnazione, secondo l'autrice (sia di quella proposta avverso la sentenza che abbia deciso sull'*exceptio compromissi*, sia di quella proposta, indirettamente, avverso il lodo che abbia pronunciato sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale), potrebbero operare meccanismi di coordinamento preventivo, perché, nonostante si versi in una situazione di connessione, soggettiva ed oggettiva, di questioni speculari²⁹, non ricorrerebbero i presupposti per l'applicabilità dell'art. 274 c.p.c.³⁰.

Anche autori che, in passato, avevano aderito alla soluzione, adottata dalle Sezioni Unite sul finire degli anni '90, di applicare ai rapporti arbitro-giudice statale il meccanismo della litispendenza "zoppa" o "a senso unico"³¹, ritengono indub-

spendenza (dir. proc. civ.), in *Enc. dir.*, XXIV, Milano 1974, 845 ss., la norma di cui all'art. 39 c.p.c. risponderebbe: "(...) ad un'esigenza assoluta dell'ordinamento giuridico".

²⁹ "(...) aventi ad oggetto la tutela dei medesimi beni della vita da parte di distinte giurisdizioni": S. IZZO, *op. cit.*, 253.

³⁰ Secondo un orientamento consolidato in giurisprudenza, l'applicazione dell'art. 274 c.p.c. presuppone che i giudizi coinvolti abbiano: "(...) la stessa natura e siano trattati nello stesso grado e nella medesima fase del processo, sempre che le cause siano in corso dinanzi allo stesso giudice o a giudici che esercitino la medesima giurisdizione (...) e solo se siano tra loro connesse e pendenti nel medesimo grado o nella stessa fase impugnatoria o cognitoria": così Cass. S.U. 9 marzo 2012, n. 3690, in *Rep. Foro it.* 2012, voce *Cassazione civile*, 1140, n. 170, che, nel caso di specie, ha escluso che la norma in questione si applichi ai rapporti tra un giudizio di impugnazione, per motivi attinenti alla giurisdizione, di una sentenza resa dal Consiglio di Stato e un procedimento in Cassazione, instaurato a seguito di un'istanza di regolamento preventivo di giurisdizione, proposta nell'ambito di un giudizio ordinario, tra le stesse parti: e ciò proprio perché mancherebbe, in tal caso, il presupposto della pendenza "dinanzi allo stesso giudice" delle cause tra loro connesse.

³¹ È il caso di R. VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale a giudicare della propria competenza*, in *Riv. arb.* 1997, 332; ID., *Questioni di litispendenza e competenza nei rapporti tra arbitri e A.G.O.*, in *Giust. civ.* 1997, I, 272, che (all'indomani della svolta adottata dalle Sezioni Unite sul finire degli anni '90 nei casi *Montedison* e *Mascheroni*), aveva proposto di radicalizzare gli esiti cui era giunta quella innovativa soluzione, al fine di evitare il riproporsi, anche solo *ex uno latere*, degli effetti pregiudizievoli derivanti dal sistema delle "vie parallele". In tale ottica suggeriva di attribuire, *in ogni caso*, all'instaurazione del giudizio arbitrale, e dunque anche ove questa fosse avvenuta dopo l'incardinamento del giudizio statale, l'effetto di sottrarre al giudice statale il potere di pronunciarsi sulla convenzione di arbitrato, attribuendo così agli arbitri, in qualunque momento aditi, la competenza esclusiva a pronunciarsi sulla loro *potestas iudicandi* (ferma sempre restando la possibilità di uno scrutinio giudiziale successivo in sede di impugnazione di nullità del lodo). Secondo R. VACCARELLA, la *ratio* alla base delle decisioni *Montedison* e *Mascheroni* andava ravvisata nell'intenzione di attribuire la facoltà di accertare la sussistenza della propria *potestas iudicandi* al collegio arbitrale: "(...) per ciò solo che esiste" (ID., *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale*, cit., 332), sicché, discendendo la cessazione della materia del contendere dinanzi al giudice statale

bio che il legislatore del 2006 abbia inteso codificare, per governare quei rapporti, il sistema delle “vie parallele”. Secondo Vaccarella, ad esempio, il mutato quadro normativo, caratterizzato dalla scelta di fondo: “(...) di equiparare sostanzialmente, *quoad effectus*, il lodo alla sentenza (art. 824 *bis*) e di consentire al procedimento arbitrale di definire anche controversie con decisioni aventi efficacia *ultra partes* della convenzione d’arbitrato (artt. 816 *quater* e *quinquies*)”³², in uno con l’introduzione di disposizioni espresse (seppur lacunose) che disciplinano direttamente il tema dei conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione³³, sa-

(con contestuale sottrazione, a quest’ultimo, del potere di accertare l’esistenza o validità del patto compromissorio) *dal fatto in sé* della formazione del collegio arbitrale (o – nella *rilettura anticipatoria* operata dalla decisione delle S.U. nel caso *Marchesoni* rispetto a quella resa dalla Cassazione nel precedente caso *Montedison* – della semplice notifica della domanda di arbitrato), il suo mero verificarsi avrebbe imposto al giudice ordinario di spogliarsi della causa. Tale proposta ricostruttiva mirava altresì ad opporsi alla regola al tempo vigente, elaborata da un orientamento giurisprudenziale tralaticio (e riportata da R. VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale*, cit., 332; ID., *Questioni di litispendenza e competenza*, cit., 272), secondo la quale: “(...) pur se penda un procedimento arbitrale, la competenza degli arbitri sussiste soltanto se, nel giudizio ordinario instaurato dall’altra parte, sia stata proposta tempestivamente l’eccezione di compromesso, dovendo altrimenti ritenersi rinunciato il compromesso stesso”. Secondo l’autore, il fatto che agli arbitri fosse imposto di valutare la propria competenza non solo alla luce del patto arbitrale, ma anche alla luce della condotta tenuta dalle parti davanti al giudice ordinario, rivelava *la non paritaria considerazione di cui godevano, rispettivamente, l’A.G.O. e gli arbitri*. La competenza di questi ultimi, infatti, presupponeva non solo l’originaria incompetenza dell’A.G.O., in ragione dell’esistenza di un patto arbitrale, ma anche il fatto che tale incompetenza permanesse a seguito di tempestiva eccezione proposta davanti al giudice adito in relazione alla medesima causa. Sebbene la legge al tempo in vigore avesse improntato ad un *criterio di parità* i rapporti tra A.G.O. ed arbitri per quanto riguardava le cause connesse pendenti davanti all’una o agli altri, continuava tuttavia a riservare una posizione di preminenza all’A.G.O. per quanto riguardava la medesima causa proposta davanti ad entrambi. Sempre in funzione integrativa del *dictum* delle Sezioni Unite nei casi *Montedison*, anche F.P. LUISO, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, cit., 521 aveva suggerito, da un lato, di collegare la prevenzione del giudizio arbitrale, ostativa ad una successiva azione giudiziale, *al momento della notificazione dell’atto introduttivo del giudizio arbitrale*; dall’altro, di *fissare un termine*, oltre il quale la proposizione della domanda d’arbitrato non producesse più la sottrazione, al giudice ordinario, della legittimazione a conoscere della fondatezza dell’eccezione di compromesso, onde evitare che l’instaurazione del giudizio arbitrale venisse strumentalmente utilizzata a seconda dell’andamento della causa giudiziale. Ma v., in senso opposto al *favor arbitratus* che aveva ispirato le decisioni delle Sezioni Unite, App. Napoli 29 settembre 1997, in *Riv. arb.* 1998, 505, nt. M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, con cui i giudici partenopei avevano confermato la pronuncia con la quale gli arbitri, investiti della controversia *successivamente* all’incardinamento della medesima causa dinanzi al giudice statale, avevano dichiarato il giudizio *improcedibile allo stato degli atti*.

³² R. VACCARELLA, *La contemporanea pendenza del procedimento arbitrale e del giudizio ordinario*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 2019, 192 ss.

³³ Osserva R. VACCARELLA, *La contemporanea pendenza*, cit., 192 ss., che: “(...) la soppressione – già sancita dalla legge n. 25 del 1994 con l’introduzione dell’art. 819 *bis* – del criterio (pretorio)

rebbe indice di una: “(...) scelta di fondo in favore della *reciproca autonomia* dei due procedimenti (...), che esigeva, nel nuovo contesto, di essere affermata con una espressa regola di contenuto opposto a quello dell’art. 39, 1° comma, c.p.c.”³⁴.

Anche autori riconducibili, in linea di principio a quello che, fino alla riforma del 2006, era l’orientamento privatistico-negoziale, ritengono che, nonostante la formulazione involuta dalla prima parte del comma 2 dell’art. 817 c.p.c., il suo collegamento con il comma 1 dell’art. 819 *ter* c.p.c. implicherebbe il ripudio, da parte del legislatore della riforma, del sistema della litispendenza “zoppa” o “a senso unico”³⁵. In tal senso si è espresso, ad esempio, Ruffini, per il quale, da un lato, il comma 2 dell’art. 817 c.p.c. (ai sensi del quale gli arbitri mantengono il potere di decidere sulla propria competenza, anche nel caso in cui questa sia contestata in ogni altra sede, e dunque, presumibilmente, dinanzi ad un giudice statale) non escluderebbe che il giudice ordinario possa conoscere dell’eccezione di compromesso al fine di verificare la sussistenza della propria *potestas iudicandi* in

della prevalenza del giudizio ordinario con la sua *vis attractiva* aveva aperto la strada alla possibilità della contemporanea pendenza di entrambi i procedimenti, e tale possibilità, nel nuovo contesto, imponeva al legislatore di governarla in qualche modo senza limitarsi, come aveva fatto la legge del 1994, ad affidare la questione alla giurisprudenza”.

³⁴ R. VACCARELLA, *La contemporanea pendenza*, cit., 192 ss. Anche C. DELLE DONNE, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in P. COMOGLIO *et al.* (a cura di), *Commento del codice*, cit., 585 ss., esclude che la non perfettamente speculare formulazione degli artt. 817 e 819 *ter* c.p.c. possa essere interpretata nel senso di attribuire priorità o prevalenza ad una via rispetto all’altra, sia in relazione alla medesima causa, che in relazione a cause connesse. Dall’attuale contesto normativo discenderebbe, dunque, che la pendenza di una causa in una sede non impedisca la proposizione della medesima domanda nell’altra: il raccordo fra le due vie si materializzerebbe solo *ex post*, con riferimento, cioè, alle rispettive decisioni finali. In questo senso, già prima della riforma, v., *ex multis*, Cass. 30 luglio 2004, n. 14557 e Cass. 30 agosto 2000, n. 11404, in *Giust. civ.* 2001, I 2185, nt. M. VITALE, *L’incertezza del diritto sulla sindacabilità della competenza arbitrale*. Dottrina e giurisprudenza prevalenti ritengono, coerentemente al sistema delle “vie parallele”, che la norma di cui all’art. 819 *ter*, comma 1, c.p.c. sia espressione di un principio più ampio, in forza del quale la connessione non potrebbe operare neppure a favore di un giudizio arbitrale: in tal senso v. G.F. RICCI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 503; Cass. 15 febbraio 2013, n. 3826, che, in relazione ad un caso in cui il convenuto in un giudizio statale aveva eccepito il patto arbitrale contenuto nel contratto, con riferimento alle sole domande dedotte dalla controparte in via surrogatoria, e non anche a quelle proposte *iure proprio*, ha escluso che il giudice potesse, *ex officio*, estendere la dichiarazione di improponibilità a tutte le domande, non potendosi invocare, a tal fine, il vincolo di connessione esistente tra le stesse. Per ulteriori riferimenti v. il prosieguo della trattazione e, in generale, S. BOCCAGNA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile*, 6ª ed., Milano 2018, 1416.

³⁵ Così G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell’arbitrato*, cit., 377 ss. Tra i primi ad utilizzare questa espressione C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione*, cit., 675.

relazione alla domanda propostagli³⁶; dall'altro, il combinato disposto degli artt. 817 e 819 *ter* c.p.c. risulterebbe incompatibile con l'operatività del criterio della prevenzione sotteso all'art. 39 c.p.c., la mancata espressa esclusione della cui applicabilità ai rapporti arbitro-giudice (al netto della convinzione, radicata nel contesto normativo previgente, che il presupposto per la sua applicabilità fosse la contemporanea investitura di due giudici appartenenti *al medesimo ordinamento giurisdizionale*³⁷) non potrebbe dunque essere invocata per regolare i rapporti arbitro-giudice in senso *diverso* rispetto al regime dettato dal sistema delle "vie parallele".

Nemmeno dal comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c. potrebbero trarsi, secondo l'autore, indicazioni in favore della tesi della litispendenza "zoppa". La norma, infatti, disciplinando ipotesi diverse rispetto a quelle della pendenza della *medesima causa* in sede giudiziale e in sede arbitrale, non osterebbe alla proposizione di un giudizio statale su domande identiche a quelle già pendenti in arbitrato (e altresì di eccezioni volte a paralizzare le stesse, ivi comprese quelle fondate sulla convenzione di arbitrato)³⁸. In virtù dell'espressa formulazione del comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c., le medesime considerazioni relative alla *reciproca indifferenza* tra procedure sulla medesima causa sono dall'autore estese anche al caso di mera connessione tra una causa pendente in arbitrato e una pendente in sede giudiziale, come già disponeva il precedente testo dell'art. 819 *bis* c.p.c., introdotto dalla legge di riforma del 1994 (e riprodotto ora nel summenzionato comma 1, parte prima dell'art. 819 *ter* c.p.c.), che aveva posto fine al meccanismo di origine giurisprudenziale della *vis attractiva*, di cui abbiamo già dato conto in precedenza³⁹:

³⁶ G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 286 ss.; così anche G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5ª ed., Torino 2015, 22, che mostra fastidio per la "(...) magniloquenza del dettato normativo".

³⁷ Su cui v., ampiamente, il secondo capitolo e F. DANOVI, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova 1999, 401 ss.; G. DELLA PIETRA, in G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato*, 3ª ed., Torino 2005, 236.

³⁸ G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., 377 ss.

³⁹ Oggi, pertanto, in caso di connessione fra controversie soggette alla *potestas iudicandi* arbitrale e controversie ad essa estranee, non sussisterebbe alternativa alla celebrazione di giudizi separati, salva la possibilità, per le parti, di rinunciare spontaneamente alla via arbitrale, oppure di chiedere congiuntamente agli arbitri una sospensione del procedimento, in attesa della definizione del giudizio ordinario. Nel caso in cui fra la lite pendente in sede arbitrale e quella pendente in sede giudiziale sussista un nesso di pregiudizialità-dipendenza, l'autore osserva che, esclusa l'applicabilità dell'istituto della sospensione necessaria *ex art. 295 c.p.c.*, la sospensione potrà essere disposta solo nelle ipotesi disciplinate dagli artt. 819 e 819 *bis* c.p.c. Laddove, poi, la connessione riguardi cause fra parti diverse, di cui solo alcune siano vincolate all'accordo arbitrale, troveranno applicazione le norme sull'intervento e sull'arbitrato con pluralità di parti di cui agli artt. 816 *quater* e *quinquies* c.p.c. Ove ricorra un'ipotesi di ipotesi di litisconsorzio necessario e le parti non trovino un accordo

anche nel contesto vigente, dunque, la connessione tra una causa pendente dinanzi agli arbitri ed una pendente dinanzi al giudice statale non determina l'“assorbimento” della competenza dei primi in quella dei secondi, contrariamente a quanto, in virtù di quel meccanismo, accadeva sino alla riforma del 1994, con l'arresto del giudizio arbitrale parallelamente pendente⁴⁰.

Se quella suesposta è dunque, per sommi capi, la lettura che senz'altro prevale in dottrina del combinato disposto degli attuali artt. 817 e 819 *ter* c.p.c., una parte della dottrina ha fornito ricostruzioni che mettono in dubbio la riconduzione del regime attualmente in vigore al sistema delle “vie parallele”, valorizzando le non poche incongruenze del dato normativo (già in parte menzionate nel primo capitolo⁴¹).

Se, infatti, il comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c. è piuttosto inequivoco nello statuire che la competenza degli arbitri *non è esclusa dalla pendenza della stessa causa*

che consenta la celebrazione di un unico giudizio dinanzi agli arbitri, a questi non resterà altra via che dichiarare l'improcedibilità dell'arbitrato e, alle parti, l'instaurazione della causa, con la partecipazione di tutti i litisconsorti necessari, in sede giudiziale. Secondo G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., 378 ss. questa sarebbe l'unica ipotesi in cui la *potestas iudicandi* giudiziale prevale su quella arbitrale.

⁴⁰ G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., 378 ss. ricorda come tale regola, osteggiata dalla maggior parte della dottrina, che la considerava priva di qualsivoglia fondamento concettuale (in tal senso v. E. FAZZALARI, voce *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Dig. it., disc. priv. sez. civ.* I, Torino 1987, 389 ss.; E.T. LIEBMAN, *Giudizio arbitrale e connessione di cause*, in *Riv. dir. proc.* 1964, 469 ss.; S. MENCHINI, *Il processo litisconsortile*, I, Milano 1993, 175; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2^a ed., Torino 1994, 53; C. PUNZI, *Arbitrato rituale e irrituale*, in *Enc. giur.*, II, Roma 1998, 14 ss.; E.F. RICCI, *Un raggio di luce nel buio (una svolta in tema di incompetenza degli arbitri rituali per connessione di cause?)*, in *Riv. arb.* 1993, 179 ss.; G. RUFFINI, *La divisibilità del lodo arbitrale*, Padova 1993, 204 ss.), venisse applicata dalla giurisprudenza *financo in ipotesi di connessione impropria*, determinata dalla semplice comunanza di questioni (in tal senso v., *ex multis*, Cass. 22 settembre 1997, n. 9345, in *Rep. Foro it.* 1997, voce *Arbitrato* n. 155; Cass. 9 febbraio 1990, n. 945, in *Rep. Foro it.* 1990, voce *Competenza civile*, n. 99; Cass. 27 gennaio 1981, n. 628, in *Rep. Foro it.* 1981, voce *Competenza civile* n. 164; Cass. 4 aprile 1979, n. 1943) e si prestava a facili strumentalizzazioni ad opera di chi intendeva sottrarsi all'obbligo originariamente assunto mediante la stipula della pattuizione arbitrale. Gli unici limiti ad un vero e proprio abuso di tale meccanismo erano rappresentati da citazioni in giudizio palesemente pretestuose (Cass. 13 maggio 1998, n. 4807, in *Foro it.* 1998, I, 2888; Cass. 22 ottobre 1991, n. 11197, in *Foro it.* 1992, I, 623; Cass. 27 gennaio 1981, n. 628, in *Giur. comm. comm.* 1981, II, 888), o notificate dopo la chiusura della discussione dinanzi agli arbitri (Cass. 28 settembre 1984, n. 4820, in *Foro it.* 1985, I, 816). Per quanto riguarda, invece, l'arbitrato irrituale, esso era immune dalla contemporanea pendenza di un giudizio statale, che non faceva venire meno il potere attribuito agli arbitri (così Cass. 13 novembre 1992, n. 12223, in *Riv. arb.* 1994, 71, nt. DE STEFANO; Coll. arb. Firenze 2 giugno 1993, in *Riv. arb.* 1993, 681, nt. E. FAZZALARI; ma v., *contra*, Cass. 24 maggio 1982, n. 1869, in *Foro it.*, 1982, I, 3037, nt. BARONE).

⁴¹ Di cui v., in particolare, il par. 2.

davanti al giudice, non altrettanto può dirsi per la prima parte del comma 2 dell'art. 817 c.p.c. che, anziché adottare una formulazione speculare a quella del comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c. (come sarebbe stata, appunto, una dal tenore secondo cui *la competenza del giudice statale non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti agli arbitri*)⁴², lasciando pertanto il dubbio che la competenza del giudice statale *possa essere esclusa dalla pendenza della stessa causa dinanzi agli arbitri*, sembra comprimere la sussistenza, operatività ed estensione della competenza arbitrale alle ipotesi in cui i poteri degli arbitri siano contestati, bensì *in qualsiasi sede*, ma solo *per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento*.

Stando alla lettera della disposizione, il potere degli arbitri di decidere della propria competenza (e, dunque, anche se proseguire o meno con la trattazione nel merito della causa) parrebbe sussistere *unicamente* nel caso in cui *la ragione che dà origine alla contestazione della potestas iudicandi* arbitrale (sollevata in una sede *diversa* da quella del procedimento arbitrale pendente e dunque, verosimilmente, nell'ambito di un diverso contenzioso, giudiziale o arbitrale) *sopravvenga nel corso dell'arbitrato*. La "salvezza" della competenza arbitrale in caso di pendenza della stessa causa davanti al giudice statale, non sarebbe, dunque, "assoluta" - contrariamente a quanto a prima vista parrebbe emergere dall'ampio dettato del comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c. -, dovendo a quanto pare escludersi in tutti i casi di *contemporanea pendenza di un giudizio statale*, instaurato, indifferentemente, *prima* o *dopo* quello arbitrale, nel cui ambito una parte, verosimilmente l'attore, a fronte dell'*exceptio compromissi* sollevata dal convenuto, contesti la validità del patto arbitrale in ragione di un suo vizio *originario* (nullità) o, comunque, di una ragione *preesistente* all'incardinamento del parallelo giudizio arbitrale.

Si sarebbe in tal caso di fronte ad una compressione della tradizionale estensione del principio *Kompetenz Kompetenz*, al contrario di quanto avviene nella maggior parte degli ordinamenti che lo riconoscono (nessuno dei quali distingue tra ragioni *preesistenti* e ragioni *sopravvenute*), ma altresì ad una sconfessione del sistema delle "vie parallele", tutte le volte in cui il giudizio statale inizi *prima* di quello arbitrale e la contestazione alla *potestas iudicandi* degli arbitri - per una ragione, evidentemente, *in quel momento già sussistente* - preceda l'instaurazione di un giudizio arbitrale sulla medesima causa (ossia *proprio nei casi più critici* di conflitto positivo di competenza, in cui, per preservare l'autonomia dell'arbitrato, sarebbe invece opportuno riconoscere agli arbitri il potere di decidere autonomamente sulla propria "competenza").

Ancora, l'art. 819 *ter*, comma 1, c.p.c. (secondo cui, ricordiamo: "*La compe-*

⁴²O, comunque, una formulazione chiara e non equivoca da cui desumere la vigenza, *in ogni caso*, compreso quello della pendenza della medesima causa dinanzi al giudice statale, del principio *Kompetenz Kompetenz* o, detto altrimenti, la sussistenza, *in ogni caso*, del potere degli arbitri di decidere della propria competenza e di proseguire con la trattazione sul merito della causa.

tenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice (...)) non si riferisce espressamente alla *contestazione* della competenza arbitrale in sede giudiziale, ma unicamente alla *pendenza* del giudizio statale, in costanza della quale persisterebbe la competenza degli arbitri a decidere nel merito. Adottando anche in tal caso una prospettiva meramente letterale, si dovrebbe concludere nel senso che da tale disposizione discenda non tanto una conferma della vigenza del sistema delle “vie parallele”, quanto, piuttosto, una sua smentita. Dal testo della norma, infatti, non discende necessariamente che due giudizi, arbitrale e statale, sulla medesima causa possano proseguire parallelamente e che entrambi gli organi (arbitro e giudice) godano della piena autonomia ed indipendenza nella determinazione della propria *potestas iudicandi* (senza essere influenzati, condizionati o limitati né dall’esistenza di una decisione su tale questione emessa dall’altro organo, né, prima ancora, da contestazioni alla propria competenza sollevate nell’altra sede, che di quella decisione – in ragione anche del rilievo necessariamente non officioso della carenza di *potestas iudicandi* dell’organo adito – rappresentano il *necessario antecedente procedurale*); potrebbe infatti desumersi, al contrario che l’arbitro, pur non dovendo chiudere in rito il giudizio pendente dinanzi ad esso per la mera pendenza parallela della medesima causa dinanzi al giudice statale, non sia necessariamente legittimato ad esprimersi in piena autonomia sulla questione della esistenza di un valido patto arbitrale, dovendo attendere una previa determinazione giudiziale sul punto.

Va poi osservato che il legislatore, al comma 2 dell’art. 819 *ter* c.p.c., ha *espressamente* escluso, per quanto attiene ai rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale, l’applicabilità di una serie di norme (nello specifico di: “(...) regole corrispondenti agli articoli 44, 45, 48, 50 e 295”), *tra cui tuttavia non figura l’art. 39 c.p.c.* A sua volta, il comma 3 dell’art. 819 *ter* c.p.c., per il quale, in pendenza del procedimento arbitrale, non possono essere proposte domande giudiziali aventi ad oggetto l’invalidità o inefficacia della convenzione d’arbitrato, sembrerebbe al contrario puntellare l’idea che, nel caso di pendenza parallela di due giudizi, il legislatore abbia forse voluto preservare *solo una delle due procedure* (quella arbitrale); anche in tal caso (a prescindere dalla questione dell’ammissibilità o meno di una domanda *arbitrale* di mero accertamento della validità della convenzione arbitrale) *manca una norma speculare sull’improcedibilità di un giudizio arbitrale in pendenza di un giudizio statale.*

Alla luce delle summenzionate ambiguità del dato normativo, in uno con altre considerazioni di carattere sistematico, una parte della dottrina ha ritenuto di ravvisare, nel nuovo sistema normativo, una sorta di “riedizione” della tesi della liti-spendenza “zoppa” o “a senso unico” (prospettata senza molto seguito, come si ricorderà, dalle Sezioni Unite sul finire degli anni ’90), che implicherebbe una *riserva, in favore degli arbitri*, della cognizione della convenzione di arbitrato, ogni-

qualvolta aditi per primi in relazione ad una controversia dedotta altresì, ma solo in seconda battuta, in sede giudiziale⁴³.

Odorisio, ad esempio, ritiene che l'ipotesi della litispendenza "a senso unico": "(...) potrebbe forse dare un senso all'infelice riferimento alle 'ragioni sopravvenute nel corso del procedimento'"⁴⁴.

Anche Verde – che già nel contesto normativo pre-riforma, caratterizzato dall'assenza di una disciplina organica volta a regolare il tema dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale, aveva formulato delle ipotesi ricostruttive *eterodosse* rispetto all'orientamento maggioritario⁴⁵, spingendosi sino ad ipotizzare l'applicabilità ai rapporti arbitro-giudice dell'istituto della litispendenza di cui all'art. 39 c.p.c.⁴⁶ –, alla luce del disposto di cui all'art. 819 *ter* c.p.c. (che non concederebbe alcuno spazio: "(...) per applicare all'arbitrato gli istituti della litispendenza, della continenza e della riunione per connessione"⁴⁷), ritiene che il legislatore della riforma avrebbe accreditato il principio della litispendenza "zoppa" o "a senso unico": agli arbitri sarebbe dunque concesso, *in via esclusiva della concorrente facoltà del giudice statale*, il potere di decidere sulla propria *potestas iudicandi* ogniqualvolta vengano aditi per primi, sicché la previa instaurazione del giudizio arbitrale⁴⁸ determinerebbe l'inammissibilità di domande identiche proposte successivamente al giudice togato⁴⁹.

⁴³ In proposito, v. S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, 3^a ed., Milano 2007, 154 ss.

⁴⁴ E. ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 2006, 272.

⁴⁵ Per riferimenti v. G. VERDE, *L'introduzione del processo arbitrale (premesse ricostruttive)*, in *Riv. arb.* 1996, 21 ss.

⁴⁶ G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5^a ed., cit., 22.

⁴⁷ Dovendo, pertanto, i rispettivi procedimenti, in caso di contemporanea pendenza, svolgersi parallelamente e gli eventuali contrasti tra le decisioni: "(...) venir risolti in base alle regole della risoluzione dei conflitti": G. VERDE, *Lineamenti*, cit., 126; v. Cass. 9 gennaio 2008, n. 178; Cass. 4 agosto 2011, n. 17019.

⁴⁸ Essendo sufficiente, per determinare l'incardinamento della causa dinanzi ad essi, la notificazione della domanda di arbitrato, senza dover necessariamente attendere la costituzione del collegio: G. VERDE, *Lineamenti*, cit., 112, per il quale: "(...) deve qui farsi spazio al buon senso e pensare che il legislatore ha disciplinato la parte per il tutto, isolando i casi di maggior rilievo con la conseguenza di ritenere che alla domanda di arbitrato si ricollegano tutti gli effetti che normalmente derivano da una domanda giudiziale, salvo espressa o implicita esclusione". Secondo GUERRE, tale conclusione troverebbe altresì conforto nella decisione della Corte costituzionale n. 223 del 2013, la quale, ammettendo la traslazione della causa tra le due sedi, sembra presupporre una forte omologazione del procedimento arbitrale al processo davanti ai giudici dello stato.

⁴⁹ Così G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 2^a ed., Torino, 2006, 20 e 23; ID., *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5^a ed., cit., 112 ss., per il quale, appunto, l'art. 819 *ter*, comma 3, c.p.c. presuppone espressamente la pendenza del processo arbitrale e detta una regola nel rapporto

Bove, dal canto suo, ritiene bensì evidente, in linea di principio, che il legislatore della riforma avrebbe optato per l'adozione del modello tedesco, per cui: "(...) i rapporti tra giustizia privata e giurisdizione pubblica non trovano un coordinamento preventivo, né a causa dell'eccezione di litispendenza, né per la disciplina dell'eccezione di patto compromissorio, dovendo il giudice statale, di fronte al quale è sollevata detta eccezione, sempre accertare con cognizione piena la valida esistenza del contratto con cui le parti abbiano in ipotesi scelto la via arbitrale"⁵⁰; ciò perché, non riservando le nuove norme *espressamente* alcun favore per una previa decisione dell'arbitro sulla propria competenza⁵¹, non sarebbe contemplato l'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz* (riconosciuto, invece, dall'ordinamento francese, per cui l'autore ha sempre mostrato apprezzamento⁵², riservando invece critiche al sistema delle "vie parallele"). Tuttavia il lacunoso dato positivo, in particolare la formulazione tronca del comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c., che si limita a fare espressamente salva la competenza degli arbitri in pendenza del giudizio statale, induce l'autore ad interpretare il sistema attualmente vigente in modo non molto dissimile da coloro che sostengono la tesi della litispendenza "zoppa" o "a senso unico"; nel senso, cioè, che esso avallerebbe, per l'opposta situazione in cui ad essere adito per primo dovesse essere l'arbitro, il funzionamento del criterio della prevenzione. Tale lettura, secondo Bove, troverebbe un indiretto conforto nel testo del comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c., ove la previa pendenza di un processo nell'altra sede è ostativa (seppure limitatamente all'ipotesi di domande vertenti su invalidità o inefficacia della convenzione arbitrale) *solo per il giudice statale, non, invece, per l'arbitro*⁵³.

fra quest'ultimo e il processo statale nel senso che, esclusa la possibilità di fare ricorso all'istituto della litispendenza, il giudice statale deve dichiarare l'inammissibilità della domanda proposta davanti a lui in un momento successivo all'instaurazione dell'arbitrato.

⁵⁰ M. BOVE, *La giustizia privata*, 4^a ed., Milano 2018, 74 ss.

⁵¹ M. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 81 mette invece in dubbio la chiarezza della previsione di cui alla prima parte del comma 2 dell'art. 817 c.p.c., rilevando come essa: "(...) non sembra voler dire che, in pendenza del processo arbitrale, sulla competenza arbitrale decide solo l'arbitro e non il giudice statale di fronte al quale, pendendo la stessa causa, è stata sollevata l'eccezione di incompetenza".

⁵² M. BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.* 2007, 368; ID., *Discutibile la scelta del «sistema tedesco»*, cit., 107; ID., *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in M. BOVE, C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile. Commento alle novità riguardanti il processo di cognizione ed esecutivo, il processo arbitrale e il giudizio di cassazione*, Milano 2006, 85.

⁵³ L'autore mette l'accento sul fatto che il divieto di proporre domande all'autorità giudiziaria in pendenza del giudizio arbitrale varrebbe solo ai sensi dell'art. 819 *ter*, comma 3, c.p.c., ossia nell'ipotesi di domande vertenti sull'invalidità e sull'inefficacia della convenzione di arbitrato; se il legislatore ha negato che la previa pendenza del processo statale impedisce l'instaurazione del processo arbitrale, *non ha però negato l'inverso*, ossia che la previa pendenza del processo arbitrale impedisce l'instaurazione di un processo statale.

Le ricostruzioni della dottrina non si limitano tuttavia all'alternativa secca tra sistema delle "vie parallele" e litispendenza "zoppa" o "a senso unico". Non mancano, infatti, ricostruzioni più articolate, con differenziazioni più o meno sfumate rispetto ai due summenzionati principali inquadramenti.

Secondo Boccagna, la sensazione che il legislatore della riforma abbia inteso recepire la tesi della litispendenza "unilaterale" o "zoppa" troverebbe più di un appiglio⁵⁴: da un lato, tra le disposizioni che, ai sensi del comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c., non si applicano ai rapporti tra arbitrato e processo giudiziale, non figura l'art. 39 c.p.c.; dall'altro, la norma di cui all'art. 819 *ter*, c.p.c., secondo cui: "La competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice: (...)", disciplinerebbe soltanto l'ipotesi di previa pendenza del giudizio ordinario e non anche quella in cui venga instaurato per primo il giudizio arbitrale⁵⁵; dall'altro ancora, la disposizione di cui alla prima parte del comma 2 dell'art. 817 c.p.c. parrebbe introdurre: "(...) una limitazione alla regola, dettata dal nuovo art. 819 *ter*, secondo cui il giudice ordinario, davanti al quale venga eccepita l'esistenza di una convenzione arbitrale, può conoscere della validità ed efficacia di questa al fine di pronunciare sull'eccezione"⁵⁶, almeno ove interpretata nel senso che, una volta iniziato l'arbitrato, soltanto gli arbitri avrebbero il potere di decidere sulla propria competenza.

Invero l'autore, pur convenendo sul fatto che il legislatore della riforma avrebbe adottato il sistema delle "vie parallele", ne fornisce una lettura correttiva, alla luce della formulazione letterale di cui al comma 2 dell'art. 817 c.p.c., che riferisce l'espressione ivi contenuta ("(...) sopravvenuta nel corso del procedimento"), non alla *contestazione della competenza*, ma alla *ragione di tale contestazione*. In tale ottica, ai sensi della regola desumibile dall'art. 819 *ter* c.p.c., il giudice ordinario, adito per secondo, davanti al quale venga sollevata l'*exceptio compromissi*, non verrebbe del tutto privato del potere di pronunciarsi su di essa⁵⁷, ma vedrebbe significativamente ridotta l'ampiezza della sua cognizione: potrebbe cioè solo occuparsi delle questioni attinenti all'investitura originaria del collegio arbitrale, ma non delle contestazioni attinenti alla *potestas iudicandi* arbitrale fondate su *ragioni sopravvenute nel corso del procedimento*; con la conseguenza che, una volta accertato che l'arbitro sia stato ritualmente investito della *potestas iudicandi*, ogni contesta-

⁵⁴ S. BOCCAGNA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile*, Milano 2018, 1414; M. BOVE, C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, cit., 84, per cui una simile opinione si porrebbe in contrasto con la disposizione del comma 2 dell'art. 817 c.p.c.

⁵⁵ *Contra* Coll. arb. Roma 24 aprile 2012, in A.G. OO. PP. 2012, 1047.

⁵⁶ S. BOCCAGNA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in M. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. RADICATI, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Padova 2017, 312.

⁵⁷ S. BOCCAGNA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *Commentario*, cit., 1415.

zione alla sua competenza derivante da “ragioni sopravvenute” (quali, ad esempio, l’estinzione del patto arbitrale a norma dell’art. 816 *septies* c.p.c.) andrebbe esclusivamente risolta in sede arbitrale⁵⁸.

Insomma, in tali casi il giudice ordinario dovrebbe limitarsi a prendere atto dell’esistenza della convenzione arbitrale, rimettendo agli arbitri la decisione sulla validità ed efficacia della stessa⁵⁹.

Altri rilevano come l’ultimo comma dell’art. 819 *ter* c.p.c., nel precludere, pendente l’arbitrato, la proponibilità di domande giudiziali di mero accertamento aventi ad oggetto l’invalidità o l’inefficacia del patto compromissorio, non opererebbe alcuna distinzione fra l’ipotesi in cui la domanda giudiziale sia proposta *in via autonoma*, e quella in cui essa sia proposta *in via incidentale*⁶⁰. Coerenza sistemática imporrebbe di concludere, dunque, che, una volta instaurato l’arbitrato, alle parti sia sempre preclusa la possibilità di chiedere all’autorità giudiziaria una decisione dell’*exceptio compromissi con efficacia di giudicato*. La disposizione di cui alla prima parte del comma 2 dell’art. 817 c.p.c., infatti – secondo cui il potere degli arbitri di decidere della propria competenza resta fermo anche quando i loro poteri siano contestati in “qualsiasi” altra sede –, letta alla luce del divieto contenuto nell’ultimo comma dell’art. 819 *ter* c.p.c., implicherebbe l’attribuzione agli arbitri, a seguito dell’instaurazione del procedimento arbitrale, di una sorta di *esclusiva o monopolio in ordine alla decisione sui propri poteri decisorii (provvisori, perché sempre suscettibili di revisione in sede di futura impugnazione del lodo e ad esclusione dei casi in cui si verta in materia di diritti non compromettibili)*⁶¹, con la

⁵⁸ S. BOCCAGNA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *Commentario*, cit., 1415.

⁵⁹ V. S. IZZO, *Appunti sull’eccezione di compromesso e sulla sentenza che la decide*, in F. AULETTA, N. RASCIO (a cura di), *Studi sull’arbitrato offerti a Giovanni Verde*, Napoli 2010, 452, nt. 8, per la quale: “(...) a norma dell’art. 817, a procedimento pendente spetta in via esclusiva al collegio pronunciarsi sulla propria competenza”; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell’arbitrato*, Torino 2006, 20.

⁶⁰ Così S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 198.

⁶¹ Così A. BARLETTA, *Translatio iudicii e nuovi rapporti tra giudici ed arbitri*, in *Il Giusto proc. civ.* 2015, 87 ss., che parte dalla considerazione secondo cui: “(...) non sembra possibile ad un tempo sancire l’equiparazione della domanda di arbitrato e quella giudiziale ed ignorare la patologia del duplice esercizio dello stesso diritto di azione, sia pure in contesti procedurali diversi per la natura della potestà decisoria rispettivamente evocata”. Nel rigettare l’ipotesi di ricorrere all’istituto della litispendenza “unilaterale” o “a senso unico”, sulla scorta delle decisioni delle Sezioni Unite sul finire degli anni ’90 perché sarebbe come dire che: “(...) il rischio di decisioni confliggenti deve essere eliminato quando rischia di ‘ledere’ le ragioni dell’arbitrato previamente instaurato e non quando la previa pendenza riguarda il processo avanti il giudice ordinario”, l’autore, procedendo ad un’interpretazione estensiva dell’art. 819 *ter* c.p.c., ritiene che esso dovrebbe essere interpretato: “(...) nel senso che si riferisca alla *decidibilità* delle questioni di validità o efficacia della convenzione di arbitrato in tutti i casi in cui consti la pendenza del giudizio arbitrale quando il giudice si deve pronunciare”. A supporto della tesi della priorità dell’accertamento attribuita agli

degradazione della questione della *potestas iudicandi* arbitrale, allorché sorga nell'ambito di un giudizio statale instaurato per secondo, alla categoria della *mera eccezione* (sulle cui decisioni non potrebbe mai calare il giudicato, sicché l'impugnazione per nullità diventerebbe così l'*unico strumento per investire il giudice ordinario della relativa decisione*⁶²). In tal caso, ove la questione della *potestas iudicandi* arbitrale si trasformi in causa attraverso la proposizione di una domanda di accertamento incidentale, il giudice la dovrà dichiarare inammissibile in forza del disposto di cui all'art. 819 *ter*, comma 3 c.p.c., limitandosi, quindi, a risolvere la questione stessa *in via meramente incidentale*⁶³.

Un corollario di questa impostazione risiede, ad esempio, nella necessità di riconoscere agli arbitri, in quanto detentori (nel caso di previa incardinazione del giudizio arbitrale) della legittimazione esclusiva a pronunciarsi sulla questione della sussistenza o meno della *loro potestas iudicandi*, il potere di decidere la questione *con efficacia di giudicato* (perché, opinando diversamente, alla luce dell'impossibilità di ottenere dal giudice una pronuncia definitiva sulla questione di competenza, si esporrebbero inevitabilmente le parti ad un conflitto negativo di competenza e, in definitiva, al rischio di un diniego di giustizia).

Per un'altra parte della dottrina, che riprende alcune ricostruzioni emerse all'indomani delle decisioni delle Sezioni Unite nei casi *Montedison* e *Mascheroni* di fine anni '90⁶⁴ e richiama il combinato disposto degli artt. 817, comma 2 e 819 *ter* c.p.c., l'instaurazione del giudizio arbitrale, in quanto elemento ostativo all'ammissibilità della domanda (principale o incidentale) di accertamento in sede giudiziale, sottrarrebbe *in ogni caso* al giudice statale il potere di valutare, anche

arbitri l'autore richiama altresì la nuova disciplina degli accordi di deroga della giurisdizione nell'ambito del Regolamento UE n. 1215/2012.

⁶² S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 371 e 372; E. OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri sui presupposti dell'arbitrato*, Torino 2011, 68; in tal senso paiono orientati anche V. SANGIOVANNI, *Brevi note sulle eccezioni d'incompetenza sollevate nel corso dell'arbitrato*, in *Riv. arb.* 2013, 564; E. RIGHETTI, *L'eccezione di compromesso*, cit., 637; G.F. RICCI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 503. A tale ricostruzione parrebbero aderire Cass. 4 agosto 2011, n. 17019 e Trib. Bari 25 maggio 2006, in *Il civilista* 2007, 52, nt. CARAMASCHI. In senso contrario, ossia per una ricostruzione secondo cui, una volta introdotto il procedimento arbitrale, alla parte ivi convenuta sia comunque consentito incardinare un giudizio statale avente ad oggetto il rapporto giuridico sostanziale e, in tale sede, chiedere in via incidentale l'accertamento dell'incompetenza arbitrale, v. M. BOVE, *Resta la confusione sulle liti transnazionali*, in *Guida al diritto* 2006, 105; M. RUBINO SAMMARTANO, *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna 2009, 485.

⁶³ Così E. MARINUCCI *Note sulla impugnazione del lodo arbitrale per contrarietà ad altra pronuncia*, in *Riv. dir. proc.* 2007, 1182. Nello stesso senso v. L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 581, nt. 63.

⁶⁴ Il riferimento è, come già illustrato in precedenza, alla posizione sostenuta, al tempo, da R. VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale*, cit., 331 ss.

solo *prima facie*, la propria *potestas iudicandi* in presenza di una convenzione arbitrale, *indipendentemente dal fatto che si sia verificata prima o dopo l'inizio del giudizio statale*⁶⁵ (quantomeno nei casi in cui la contestazione della *potestas iudicandi* degli arbitri si fondi su una "ragione sopravvenuta" all'instaurazione del procedimento arbitrale). Ciò determinerebbe, *in ogni caso*, la sopravvenuta inammissibilità della *potestas iudicandi* del giudice statale, anche in relazione a domande od eccezioni sulla convenzione di arbitrato proposte incidentalmente nell'ambito di un giudizio statale vertente sul merito della lite⁶⁶. Il giudice statale dovrebbe dunque limitarsi a prendere atto del fatto che le parti abbiano già dato attuazione alla convenzione arbitrale mediante l'instaurazione della procedura arbitrale e, per l'effetto, rinviare le parti agli arbitri (divenuti, a quel punto, i "*giudici esclusivi*" della propria competenza) per la decisione sulla validità ed efficacia di detta convenzione.

Quest'ultima "radicale" ricostruzione trova riscontro nelle posizioni di Odorisio e Rasìa.

Per il primo, in base all'art. 817, comma 2 c.p.c., una volta iniziato l'arbitrato, *solo gli arbitri* avrebbero il potere di verificare la propria *potestas iudicandi* in ordine alla domanda loro proposta: solo questa interpretazione, infatti, secondo l'autore: "(...) potrebbe forse dare un senso all'infelice riferimento alle "ragioni sopravvenute nel corso del procedimento"⁶⁷.

Per il secondo, la riforma del 2006 parrebbe: "(...) aver accolto la via volta a rafforzare al massimo l'opzione arbitrale, *sottraendo automaticamente al giudice dello Stato* la facoltà di "addentrarsi in *subiecta materia*"⁶⁸ e ponendo così una *riserva esclusiva in favore degli arbitri* a conoscere e decidere della validità della convenzione di arbitrato, anche ove questa sia contestata in qualsiasi sede e per qualsiasi ragione (generica, ma anche "soppravvenuta"). Secondo Rasìa, il principio incorpo-

⁶⁵ A. BARLETTA, *Translatio iudicii e nuovi rapporti tra giudici ed arbitri*, cit., 91 ss. che richiama, a supporto della tesi dell'auspicato "principio di priorità" in caso di pendenza del procedimento arbitrale (in qualunque momento originata), l'obiettivo deflattivo e di deregionalizzazione della tutela dei diritti, che emerge ad esempio dalla l. n. 162 del 2014 e dalla possibilità di accedere al giudizio privato durante la pendenza del giudizio statale.

⁶⁶ S. BOCCAGNA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in M. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. RADICATI, *Commentario breve*, cit., 312; ID., *Sub art. 819 ter, ibidem*, 282; ID., *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *Commentario*, cit., 1415. In senso contrario S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 371, secondo cui il presupposto, *negativo*, di ammissibilità della domanda giudiziale di accertamento (ossia la non attuale pendenza di un procedimento arbitrale), dovrebbe essere valutato con esclusivo riferimento al momento della proposizione della domanda stessa.

⁶⁷ E. ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 2006, 272.

⁶⁸ C. RASÌA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in F. CARPI, M. TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, VIII ed., Padova, 2015, 2995.

rato dal comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c. (che riprende, ampliandolo, il testo del comma 1 del previgente art. 819 *bis* c.p.c. sul divieto di *vis attractiva* da parte del giudice togato nell'ipotesi di connessione tra una causa arbitrale ed una ordinaria, sancito già dalla forma del 1994) sarebbe nel senso non solo che la previa pendenza del giudizio statale (avente ad oggetto la stessa causa o una causa connessa poi dedotta in arbitrato) non sarebbe idonea ad impedire la successiva instaurazione del procedimento arbitrale, ma anche che la cognizione e decisione sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale sarebbe devoluta agli arbitri *in via esclusiva*, puntellando così l'indipendenza del procedimento arbitrale rispetto a quello ordinario⁶⁹.

Ancora, secondo un'altra parte della dottrina (espressasi, per la verità, al tempo della promulgazione della riforma), il giudice statale adito per secondo dovrebbe procedere con la sospensione necessaria del giudizio incardinato dinanzi ad esso, in attesa della decisione degli arbitri su contenuto, validità ed efficacia della convenzione di arbitrato⁷⁰.

Va peraltro osservato che ciò che accomuna tutte queste ricostruzioni del rapporto tra il comma 2 dell'art. 817 c.p.c. e i commi 1 e 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c., *alternative* a quella prevalente fondata sul sistema delle "vie parallele" e che conferiscono agli arbitri, aditi per primi, *ora* solo la priorità, *ora* anche l'esclusività dell'esame circa la sussistenza della propria *potestas iudicandi*, è la possibilità, *in ogni caso*, per le parti di sottoporre, in un momento successivo, in sede di impugnazione del lodo, la questione dell'allocazione di "competenza" tra arbitri e giudici statali alla cognizione, *piena*, di un giudice statale. Tutte queste soluzioni alternative a quella riconducibile al sistema delle "vie parallele", in altri termini, si limitano ad attribuire agli arbitri un potere di valutazione della propria *potestas iudicandi* più o meno intenso o potenziato, *ma mai assoluto*, potendo sempre essere sconfessato, in un secondo momento, dal giudice statale, il cui esame verterà direttamente sulla convenzione arbitrale, senza essere in alcun modo limitato o influenzato dall'esito del pregresso esame compiuto dagli arbitri⁷¹.

Un'interpretazione ancora diversa del combinato disposto degli artt. 817 e 819 *ter* c.p.c. è stata fornita da chi, alla luce anche di un più ampio inquadramento sistematico dei rapporti arbitro-giudice, ha prospettato la possibilità che il regime attualmente in vigore per disciplinare i rapporti tra arbitrato e giurisdizione non sia quello delle "vie parallele", bensì quello della litispendenza "pura", fondato sul criterio della prevenzione.

⁶⁹ C. RASIA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in F. CARPI, M. TARUFFO, *Commentario*, cit., 3004.

⁷⁰ G. COSTANTINO, *Arbitrato rituale*, in A. BUONFRANTE, C. GIOVANNUCCI ORLANDI (a cura di), *Codice degli arbitri delle conciliazioni e di altre ADR*, Torino 2006, 3 ss.

⁷¹ V., in tal senso, ad esempio A. BARLETTA, *Translatio iudicii e nuovi rapporti tra giudici ed arbitri*, cit., 93 ss.

Cavallini, ad esempio, seppur in una prospettiva più marcatamente *de iure condendo*, ritiene che financo *de iure condito* non sarebbe del tutto erroneo fondare una soluzione del problema della duplicazione dei giudizi (e della reciproca contestazione della *potestas iudicandi*) sul criterio della prevenzione, in particolare sul meccanismo di cui all'art. 39 c.p.c., che ha la caratteristica di *precedere* ed *escludere*, al fine dell'eliminazione in radice del secondo processo, qualsivoglia indagine sulla competenza di entrambi gli organi aditi, in momenti diversi, con la medesima causa⁷².

L'autore parte dalla considerazione che il sistema delle "vie parallele" non possa considerarsi soddisfacente, perché non consente di evitare i rischi derivanti dalla perdurante incertezza in ordine all'attribuzione definitiva della potestà decisoria; incertezza che non sarebbe altro che: "(...) la conseguenza della *perdurante* duplicazione dei giudizi"⁷³. Tale considerazione si situa sullo sfondo di un contesto normativo da cui emergerebbe, secondo l'autore, *una chiara preferenza del legislatore per la via "ordinaria" rispetto a quella arbitrale*.

Questo perché, in primo luogo: "(...) l'unica sicura situazione di vincolo circa l'esclusiva e definitiva attribuzione di competenza si muove (...) dal giudice ordinario verso gli arbitri. È lo stesso art. 819-ter che lo afferma". In secondo luogo, nell'ipotesi in cui la sentenza che decide sulla (in)validità o (in)efficacia della convenzione arbitrale venga impugnata con regolamento di competenza, l'eventuale applicazione dell'art. 337, comma 2 c.p.c. (qualora nel processo arbitrale venga invocata l'autorità di una sentenza impugnata) implicherebbe di nuovo la subordinazione della cognizione arbitrale sull'eccezione di incompetenza proposta ai sensi dell'art. 817 c.p.c. alla decisione in proposito resa dal giudice statale. In terzo luogo, *solo nel contesto del giudizio statale* si prevede che la mancata proposizione dell'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* dell'organo adito, in ragione dell'esistenza di una convenzione arbitrale, *escluda la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio*, mentre manca una disposizione speculare per la medesima fattispecie dinanzi agli arbitri. Secondo Cavallini, in definitiva, nella duplicazione dei giudizi, l'opzione del legislatore è quella di privilegiare la tutela avanti il giudice ordinario.

D'altra parte, il fatto che, da un lato, il giudice mantenga integro il sindacato sul lodo arbitrale sotto il profilo della "competenza arbitrale", nell'ambito di un'impugnazione per nullità: "(...) ad ampio raggio e *a tabula rasa*" e, dall'altro, la convenzione arbitrale possa divenire inefficace per effetto della mancata proposizione dell'*exceptio compromissi*, che instaura un vincolo a senso unico sulla fissa-

⁷² V. C. CAVALLINI, *L'Arbitrato rituale. Clausola compromissoria e processo arbitrale*, Milano 2009, 147 ss.

⁷³ V. C. CAVALLINI, *L'Arbitrato rituale*, cit., 147.

zione della “competenza”, in uno con la più volte ricordata inapplicabilità delle regole relative alla *translatio iudicii*, rappresenterebbe, secondo l'autore, un *vulnus* all'asserita vigenza del principio *Kompetenz Kompetenz* in ambito arbitrale.

In tale contesto, secondo Cavallini, non sarebbe irragionevole utilizzare il regime di cui all'art. 39 c.p.c. (espressione di un principio generale dell'ordinamento qual è quello della tutela effettiva dei diritti: “(...) che tale non è se non si espone al conflitto fra decisioni sull'*eadem res*”⁷⁴) quale modello di riferimento per disciplinare i rapporti arbitro-giudice statale, dato che i due organi giudicanti sarebbero bensì *diversi* (in quanto non appartenenti alla medesima giurisdizione “in senso stretto”), ma pur sempre appartenenti a “giurisdizioni” *funzionalmente analoghe*, accomunate dal fine della tutela dei diritti soggettivi⁷⁵. Se la *ratio* dell'istituto regolato dall'art. 39 c.p.c. è di evitare la formazione di giudicati contraddittori sullo stesso diritto tutelato (e il lodo arbitrale di merito, divenuto definitivo ha l'idoneità, al pari della sentenza del giudice statale passata in giudicato formale, di costituire un *dictum* vincolante in relazione al diritto azionato e deciso), la duplicazione dei giudizi, rispettivamente in sede giudiziale e arbitrale, sulla medesima causa deve essere considerata un fenomeno distorsivo, pregiudizievole sia per l'effettività della tutela *tout court* dei diritti, sia per l'accesso alla tutela alternativa (i.e. in sede arbitrale) di quei diritti.

In quest'ottica, la possibilità, ribadita dalla riforma del 2006, di annullare un lodo contrario a precedente sentenza passata in giudicato o a precedente lodo definitivo sarebbe non solo un rimedio “successivo alla duplicazione di giudizi” sulla medesima causa (invero “blando”, in quanto subordinato alla preventiva produzione del documento nel corso del processo arbitrale ed esperibile solo quando la formazione del precedente giudicato sia avvenuta antecedentemente alla chiusura della discussione dinanzi agli arbitri), ma soprattutto l'espressione di un principio generale che *proprio nello strumento dell'eliminazione ex ante dell'identico processo instaurato per secondo troverebbe attuazione*. Secondo Cavallini, né la diversa natura della *potestas iudicandi*, rispettivamente, dell'arbitro e del giudice statale, né la natura di eccezione in senso stretto della relativa *exceptio compromissi* potrebbero ostare a tale ipotetica ricostruzione.

Sotto il primo profilo, una volta riconosciuto il carattere *alternativo, fungibile e sostitutivo* della funzione aggiudicatoria degli arbitri rispetto a quella del giudice statale, la differente natura della *potestas iudicandi* dei due organi dovrebbe risul-

⁷⁴ V. C. CAVALLINI, *L'Arbitrato rituale*, cit., 147, che richiama in proposito V. COLESANTI, *Litispendenza (diritto processuale civile)*, IX, Torino, 1963, 984, per il quale la *ratio* dell'istituto andrebbe ravvisata: “(...) non tanto con il proposito di impedire una inutile duplicazione dell'attività pubblica, ma piuttosto con la necessità di eliminare l'alea della formazione di giudicati contraddittori”.

⁷⁵ V. C. CAVALLINI, *L'Arbitrato rituale*, cit., 147.

tare irrilevante, posto che la duplicazione di giudizi sulla medesima causa, con il rischio di un conflitto tra giudicati, minerebbe non solo, evidentemente, l'effettività della tutela del diritto azionato, ma altresì la stessa *sostitutività* dell'arbitrato⁷⁶. L'obiezione dell'asserita compressione del principio *Kompetenz Kompetenz*, in conseguenza di un'applicazione analogica dell'art. 39 c.p.c., non avrebbe ragion d'essere, dato che l'istituto disciplinato da questa norma *intende proprio prescindere dall'applicazione di quel principio*, che, nell'ambito dei rapporti arbitro-giudice, rappresenterebbe un ostacolo alla risoluzione preventiva del potenziale conflitto di giudicati.

Ancor meno pregnante sarebbe, secondo Cavallini, l'argomento utilizzato spesso dalla Cassazione in passato, secondo cui il principio di prevenzione, su cui l'art. 39 c.p.c. si fonda, *sarebbe configurabile solo in relazione a giudizi pendenti davanti a giudici "parimenti muniti di competenza"*⁷⁷. Esso, infatti, confliggerebbe con l'orientamento della Suprema Corte in tema di rapporti tra competenza e litispendenza, secondo cui (a guisa di temperamento del principio dell'irrelevanza della competenza del giudice adito) l'unico ostacolo all'applicazione dell'art. 39 c.p.c. sarebbe la già intervenuta dichiarazione di incompetenza del primo giudice, prescindendo diversamente tale norma da qualunque indagine sull'incompetenza del giudice adito per primo⁷⁸.

Evidenti ragioni di economia processuale consiglierebbero di anticipare la situazione processuale che si verrebbe comunque a manifestare come conseguenza dell'applicazione del principio di prevenzione e della dichiarazione di incompetenza del giudice preventivamente adito. Invero, l'applicazione dell'art. 39 c.p.c. anche ai rapporti arbitro-giudice statale consentirebbe di semplificare significativamente la disciplina dei conflitti di *potestas iudicandi* tra il primo e il secondo, conducendo ad un primo e potenzialmente definitivo radicamento della controversia, senza, tuttavia, escludere la cognizione sulla esistenza, validità ed efficacia del patto arbitrale, che verrebbe però riservata all'organo, giudice o arbitro, adito per primo⁷⁹. L'ostacolo rappresentato dal fatto che, in caso di pronuncia declinatoria dell'arbitro o del giudice, non sarebbe attuabile una vera e propria *translatio iudicii* (istituto sdoganato dalla Corte costituzionale successivamente a queste riflessioni dell'autore), potrebbe essere aggirato e superato, secondo Cavallini, dalla considerazione che la decisione definitiva sulla questione della validità ed efficacia di una convenzione arbitrale avrebbe l'idoneità ad esplicitare gli effetti del giudicato sostanziale, dunque vin-

⁷⁶ C. CAVALLINI, *L'Arbitrato rituale*, cit., 148 ss.

⁷⁷ In tal senso, v., ad esempio, Cass. 9 aprile 1998, n. 3676, in *Riv. arb.* 1998, 501 ss.

⁷⁸ V., in tal senso, Cass. S.U. 11 novembre 1994, n. 9409, in *Il fallimento* 1995, 805 ss.; ancora più specifica sul punto è Cass. 15 maggio 1978, n. 2377.

⁷⁹ C. CAVALLINI, *L'Arbitrato rituale*, cit., 149 ss.

colante nell'altra sede (come emergerebbe anche dall'introduzione della norma di cui al comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c., sull'autonoma azionabilità, in sede giudiziale, di una domanda avente ad oggetto l'invalidità ed inefficacia di una convenzione arbitrale). Anzi, secondo l'autore, dal dato normativo attuale si potrebbe financo desumere un effetto sospensivo della prescrizione, *fino a quando non si sia statuito in modo bilateralmente vincolante sulla spettanza della potestà decisoria* (e ciò anche a prescindere dall'adesione a quelle posizioni che ritengono di dover estendere l'effetto sospensivo anche al giudicato sulle questioni di rito). In tal modo: “[v]errebbe ammessa una parziale applicazione dell'art. 50 c.p.c. almeno con riferimento al *dies a quo* della produzione degli effetti della domanda (o, se si preferisce, verrebbe così a determinarsi una situazione processuale analoga a quella prevista nell'art. 50 c.p.c. in relazione alla decorrenza degli effetti *de quibus*)”. Si avrebbe così anche un deterrente ad adire il giudice statale in presenza di un patto arbitrale valido previamente stipulato dalle parti⁸⁰.

Sotto il secondo profilo, la *natura di eccezione in senso stretto* dell'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* dell'organo adito in presenza di una convenzione arbitrale non costituirebbe un ostacolo all'applicazione, ai rapporti arbitro-giudice statale, del principio consacrato nell'art. 39 c.p.c., perché proprio da quella natura il legislatore avrebbe derivato la regola secondo cui la mancata proposizione dell'eccezione *de qua* implicherebbe, ai sensi del nuovo art. 819 *ter* c.p.c., la manifestazione di un mutuo dissenso verso la tutela arbitrale *illo tempore* eletta con la stipulazione dell'accordo compromissorio, consentendo di radicare definitivamente la lite presso un unico organo – il giudice statale – e ancorando la decorrenza degli effetti sostanziali e processuali della domanda solo alla pendenza del processo ordinario.

Per l'autore, in definitiva, non vi sarebbe incompatibilità, né sotto il profilo normativo, né sotto quello sistematico, all'applicazione, tra rapporti arbitro-giudice statale e criterio della prevenzione, la cui applicazione ai primi non escluderebbe del tutto, *ma si limiterebbe a precedere cronologicamente*, un esame sulla validità ed efficacia della convenzione arbitrale da parte dell'organo preventivamente adito.

Tra le diverse declinazioni del criterio della prevenzione, l'autore sembra prediligere, sebbene più in una prospettiva *de iure condendo*, quella adottata dall'ordinamento francese, operante solo *ex uno latere*, in favore, cioè, del solo giudizio arbitrale precedentemente incardinato, che consentirebbe di eliminare in radice il fenomeno della duplicazione di procedimenti sulla medesima causa (salvo che per il caso in cui il giudice statale, adito in prevenzione, ritenga la convenzione arbitrale manifestamente nulla o inoperante e il tribunale arbitrale, adito successiva-

⁸⁰ C. CAVALLINI, *L'Arbitrato rituale*, cit., 150.

mente, giunga ad una conclusione opposta circa la sussistenza della propria *potestas iudicandi*)⁸¹. Per Cavallini, a ben vedere, si tratterebbe di soluzione che, nel rinviare le parti ad un arbitrato pendente o da instaurare, non sarebbe del tutto estranea all'attuale contesto normativo⁸².

Anche Verde, nell'ambito di una visione meno radicale rispetto a sue precedenti prese di posizione (in cui individua, nel combinato disposto degli artt. 817 e 819 *ter* c.p.c., financo una garanzia della sopravvivenza del potere degli arbitri di decidere sulla propria "competenza" *anche ove il giudice dello Stato abbia previamente deciso la questione*⁸³), non sembra escludere del tutto l'operatività del criterio della prevenzione, *ad instar* di quello sotteso alla disposizione di cui all'art. 39 c.p.c. Se ciò è evidente, nel pensiero dell'autore, con riferimento ai casi di *parallelismo tra procedure arbitrali*⁸⁴ (laddove parla di *estinzione implicita* dell'accordo arbitrale come conseguenza della proposizione della medesima causa dinanzi all'altro organo⁸⁵), la medesima conclusione pare altresì emergere, in alcuni passi delle sue riflessioni, con riferimento al caso dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale⁸⁶.

⁸¹ Con la possibile integrazione "migliorativa" in base alla quale, in sede di giudizio ordinario, e su esplicita domanda di parte, il giudice dovrebbe poter accertare la (non) validità della convenzione arbitrale con efficacia di giudicato, come tale vincolante anche per gli arbitri.

⁸² Invero, nel quadro della nuova disciplina dell'impugnazione per nullità, la Corte d'appello deve rinviare ad un nuovo arbitrato ogniqualvolta accerti la sussistenza di alcuni vizi di nullità del lodo senza poter però decidere essa stessa nel merito (dovendo in tal caso il giudice ordinario, adito nonostante la previa stipulazione dell'accordo arbitrale, rinviare all'arbitro a meno che rilevi la nullità della convenzione e quindi riconosca la propria *potestas iudicandi*): v. C. CAVALLINI, *L'Arbitrato rituale*, cit., 156.

⁸³ G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5a ed., Torino 2015, 22.

⁸⁴ G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5a ed., cit., 22.

⁸⁵ Su cui v. Cass 25 maggio 2007, n. 12321, che ha ammesso la possibilità di celebrare, su accordo delle parti, un unico arbitrato per controversie connesse nascenti da contratti fra loro collegati, nella misura in cui le clausole compromissorie ivi contenute siano di identico contenuto.

⁸⁶ Osserva, infatti, G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5a ed., cit., 126: "Si potrebbe osservare che, qualora pendano due processi identici dinanzi a due giudici diversi (statali o privati non conta) esigenze logiche prima che ragioni giuridiche impongano di risolvere preventivamente il conflitto. Peraltro, se ciò trova dinanzi a giudici entrambi statali una soluzione giuridica agevole (basata sul criterio della prevenzione), nel caso in cui uno o entrambi i giudici pendano dinanzi agli arbitri deve essere presa in considerazione più che la prevenzione, la volontà di rinunciare al primo arbitrato (con implicita revoca dell'incarico degli arbitri, che dovranno dichiarare la sopravvenuta estinzione del procedimento, salve le proprie competenze professionali). E se il primo arbitrato si fosse concluso con lodo ancora impugnabile, ugualmente il ricorso a un nuovo arbitrato comporterebbe una rinunzia alla prima decisione (lo stesso è a dire se penda impugnazione per nullità, dovendo la Corte di appello dichiarare la cessazione della materia del contendere). Ciò è tanto vero che, ove il lodo non fosse più impugnabile, il secondo giudice arbitrale dovrebbe omettere di pro-

SEZIONE SECONDA

PROBLEMATICHE TEORICHE E PRATICO-APPLICATIVE DEI RAPPORTI ARBITRO-GIUDICE

2. *Gli effetti, solo endoprocessuali o anche extraprocessuali, della mancata o intempestiva proposizione dell'eccezione di carenza di potestas iudicandi, rispettivamente, degli arbitri (art. 817, commi 2 e 3, c.p.c.) e del giudice statale (art. 819 ter, comma 1, c.p.c.)*

Uno dei profili su cui si registrano tutt'ora posizioni anche sensibilmente divergenti in dottrina, non solo tra i fautori del sistema delle "vie parallele", ma pure tra coloro che sostengono ricostruzioni alternative quanto al regime generale che governa i rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale, riguarda l'effetto della mancata o intempestiva proposizione dell'eccezione, rispettivamente, in sede arbitrale e in sede giudiziale, della carenza di *potestas iudicandi* dell'organo adito, per, rispettivamente l'allegata (in sede arbitrale) *insussistenza*, *invalidità* o *inefficacia* della convenzione arbitrale o, al contrario, per la sua asserita (in sede giudiziale) *sussistenza*, *validità* ed *efficacia*.

Tali contrasti dipendono, in parte, dal fatto che, in generale, le norme introdotte dalla riforma, che espressamente governano la condotta omissiva delle parti nelle due sedi, appaiono involute e lacunose; in parte dal fatto che *solo quella che disciplina la tematica nell'ambito del giudizio statale* ricollega espressamente, alla condotta omissiva, una peculiare conseguenza, che pare, ad una prima lettura, andare *ben al di là* della mera preclusione processuale, ma di cui, però, non è agevole cogliere l'esatta portata.

Nello specifico, mentre la seconda parte del comma 2 dell'art. 817 c.p.c. si limita a disporre che: "La parte che non eccepisce nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri l'incompetenza di questi per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato, *non può per questo motivo impugnare il lodo (...)*"⁸⁷, la seconda parte del comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c. prevede espres-

nunciare nel merito solamente se le parti abbiano prodotto la decisione (o la sentenza passata in giudicato: art. 829 comma 1 n. 8 c.p.c.). Qualora poi una parte desse inizio ad un nuovo arbitrato in pendenza di altro iniziato procedimento arbitrale, l'eccezione del convenuto non sarebbe di litispendenza, ma di carattere sostanziale, in quanto la convenzione di arbitrato ha già avuto esecuzione (così che non può essere ripetuta una seconda volta senza il consenso di tutte le parti). Gli arbitri, di conseguenza, non dovrebbero dichiarare la litispendenza, ma l'improcedibilità dell'arbitrato per difetto di *potestas iudicandi*".

⁸⁷ Come ricordato nel primo capitolo, al par. 2, il quadro delle preclusioni in arbitrato è completato, da un lato, dal comma 3 dell'art. 817 c.p.c., che contempla la medesima preclusione pro-

samente che la mancata proposizione dell'eccezione entro il termine di decadenza ivi previsto (la comparsa di risposta): "(...) *esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio*".

Il fatto che entrambe le norme contemplino, quale effetto minimo della condotta omissiva, una preclusione processuale per la parte negligente (consistente, in entrambe le sedi, nell'impossibilità di sollevare l'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* dell'organo adito in un momento successivo all'inutile decorso del termine preclusivo⁸⁸ e nell'impossibilità di impugnare, per quel motivo, la successiva decisione di merito), è tendenzialmente fuori discussione.

Ciò che invece risulta controversa è l'esatta portata della particolare formulazione della norma che governa la condotta omissiva delle parti nell'ambito del giudizio statale, nonostante quella condotta riguardi, sotto il profilo contenutistico, nelle due diverse sedi, lo stesso tipo di contestazione, per quanto *di segno opposto* (mancata censura, in sede arbitrale, dell'*inesistenza*, *invalidità* ed *inefficacia* della convenzione arbitrale e, all'opposto, mancata invocazione, in sede giudiziale, dell'*esistenza*, *validità* ed *efficacia* di quella medesima convenzione).

Si discute, in particolare, da un lato, se la mancata proposizione dell'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* in sede arbitrale sia idonea a produrre effetti *al di*

cessuale (l'impossibilità di una successiva impugnazione del lodo) prevista dal comma 2 dello stesso articolo, ma in relazione ad un diversa contestazione (l'esorbitanza delle conclusioni delle altre parti dai limiti della convenzione arbitrale); dall'altro, dalla disposizione di cui al comma 2 dell'art. 829 c.p.c., per la quale la parte che non ha eccepito nella prima istanza o difesa successiva la violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale, non può per questo motivo impugnare il lodo: norma di chiusura del sistema, che enuclea il principio generale in materia di preclusioni nel contesto arbitrale, di cui i termini preclusivi indicati nei commi 2 e 3 dell'art. 817 c.p.c. rappresenterebbero altrettante specificazioni. Ciò che emerge dal combinato disposto delle norme summenzionate è, in definitiva, la regola della *sanabilità di qualunque vizio del patto arbitrale* (salva la non arbitrabilità della disputa), in mancanza di suo tempestivo rilievo (secondo tempi e modi diversi) nel corso del giudizio arbitrale. V. C. DELLE DONNE, *Sub art. 817 c.p.c.*, cit., in P. COMOGLIO *et al.* (a cura di), *Commento del codice*, cit., 526, per la quale la *ratio* di questo sistema andrebbe ravvisata nell'intenzione del legislatore di *favorire una decisione nel merito della lite*, lasciando alle parti la più ampia facoltà di valutare l'interesse alla risoluzione della controversia in arbitrato, pur in presenza di vizi del patto arbitrale.

⁸⁸ Lo sottolinea M. BOVE, *Aspetti problematici nella nuova disciplina della convenzione d'arbitrato rituale*, in *Il giusto princ. civ.* 2006, 79, per il quale, appunto, la mancata proposizione dell'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* dell'arbitro entro la prima difesa utile escluderebbe non solo la possibilità di una successiva impugnazione del lodo, ma anche il possibile rilievo di quella contestazione in un momento successivo del giudizio arbitrale, perché ciò andrebbe contro la precedente condotta assunta dalla parte (divieto del *venire contra factum proprium*). Nel contesto normativo pre-riforma, S. SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, 1^a ed., Vol. IV, 2, Milano 1959-1962, 281, parlava in proposito di "acquiescenza", sia pure *preventiva*, come conseguenza del comportamento omissivo e inequivoco della parte, secondo un meccanismo simile all'art. 157, comma 2, c.p.c.

fuori del processo, sia sotto il profilo di un possibile vincolo del giudice statale, contestualmente o successivamente adito, a ritenere *sussistente* la *potestas iudicandi* arbitrale in conseguenza del semplice inutile decorso del termine per la proposizione della relativa eccezione, sia sotto il profilo di un'eventuale ricaduta di quella stessa condotta *sul piano sostanziale*, consistente in una sopravvenuta cristallizzazione del patto arbitrale, rispetto al quale la mancata contestazione si tramuterebbe in una tacita conclusione di un patto arbitrale prima inesistente, o nella tacita sanatoria di un patto arbitrale prima invalido o, ancora, nella tacita estensione del suo ambito di applicazione; dall'altro lato, sul significato da attribuire all'oscura espressione utilizzata dall'art. 819 *ter*, comma 1, c.p.c., secondo cui la mancata proposizione dell'eccezione: "(...) *esclude* la competenza arbitrale *limitatamente* alla controversia *decisa* in quel giudizio".

2.1. *La mancata proposizione dell'eccezione di carenza di potestas iudicandi in sede arbitrale*

Per quanto riguarda il primo profilo, l'opinione di gran lunga prevalente, in linea con l'orientamento che già prevaleva prima della riforma, è nel senso che la mancata proposizione, in sede arbitrale, dell'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* degli arbitri, in relazione ai diversi profili indicati dall'art. 817 c.p.c. (esistenza, validità, efficacia, contenuto e ampiezza della convenzione arbitrale, regolare costituzione degli arbitri, nonché esorbitanza delle conclusioni delle parti rispetto ai limiti di questa), si limiti ad integrare una *mera preclusione di natura processuale*, che esaurisce, cioè, i suoi effetti *all'interno del giudizio*, traducendosi esclusivamente nell'impossibilità, per la parte negligente (ma, si ritiene, non per la parte la cui omessa proposizione dipenda dal fatto di *non aver preso attivamente parte* al giudizio arbitrale⁸⁹ – applicandosi la stessa conclusione, *mutatis mutandis*,

⁸⁹ Escludono che incorra nelle preclusioni contemplate dall'art. 817 c.p.c. la parte che non abbia partecipato al giudizio, consentendole, dunque, di sollevare le contestazioni alla *potestas iudicandi* arbitrale, *per la prima volta*, in sede di giudizio di impugnazione per nullità, sempre che tale vizio non sia già stato rilevato *ex officio* dagli arbitri – ove possibile – nel corso del procedimento, G. RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina*, cit., 290 ss.; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, Padova 2012, 532; ID., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, Vol. III, Torino 2010, 202; C. DELLE DONNE, *Sub art. 817 c.p.c.*, cit., in P. COMOGLIO *et al.* (a cura di), *Commento del codice*, cit., 507 ss., spec. 529; E. D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli artt. 817, comma 2, e 829, n. 1, c.p.c.*, nt. CGUE, 26 ottobre 2006, C-168/05, in *Riv. arb.* 2006, 679 ss., spec. 690 ss.; F.P. LUISSO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato (L. n. 80/2005 e D.lgs. n. 40/2006)*, Milano 2006, 117 ss.; ID., *Parte "assente" nel processo arbitrale ed eccezione di incompetenza*, nt. Cass. 28 febbraio 2019, n. 5824, in *Riv. arb.* 2, 2019, 299 ss., per il quale non si dovrebbe costringere un convenuto a partecipare ad un processo dinanzi ad un soggetto diverso dal

suo giudice “naturale”, per far valere la carenza di potere decisorio del primo (*ad instar* di quanto avviene sia ai sensi dell’art. 4, comma 1, l. n. 218 del 1995 sul diritto internazionale privato, sia ai sensi dell’art. 28, comma 1, Regolamento n. 1215 del 2012, per i quali il convenuto è tratto dinanzi ad un soggetto che non ha istituzionalmente il potere di decidere la controversia, come lo ha invece il giudice del suo domicilio: se alla parte comparsa è fatto onere di eccepire la carenza di giurisdizione del giudice adito nella sua prima difesa, lo stesso onere non è imposto alla parte assente). Tale orientamento rileva, in particolare, che la disposizione di cui all’art. 817 c.p.c. sembra ricollegare l’effetto preclusivo solo all’esercizio della prima difesa e *non anche al decorso del termine per la stessa*, dando cioè rilievo non tanto al comportamento omissivo in sé della parte, quanto solo a quello della parte che si difenda attivamente nel merito delle lite, senza però difendersi sul punto della “competenza” arbitrale, assumendo, con ciò, una condotta incompatibile con la volontà di invocarne asseriti vizi. Insomma, non sussiste, nel nostro ordinamento, alcun onere, per la parte convenuta, di partecipare attivamente al processo, allorché si sia di fronte all’(o nonostante l’)inesistenza di un valido patto arbitrale: così, in particolare, G. RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina*, cit., 291. La soluzione opposta finirebbe per interpretare la condotta di una parte che, con la sua assenza, *ha dimostrato di non voler assoggettarsi alla giustizia arbitrale*, come volontà, invece, di attribuire agli arbitri il potere esclusivo di decidere sulla propria *potestas iudicandi*. La maturazione delle preclusioni nei confronti della parte *che si difende davanti gli arbitri*, omettendo tuttavia di sollevare alcuna contestazione con rispetto ai vizi della convenzione, appare invece conseguenza ragionevole: così F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.* 2005, 779, per il quale, inoltre, la tesi della non opponibilità della preclusione processuale al “contumace” eviterebbe l’inconveniente principale della tesi contraria, ossia costringere la parte che intende rimanere “assente” a partecipare ugualmente al processo arbitrale al fine di eccepire l’incompetenza arbitrale, divenendo però con ciò debitore solidale dei compensi degli arbitri (ma, su questo punto, v. M. BOVE, *La giustizia privata*, Milano 2018, 72, per il quale: “(...) la parte interessata nel momento in cui è convenuta, perché destinataria della domanda di arbitrato, è comunque chiamata a rispondere solidalmente per le spese e gli onorari degli arbitri anche in caso di suo completo disinteresse”). Per l’orientamento opposto, nel senso cioè che la preclusione processuale si manifesterebbe *anche nei confronti della parte che non abbia partecipato attivamente al giudizio*, v. G. TOTA, *Difetto di potestas iudicandi dell’arbitro, mancata partecipazione del convenuto al giudizio arbitrale e conseguenze sull’impugnazione del lodo*, nota a Cass. 28 febbraio 2019, n. 5824, in *GiustiziaCivile.com*; S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 201 ss.; BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, cit., 357 ss., spec. 364 ss.; ID., *La giustizia privata*, 4^a ed., cit., 71 ss.; L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 567 ss. In tal senso era anche la giurisprudenza risalente: v. Cass. 24 marzo 1962, n. 600, in *Giust. civ.* 1962, I, 1743. La giurisprudenza maggioritaria è nel senso che la preclusione processuale derivante dalla mancata o intempestiva proposizione dell’eccezione nel giudizio statale si verifichi *solo nei confronti della parte che abbia attivamente partecipato al giudizio, non, invece, nei confronti del soggetto rimasto assente*. V., in tal senso, da ultimo, Cass. 28 febbraio 2019, n. 5824, in *GiustiziaCivile.com*, nt. G. TOTA, *Difetto di potestas iudicandi dell’arbitro*, cit.; in *Diritto & Giustizia*, 40, 2019, 21 ss., nt. I. PIETROLETTI, *Il lodo può essere impugnato per incompetenza degli arbitri, anche da chi non ha partecipato al giudizio arbitrale*; in *Riv. arb.* 2, 2019, 299 ss., nt. F.P. LUISO, *Parte “assente” nel processo arbitrale ed eccezione di incompetenza*. In tale pronuncia la Suprema Corte ha statuito che: “(...) L’effetto preclusivo regolato dalla norma in questione (...) vale solo con riferimento alla parte che ha partecipato al giudizio arbitrale, ma non per la parte che è rimasta in ipotesi assente dal giudizio arbitrale, in attesa di vederne l’esito. L’art. 817 c.p.c., comma 3, difatti,

per la parte non costituita nel giudizio statale), di contestare successivamente, nel corso del giudizio arbitrale, la competenza dell'arbitro e altresì di impugnare il futuro lodo, per motivi attinenti alla *potestas iudicandi* arbitrale, non tempestivamente invocati nel corso del giudizio⁹⁰.

Da tale condotta non discenderebbe, invece, né la *formulazione tacita* di un patto prima inesistente o la *sanatoria* di un patto prima invalido, né alcuna *efficacia extraprocedurale*, sotto forma di vincolo, nei confronti di un altro arbitro o del giudice statale (che dovessero confrontarsi, in un momento successivo, con la questione della *potestas iudicandi* arbitrale), dell'avvenuta cristallizzazione del patto arbitrale. Ne segue che il giudice statale non sarebbe in alcun modo obbligato, per il solo fatto della mancata contestazione di un patto arbitrale in sede arbitrale, a rigettare come inammissibile o improponibile una domanda su un oggetto rientrante nell'ambito di applicazione di quel patto, né dovrebbe spogliarsi di una causa nel frattempo istruita per sopravvenuta carenza della propria *potestas iudicandi*, conseguente all'inutile decorso, in sede arbitrale, del termine entro cui contestare la competenza degli arbitri⁹¹.

trova fondamento nell'operato processuale delle parti che, tramite il loro comportamento di sostanziale acquiescenza, determinano il radicamento della competenza degli arbitri che, in tale modo, non può più essere messa in discussione dalle parti in sede di impugnazione del lodo. Pertanto (...) l'effetto preclusivo della mancata eccezione di cui all'art. 817 c.p.c., comma 3, di natura processuale, non può desumersi dalla 'contumacia' della parte nel giudizio arbitrale, i cui effetti non sono regolati in materia di arbitrato. La conseguenza consiste in ciò, che la parte che non abbia partecipato al giudizio arbitrale: "(...) può adire il giudice ordinario perché accerti che il lodo, comunque emesso pur in mancanza di clausola compromissoria, sia inefficace o inesistente nei suoi confronti". Nello stesso senso v. Cass. 24 febbraio 2006, n. 4156, in *Foro it.* 2007, I, 2212, nt. E. D'ALESSANDRO, per la quale: "(...) qualora sia instaurata una procedura di arbitrato irrituale, ovvero una delle parti contesti che la lite sia devoluta ad arbitri e rifiuti di partecipare al processo, è possibile adire il giudice ordinario per l'accertamento dell'inefficacia del lodo, non maturando alcuna preclusione in tal senso a carico della parte stessa". Critica, sul punto, G. TOTA, *Difetto di potestas iudicandi dell'arbitro*, cit., per la quale, in mancanza di una norma espressa sul punto: "(...) nulla autorizza ad attribuire alla 'contumacia' nel processo arbitrale un regime diverso (e di maggior favore per il contumace) da quello dell'omologo istituto previsto dagli artt. 290 ss. c.p.c."

⁹⁰ Salvo ritenere detto termine, in caso di invalidità o inefficacia *sopravvenute* rispetto al termine espressamente indicato dall'art. 817 c.p.c. (la prima memoria successiva all'accettazione da parte degli arbitri), *posticipato* almeno fino alla prima difesa successiva alla loro sopravvenienza (così F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, cit., 116; C. PUNZI, *Il processo civile*, cit., 201 ss.), a condizione che, a quella data, *il vizio sia conosciuto o conoscibile*, pena, altrimenti, una inaccettabile compressione dei diritti di difesa della parte che, al limite, dovrebbe poter essere in grado di sollevare quei vizi, incolpevolmente non conosciuti prima, anche per la prima volta in sede di impugnazione del lodo.

⁹¹ Nel senso che la mancata o intempestiva proposizione della contestazione alla *potestas iudicandi* arbitrale integri una mera preclusione processuale, esaurendo i suoi effetti all'interno del processo, v. G. RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina*, cit., 287

Dalla riconduzione della condotta omissiva delle parti in sede arbitrale ad una fattispecie meramente endo-processuale discenderebbe altresì la legittimazione degli arbitri ad affermare la sussistenza della propria *potestas iudicandi* semplicemente valutando la condotta (omissiva) dei difensori, senza alcuna necessità di indagare l'effettiva volontà delle parti⁹² o, in relazione agli enti collettivi pubblici e privati, di

ss.; R. VACCARELLA, *La contemporanea pendenza del procedimento arbitrale*, cit., 192 ss.; F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile*, 8ª ed., Milano 2015, 786; ID., *Rapporti fra arbitro e giudice*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato (L. n. 80/2005 e D.lgs. n. 40/2006)*, Milano 2006, 116 ss.; M. LONGO, *Autorità giudiziaria e arbitrale*, in M. RUBINO SAMMARTANO (a cura di), *Arbitrato, ADR e conciliazione*, cit., 459 ss.; G.F. RICCI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 467 ss.; L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 562 ss.; E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, Milano 2009, 77 ss. In base a tale ricostruzione, un'eventuale chiusura del giudizio arbitrale in rito lascerebbe del tutto impregiudicate le questioni attinenti alla esistenza, validità ed efficacia della convenzione arbitrale (ciò che può assumere rilievo nel caso di convenzione arbitrale il cui oggetto non sia esaurito, o di clausola arbitrale accessoria ad un contratto con una pluralità di parti o di patto in relazione a materia non contrattuale). Non mancano, tuttavia, in dottrina, posizioni opposte, nel senso cioè di un'efficacia sul piano sostanziale attribuibile all'inerzia del convenuto, in base alle quali la mancata o intempestiva proposizione dell'eccezione di incompetenza arbitrale varrebbe quale tacita manifestazione di volontà compromissoria, idonea – a seconda dei casi – a convalidare, *ex art. 1423 c.c.*, l'accordo arbitrale nullo, ovvero a surrogare la forma scritta prevista per la conclusione della convenzione d'arbitrato ancora mancante. In tale prospettiva, l'estinzione o la chiusura in rito del processo arbitrale non priverebbero di effetti l'accordo compromissorio convalidato o concluso (tacitamente) *ex novo*, che ben potrebbe, dunque, fondare un nuovo arbitrato tra le stesse parti e con il medesimo oggetto: in questo senso v. E. D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro*, cit., 679 ss., spec. 690 ss.; A. MOTTO, *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti*, in *Riv. arb.* 2006, 93 ss., spec. 102, per il quale, ove si ricostruisce il fenomeno alla stregua di un meccanismo di preclusione, il comportamento omissivo finirebbe per gravare anche sulla parte non costituita *apud arbitros*. Per altra parte della dottrina, la condotta omissiva della parte avrebbe valore di diritto sostanziale, determinando la formazione di una sorta di convenzione arbitrale tacita, seppur sprovvista di rilevanza esterna al processo: in tal senso v. F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile*, V, Milano 2017, 195 ss.; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5ª ed., cit., 186; C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova 2012, 478 ss. e 548 ss. La giurisprudenza prevalente è invece orientata nel senso della mera preclusione processuale, escludendo, così, la possibilità della formazione, *per facta concludentia*, di una nuova convenzione d'arbitrato. V., da ultimo, Cass. 28 febbraio 2019, n. 5824, secondo cui: "(...) In merito agli effetti del mancato rilievo della "incompetenza" dell'arbitro sancito dall'art. 817 c.p.c., comma 2, questa Corte, già nel vigore delle vecchie norme che regolavano il giudizio arbitrale, ha sancito che la mancata proposizione, nel corso del procedimento arbitrale, dell'"eccezione di incompetenza" degli arbitri (...), determina un semplice effetto preclusivo della relativa azione per nullità e non importa, invece, che tra le parti si debba ritenere concluso un nuovo compromesso per allargare la materia del decidere.

⁹² Nel senso che: "(...) sia la formulazione del quesito delle conclusioni esorbitanti dall'ambito del patto compromissorio, sia l'eccezione" possano provenire dai soli difensori v. C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, cit., 541 ss. Aderendo, invece, alla tesi secondo cui la mancata contestazione

richiedere un'apposita delibera di approvazione degli organi competenti⁹³.

Si segnala, peraltro, in tale contesto, la posizione di chi ritiene applicabile, sia al giudizio arbitrale, sia al giudizio statale, la disposizione di cui all'art. 38, comma 2, c.p.c., si sensi della quale: "quando le parti costituite aderiscono all'indicazione del giudice competente, la competenza del giudice indicato rimane ferma se la causa è riassunta entro tre mesi dalla cancellazione della causa dal ruolo". In tale ottica, l'efficacia vincolante per l'organo *ad quem* non discenderebbe da una pronuncia vera e propria, dato che né gli arbitri, né il giudice statale procederebbero, tecnicamente, ad una decisione, rispettivamente, sulla propria *potestas iudicandi* o sull'eccezione di compromesso, ma: "(...) dalla comune volontà delle parti costituite nel senso di sottoporre una data controversia alla decisione arbitrale"⁹⁴.

2.2. *La mancata proposizione dell'eccezione di carenza di potestas iudicandi in sede giudiziale*

Più complesso appare il secondo profilo summenzionato, ossia il significato da attribuire all'espressione contenuta nel comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c., secondo cui la mancata proposizione dell'eccezione: "(...) *esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio*".

Per cominciare, vi è una generale convergenza in dottrina e giurisprudenza sul fatto che la mancata o intempestiva proposizione dell'*exceptio compromissi* in sede giudiziale⁹⁵ non abbia ripercussioni sul piano sostanziale, nel senso, cioè, che essa

dei vizi della convenzione di arbitrato integrerebbe un compromesso tacito (produttivo di effetti anche nel caso in cui il giudizio arbitrale non dovesse concludersi con una pronuncia sul merito della lite e financo in caso di annullamento del lodo in sede di impugnazione), non si potrebbe prescindere dalla verifica dell'effettiva sussistenza della volontà delle parti di pervenire ad una stipulazione di una pattuizione arbitrale *per facta concludentia*: così MOTTO, *In tema di clausola compromissoria*, cit., 99 ss.

⁹³ G. RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 290. V. anche Cass. 14 febbraio 1979, n. 965, in *Arch. giur. OO. PP.* 1979, II, 50.

⁹⁴ Così A. BARLETTA, *Translatio iudicii e nuovi rapporti tra giudici ed arbitri*, cit., 95 ss., che precisa come, a differenza del giudicato interno formatosi sulla questione della validità o dell'efficacia della convenzione arbitrale, l'efficacia *ex art. 38, comma 2, c.p.c.* investirebbe solo materie disponibili, sicché il giudice statale dovrebbe ritenersi comunque competente, pur a fronte di un siffatto accordo raggiunto dalle parti, in assenza di alcune parti necessarie o su controversie non compromettibili. V., sul punto, anche G. BONGIORNO, *Il regolamento di competenza*, Milano 1970, 88.

⁹⁵ In giurisprudenza si tende ad applicare due regimi distinti all'*exceptio compromissi* relativa ad un patto per un arbitrato avente sede in Italia, rilevabile, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta (Cass. 24 settembre 2015, n. 18978; Cass. 6 novembre 2015, n. 22748, entrambe in *Giur. it.* 2016, 351) e ad un'eccezione relativa ad un patto per *arbitrato estero*, assoggettata alla disciplina di cui agli artt. 4 e 11, l. n. 218 del 1995, rispetto alla quale è esperibile il regolamento di giurisdizione.

non implicherebbe una rinuncia *tout court* al patto arbitrale⁹⁶. Tuttavia, sull'esatta portata di quella condotta, se le si possa cioè attribuire anche un'efficacia extraprocessuale, sotto forma di vincolo dell'arbitro (o di ogni altro giudice) a ritenere definitivamente *insussistente* il patto arbitrale, quantomeno in relazione alla controversia *decisa* nel giudizio in cui quella condotta si sia verificata, si registrano non pochi contrasti in dottrina.

Alcuni autori ritengono che alla condotta omissiva della parte nel giudizio statale possa collegarsi solo un'efficacia *endoprocessuale*, consistente unicamente, *ad instar* di quanto avviene in sede arbitrale, nell'impossibilità di contestare la competenza del giudice in un qualunque momento successivo nel corso del giudizio statale (i.e., successivo al decorso del termine preclusivo corrispondente, ai sensi dell'art. 819 *ter*, comma 1, c.p.c., al deposito della comparsa di risposta), nonché nell'impossibilità di impugnare, per motivi attinenti alla *potestas iudicandi* del giudice statale in relazione alla convenzione di arbitrato, la decisione resa sul merito della lite.

Altri autori individuano invece nella condotta omissiva della parte un *meccanismo di coordinamento indiretto* tra la procedura giudiziale e quella arbitrale, idoneo ad incidere sulla *potestas iudicandi* degli arbitri, nella misura in cui la mancata o intempestiva proposizione dell'*exceptio compromissi* in sede giudiziale, determinando la sopravvenuta *inefficacia* del patto arbitrale, imporrebbero all'arbitro, dinanzi al quale sia stato previamente o successivamente instaurato (sulla base della convenzione oggetto della mancata eccezione in sede giudiziale) un giudizio sulla medesima causa pendente dinanzi al giudice statale, di chiudere in rito il giudizio⁹⁷.

zione (Cass S.U. 26 maggio 2015, n. 10800, in *Corr. giur.* 2016, 531). Una distinzione che non ha mancato di essere criticata in dottrina, sia rispetto al regime di rilevabilità, sia rispetto all'esperibilità del regolamento di giurisdizione (che dovrebbe essere o ammissibile in entrambi i casi, o in nessun caso): così M. BOVE, *La giustizia arbitrale*, 4^a ed., cit., nt. 10. Ad ogni modo, dopo la fase "negozialista" imposta dalla decisione delle Sezioni Unite n. 527 del 2000, la giurisprudenza è piuttosto granitica nel considerare entrambe le eccezioni *di rito* e *non di merito*: Cass. S.U. 25 ottobre 2013, n. 24153, ord.; Cass. 6 novembre 2015, n. 22748, in *Giur. it.* 2016, 351; Cass. 12 novembre 2015, n. 23176; Cass. 21 gennaio 2016, n. 1101.

⁹⁶Nel senso che dalla condotta omissiva della parte in sede arbitrale, in relazione alle contestazioni alla *potestas iudicandi* dell'arbitro, non discenderebbe alcuna conseguenza sul piano "sostanziale", in termini di rinuncia al patto arbitrale v. S. IZZO, *Appunti sull'eccezione di compromesso e sulla sentenza che la decide*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli 2010, 454, nonché, già prima della riforma, S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità*, cit., 271 ss.; C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione*, cit., 669 ss.; M. BOVE, *L'estinzione del patto compromissorio*, cit., 685. *Contra*, sempre prima della riforma, v. G. TOMBARI, *Natura e regime giuridico dell'eccezione di compromesso*, in *Riv. trim. dir. proc.* 1075 ss.; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2000, I, 453 ss.

⁹⁷Così F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.* 2005, 786, per il quale, in virtù della peculiare formulazione del comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c., che non trova riscontro nella formulazione della disposizione speculare di cui all'art. 817 c.p.c., l'omessa o intempestiva proposizione dell'eccezione produrrebbe conseguenze non solo all'interno del processo statale, che non

Le ricostruzioni degli autori risultano peraltro più articolate, in ragione della non immediata perspicuità non solo della parte del comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c. (che si riferisce all'*esclusione della competenza arbitrale* quale conseguenza della condotta omissiva della parte), ma anche della parte della norma che, facendo riferimento non alla controversia semplicemente *dedotta* nel giudizio, ma a quella ivi *decisa*, individua il momento in cui quel risultato, comunque interpretato (ossia quale mera preclusione endoprocessuale o riverberantesi all'esterno perché produttivo di un'efficacia extraprocessuale), dovrebbe prodursi.

Da un lato, infatti, v'è chi lo ricollega, senza ulteriori condizioni, *immediatamente* a far data dalla scadenza del termine entro cui l'eccezione avrebbe dovuto essere sollevata (in un momento, dunque, *immediatamente successivo* al termine previsto per il deposito della comparsa di risposta), sicché, anche ove il giudizio statale dovesse concludersi senza una decisione nel merito (per estinzione o perché il giudice abbia ritenuto di chiudere il giudizio in rito), sarebbe comunque possibile paralizzare il giudizio arbitrale contestualmente pendente (o instaurato in un secondo momento) sulla medesima causa, facendo valere la sopravvenuta inefficacia della convenzione arbitrale. In tal caso, infatti, non avendo rilevanza alcuna gli sviluppi successivi del giudizio (e, tantomeno, il fatto che questo si concluda o meno con una decisione sul merito), non sarebbe contemplabile una successiva "riemersione" o "riesumazione" dell'efficacia della convenzione, inesorabilmente estinta per la mancata tempestiva proposizione della relativa eccezione⁹⁸.

Dall'altro v'è chi, invece, richiede comunque, per il prodursi dell'effetto estintivo della *potestas iudicandi* arbitrale, che alla mancata proposizione dell'eccezione *faccia seguito una pronuncia di merito* da parte del giudice statale⁹⁹, differenziandosi poi ulteriormente la posizione di chi, nella pronuncia del giudice statale, ravvisa una condizione *sospensiva* dell'estinzione (*non ancora verificatasi*) della competenza arbitrale, sicché, in mancanza di tale pronuncia, ad esempio per intervenuta estinzione del giudizio o per chiusura in rito dello stesso, la "competenza" arbitrale ri-

troverebbe più alcun ostacolo alla sua vocazione a giungere ad una decisione sul merito della lite per la mera presenza di una convenzione arbitrale, ma, altresì, all'esterno, in particolare su un giudizio arbitrale che su quella convenzione si fondi, parallelamente pendente o instaurato successivamente, destinato ad una chiusura in rito ove venga ivi eccepita, *tempestivamente* (ovvero entro i termini di cui all'art. 817, comma 2, c.p.c.) l'inefficacia sopravvenuta della convenzione.

⁹⁸ E. ODORISIO, *Prime osservazioni*, cit., 253 ss. spec. 272, n. 83; G. RAMPAZZI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in F. CARPI, M. TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile*, 5ª ed., Padova 2007, 2221.

⁹⁹ In tal senso F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.* 786, per il quale ove, nel giudizio statale, non si dovesse giungere ad una decisione sul merito, non potrebbe più sostenersi che la convenzione arbitrale sia inefficace. V. anche gli autori menzionati alle note seguenti.

marrebbe integra perché mai venuta meno¹⁰⁰; da quella di chi, invece, vi ravvisa una condizione *risolutiva* dell'estinzione (*già verificatasi*) della competenza arbitrale, sicché, in mancanza di tale pronuncia, la “competenza” arbitrale, già venuta meno a seguito dell'inutile decorso del termine per contestare la competenza del giudice adito in ragione della convenzione arbitrale, riacquisterebbe efficacia¹⁰¹.

È evidente che, non solo in relazione al sistema delle “vie parallele”, ma anche in relazione alle ricostruzioni ad esso alternative in precedenza illustrate (*in primis*, la tesi della litispendenza “zoppa” o “a senso unico”), solo l'adesione al secondo degli orientamenti summenzionati (quello che contempla un'efficacia *esterna* della omessa proposizione dell'*exceptio compromissi*, idonea cioè ad incidere sulla competenza degli arbitri, già aditi – o adibili in futuro – in relazione alla medesima causa) consentirebbe di ravvisare nel sistema normativo attualmente in vigore un correttivo al principio della reciproca indipendenza, autonomia e indifferenza delle procedure, arbitrali e giudiziali, vertenti sulla medesima causa, facendo sì che su quest'ultima possa proseguire un solo giudizio: precisamente, quello statale, nel cui ambito la parte abbia omesso di proporre tempestivamente l'*exceptio compromissi*, con contestuale arresto di un'eventuale procedura arbitrale parallelamente pendente.

Parimenti, nell'ottica di un coordinamento (seppur indiretto) tra le due procedure, solo un'efficacia extraprocessuale (di “esclusione” della *potestas iudicandi* arbitrale limitatamente a quella controversia) che si verificasse *in limine litis* po-

¹⁰⁰ In tal senso v. G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova 2007, 375, 412; M. BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, cit.; ID., *Aspetti problematici nella nuova disciplina della convenzione d'arbitrato rituale*, cit. Per questi autori, appunto, perché si produca l'effetto estintivo della convenzione arbitrale si richiede non solo l'omessa proposizione dell'eccezione, ma altresì la decisione nel merito da parte del giudice statale, sicché, sino a quel momento, *la convenzione rimarrebbe efficace*. In tal senso v. anche B. CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI, *Commentario alle riforme*, cit., 884 e L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 593 ss. e *sub 819 ter c.p.c.*, cit., 678, per i quali la lettura, secondo la quale la competenza arbitrale verrebbe meno semplicemente in conseguenza della mancata proposizione dell'eccezione, sarebbe preclusa proprio dall'adozione del sistema delle “vie parallele”.

¹⁰¹ F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, Milano 2006, 125 ss., per il quale, in relazione all'alternativa tra un'esclusione della competenza arbitrale, che si verifichi nel momento stesso in cui non venga tempestivamente sollevata, salvo venir meno nel momento in cui divenga definitiva la chiusura in rito del processo e un'esclusione che, nonostante la mancata o intempestiva eccezione, si verifichi solo nel momento in cui si abbia una decisione sul merito, la prima soluzione appare più conforme alla *ratio* della norma, mentre la seconda si risolverebbe in una rinuncia al coordinamento fra i processi, anche alla luce del fatto che un giudizio che si conclude con una decisione sul merito è evento assai più frequente della sua chiusura in rito; S. BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino 2008, II, 321; E. OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri sui presupposti dell'arbitrato*, cit., 95.

trebbe risolvere o attenuare il rischio di un parallelismo di giudizi reciprocamente indifferenti in due fori diversi (chè altrimenti perverrebbero entrambi, ciascuno in base alle proprie tempistiche interne e seguendo il rispettivo corso, ad una decisione sul merito, di cui solo quella che abbia acquisito per prima la forza del giudicato sarebbe spendibile nell'altro); e ciò sia in relazione ai casi in cui l'omessa eccezione in sede giudiziale avvenga quando già pende un giudizio arbitrale sulla medesima causa, sia in relazione a quelli in cui ad essere instaurato sia stato solo il giudizio statale. Invero, solo ove l'effetto sopravvenuto dell'*esclusione della competenza arbitrale* si verificasse *in limine litis* nell'ambito del giudizio statale si preconstituirebbe uno strumento per paralizzare sul nascere ogni qualsivoglia procedura arbitrale sulla medesima causa di lì a breve instauranda. Subordinando, invece, tale effetto estintivo della *potestas iudicandi* arbitrale alla pronuncia di una decisione sul merito da parte del giudice statale (o anche solo, secondo alcune varianti, di una decisione di rito), l'auspicato coordinamento preventivo verrebbe inevitabilmente depotenziato, subordinandone gli effetti all'integrale celebrazione di un grado di giudizio (o, quantomeno, a una consistente parte di esso).

Ne deriva che, nell'ambito dell'orientamento propenso a riconoscere efficacia extraprocessuale alla condotta omissiva delle parti in sede giudiziale, solo il primo degli approcci summenzionati (quello, cioè, secondo cui l'estinzione della convenzione arbitrale conseguirebbe *immediatamente* alla mancata invocazione dell'eccezione di patto arbitrale entro il termine di decadenza) appare davvero idoneo a fungere da efficace meccanismo di coordinamento tra le due procedure.

Tale approccio, tuttavia, non sarebbe esente da censure di carattere sistematico: se, infatti, il legislatore della riforma avesse davvero inteso predisporre un meccanismo di coordinamento preventivo tra le due procedure, non si capisce perché lo avrebbe fatto solo "a senso unico", dando cioè rilievo "esterno" unicamente alla mancata eccezione del patto arbitrale in sede giudiziale e non anche, specularmente, alla mancata eccezione di carenza di *potestas iudicandi* dinanzi all'arbitro (che integra una condotta del tutto assimilabile alla prima). In tale ultimo caso, infatti, il dettato letterale dell'art. 817 c.p.c. prefigura conseguenze unicamente sul piano endoprocessuale (impossibilità, per la parte negligente, di impugnare successivamente il lodo) e non, anche, extraprocessuale o sul piano sostanziale (quale potrebbe essere, ad esempio, una stipulazione sopravvenuta di un patto arbitrale per *facta concludentia*)¹⁰².

D'altra parte, la variante della tesi dell'efficacia extraprocessuale, che ravvisa nella decisione di merito del giudice statale una condizione *risolutiva* dell'estinzione (già verificatasi) della competenza arbitrale, presta anch'essa il fianco a non

¹⁰² Così M. BOVE, *La giustizia privata*, 4^a ed., cit., 54 ss.

poche obiezioni. Essa, infatti, avrebbe l'effetto di costringere gli arbitri a spogliarsi della causa a seguito del verificarsi della preclusione in sede giudiziale (immediatamente discendente dall'inutile decorso del termine decadenziale), salvo poi potersene riappropriare – evidentemente sempre e solo su impulso della parte interessata – nel caso in cui il giudizio statale dovesse concludersi senza una decisione sul merito. Si tratta, come ognuno vede, di una soluzione particolarmente macchinosa e, come opportunamente rilevato in dottrina, priva di riscontri nel dato normativo, dato che nell'art. 819 *ter*, comma 1, c.p.c. non è dato ravvisare alcun riferimento ad un *doppio effetto sul patto arbitrale*, dapprima *estintivo* e poi, nel caso di chiusura in rito del giudizio statale, *risolutivo del precedente effetto estintivo*.

Tuttavia, anche la variante più lineare di questa tesi, secondo cui, cioè, solo la decisione di merito fonderebbe la (sopravvenuta) inefficacia della convenzione arbitrale conseguente alla mancata proposizione della relativa eccezione (sicché, fino a quel momento, l'efficacia della convenzione permanerebbe integra ed efficace), è stata sottoposta a critiche, soprattutto per il fatto di non consentire un coordinamento, in una fase preliminare, tra le due procedure (in particolare ove si ritenga di far discendere la produzione dell'efficacia extraprocessuale *non dalla pronuncia di primo grado, ma dal suo passaggio in giudicato*¹⁰³) e di posticipare gli effetti di una condotta ad un momento anche di molto successivo al suo verificarsi.

Essa, tuttavia, appare, in linea di principio, meno macchinosa (potendo il giu-

¹⁰³ Come, secondo M. BOVE, *ibidem*, parrebbe ragionevole ritenere alla luce del fatto che *solo in tale momento* verrebbe sancita l'impossibilità del raggiungimento dello scopo della convenzione arbitrale, per la sua sopravvenuta, e definitiva, inefficacia, con la conseguenza che gli arbitri dovrebbero in tal caso chiudere in rito il giudizio per due motivi: per rispetto del principio del *ne bis in idem*, e per l'ormai sopraggiunta inefficacia del patto arbitrale. Un lodo ciononostante emesso dagli arbitri sarebbe censurabile in sede di impugnazione per nullità per conflitto pratico di giudicati, ai sensi del motivo di cui al n. 8 del comma 1 dell'art. 829 c.p.c. (M. BOVE, *La giustizia privata*, 4^a ed., cit., 57). Ma v., *contra*, R. VACCARELLA, *La contemporanea pendenza del procedimento arbitrale*, cit., 192 ss., per il quale la semplice decisione di merito del giudice statale (anche se soggetta ad impugnazione) sarebbe idonea a prevalere sul lodo, ove venga pronunciata prima che il lodo diventi inoppugnabile: questo perché l'esclusione della competenza arbitrale di cui al comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c. discenderebbe come conseguenza diretta dalla decisione di merito della disputa, che a sua volta segue la mancata proposizione dell'eccezione di compromesso, comportando la nullità del lodo per carenza della *potestas iudicandi*. Condizione perché ciò si verifichi non sarebbe, dunque, il passaggio in giudicato della decisione del giudice statale, ma che il lodo che abbia pronunciato (in maniera implicita o espressa) sulla "competenza" degli arbitri *non sia già divenuto irrettrabile*, ché, altrimenti, "l'esclusione" della competenza degli arbitri verrebbe reso irrilevante ai sensi dell'art. 161 c.p.c. Su tali profili v. anche Cass. 7 luglio 2014, n. 15452, in *Giur. it.* 2014, 1816 e Cass. 20 febbraio 2015, n. 3464, in *Guida al diritto* 2015, fasc. 20, 73 ss., in cui viene peraltro precisato che la rinuncia ad avvalersi della convenzione arbitrale riguarda in ogni caso la singola lite, non, invece, per l'opzione per la via arbitrale nel suo complesso.

dizio arbitrale svolgersi parallelamente a quello statale, senza dover dipendere da – ed essere alla mercé di – condotte delle parti attuate all'esterno di esso) e, secondo i loro fautori, maggiormente in linea con il dato normativo (che utilizza l'espressione: "(...) limitatamente alla controversia *decisa* in quel giudizio", non accennando minimamente a possibili riesumazioni dell'efficacia della convenzione, successive a precedenti estinzioni della stessa), nonché più rispondente ai principi generali in materia di estinzione dei contratti (secondo cui, per aversi estinzione di una pattuizione stipulata consensualmente, non potrebbe prescindersi dalla prova della sussistenza di una comune volontà solutoria, per quanto tacita, del patto, non essendo a tal fine sufficiente l'avverarsi di una mera preclusione processuale¹⁰⁴).

2.3. *Il divieto del venire contra factum proprium*

Alle fattispecie qui discusse, che trovano un'espressa disciplina, per quanto lacunosa e disorganica, negli artt. 817 e 819 *ter* c.p.c., può essere altresì accostata un'ipotesi non tipizzata (sebbene espressamente codificata da altri ordinamenti, tra cui quello austriaco¹⁰⁵, nonché frequentemente applicata in via analogica in altri, tra cui quello tedesco¹⁰⁶), che consente di ravvisare nella condotta processuale delle parti un possibile meccanismo di coordinamento tra le due procedure.

Il riferimento è al principio del divieto del *venire contra factum proprium*, ai sensi del quale sarebbe sanzionabile la parte che tenga comportamenti contraddittori nelle due sedi, dapprima sollevando l'*exceptio compromissi* dinanzi al giudice statale, onde paralizzare il giudizio incardinato dinanzi ad esso e dipoi, dinanzi agli arbitri, contestandone la competenza per asserita invalidità o inefficacia di quella stessa convenzione arbitrale che, nel giudizio statale, aveva fondato l'ec-

¹⁰⁴ Così M. BOVE, *La giustizia privata*, 4^a ed., cit., 52 ss.

¹⁰⁵ V. la Sec. 584, par. 5 della legge arbitrale austriaca (*Österreichisches Schiedsrecht – ZPO* idF SchiedsRÄG 2013), ai sensi della quale: "*Eine Partei, die sich zu einem früheren Zeitpunkt in einem Verfahren auf das Vorhandensein einer Schiedsvereinbarung berufen hat, kann später nicht mehr geltend machen, dass diese nicht vorliegt, es sei denn, die maßgebenden Umstände haben sich seither geändert*".

¹⁰⁶ Nella ZPO tedesca non vi è una previsione espressa dei doveri di lealtà e probità processuale, mentre la buona fede nell'adempimento delle obbligazioni è sancita dal par. 242 del BGB. Sulla scorta di detta previsione e alla luce del principio di unitarietà dell'ordinamento, la dottrina tedesca ha ritenuto sussistenti, anche nell'ambito del processo civile, i doveri in parola (v. L. ROSENBERG, K.H. SCHWAB, P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 17^a ed., Monaco 2010, 343) e, con particolare riferimento ai rapporti tra arbitrato e giurisdizione ordinaria, ne ha ravvisato una violazione nel caso in cui la parte convenuta nel giudizio statale abbia sollevato l'eccezione di patto arbitrale e poi, in sede arbitrale, ne abbia affermato l'invalidità per contestare la *potestas iudicandi* degli arbitri. Figura analoga, anch'essa utilizzata a fini di coordinamento tra le procedure, è la c.d. *Einrede der Arglist* (o *exceptio dolii*). Per riferimenti v. S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 260 ss. Su questi temi ritorneremo nel quarto capitolo, nella Sezione prima.

cezione di carenza della *potestas iudicandi* del giudice adito¹⁰⁷.

Il richiamo a tale principio, su cui ritorneremo ampiamente trattando della problematica dei conflitti arbitro-giudice nell'ordinamento tedesco¹⁰⁸, potrebbe anche trovare, nel nostro ordinamento, degli appigli normativi (in particolare l'art. 88 c.p.c. che, nel contesto di un giudizio statale, impone alle parti e ai loro difensori di comportarsi con lealtà e probità¹⁰⁹, per quanto, nel contesto dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale, la sanzione alla violazione di tale principio, andrebbe ravvisata più che in quella di cui al comma 2 della citata norma – obbligo del giudice di riferirne alle autorità che esercitano il potere disciplinare su di essi –, nella perdita del relativo potere processuale e, dunque, in una dichiarazione di inammissibilità o decadenza dell'eccezione proposta per seconda¹¹⁰), ma andrebbe incontro ad una serie di criticità, che la migliore dottrina non ha mancato di evidenziare.

Si pensi, per fare solo un esempio, alla necessità di estendere la *ratio* e gli effetti di quel principio ad attività compiute *al di là* del contesto di un unico processo, entro i cui perimetri quel principio, salvo sporadiche eccezioni¹¹¹, di norma

¹⁰⁷ S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 260.

¹⁰⁸ V., *infra*, il quarto capitolo, nella Sezione prima.

¹⁰⁹ Nella dottrina italiana, tra gli autori che si sono richiamati al principio del divieto di *venire contra factum proprium* v. V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli 1964, 413 e R. ORIANI, *Nullità degli atti processuali (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, Roma 1990, 1 ss. V. anche M. BOVE, *Giurisdizione e competenza nella recente riforma del processo civile (legge 18 giugno 2009 n. 69)*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 1298, per il quale il ricorso a tale istituto: "(...) eviterebbe di fornire ad un convenuto sleale la possibilità di giocare, a seconda delle convenienze, sull'esistenza ed allo stesso tempo sull'inesistenza dello stesso patto compromissorio, affermando la prima di fronte al giudice statale e la seconda di fronte all'arbitro".

¹¹⁰ Così S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 261; S. MENCHINI, *Principio di preclusione e autoresponsabilità processuale*, in *Il Giusto proc. civ.* 2013, 979 ss., per il quale la fattispecie sarebbe "emblematica" rispetto al "dovere di coerenza ed il divieto di contraddizione". Secondo l'autore: "La configurazione della preclusione del potere di eccezione nel successivo processo consente di ottenere risultati rispetto a quelli connessi al riconoscimento dell'efficacia vincolante della pronuncia di incompetenza nel secondo giudizio (...) infatti, l'efficacia vincolante del provvedimento è limitata alla domanda proposta, mentre la preclusione, incidendo sul potere di rilevare l'eccezione di compromesso o l'eccezione di incompetenza degli arbitri per invalidità della convenzione, è idonea a spiegare effetti anche rispetto a domande diverse da quella già esercitata, in ordine alle quali si ponga il problema della *potestas iudicandi* del giudice adito per ragioni inerenti alla validità della convenzione arbitrale".

¹¹¹ V. Cass 36 luglio 2012, n. 13282, in *Rep. Foro it.* 2012, voce *Fallimento* 2880, n. 451, secondo cui l'ordinamento non consentirebbe alla parte: "(...) anche alla luce dei doveri di lealtà e di probità che le incombono ai sensi dell'art. 88 c.p.c., di scindere, a seconda della convenienza, la propria posizione processuale, affermando, da un lato, l'esistenza di un fatto storico" – il titolo anteriore al fallimento per escludere le condizioni di insinuazione al passivo – "(...) e negando, dall'altro, che vi sia

trova e ha trovato applicazione¹¹², per abbracciare attività compiute in sedi e fori differenti, pur se rientranti nell'ambito di una vicenda complessivamente *unitaria*¹¹³.

Si tratta, in ogni caso, di espedienti al più integrativi o di supporto a soluzioni che già esistano nell'ordinamento, non potendo invece svolgere il ruolo, essi stessi, di soluzioni portanti nell'ambito di un sistema normativo per altro verso lacunoso.

3. *La portata sistematica del comma 2 dell'art. 819 ter c.p.c. nell'ambito dei rapporti arbitro-giudice, e l'impatto, su di essi, della decisione della Corte costituzionale n. 223 del 2013*

Prima della riforma del 2006, e in assenza di qualsivoglia dato normativo sul

prova di tale fatto” – nel diverso giudizio relativo al risarcimento del danno derivante dall'inadempimento delle obbligazioni previste da quello stesso titolo – “(...) onde conseguire i soli effetti positivi della disciplina negoziale invocata ed evitare di subirne anche gli eventuali effetti negativi”.

¹¹²V., in dottrina, G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli 1960, 489, secondo cui la parte non può allegare nel medesimo atto circostanze incompatibili e, ove avvenga, il giudice non dovrà tenere conto di alcuna di esse. In giurisprudenza v., *ex multis*, Cass. 19 agosto 1996, n. 7630 in *Rep. Foro it.*, voce *Lavoro e previdenza (controversie)* 3880, n. 138, per la quale: “(...) eccezioni improprie e delle mere difese, volte alla contestazione dei fatti costitutivi e giustificativi allegati dall'attore a sostegno della domanda” non soggette, neppure nel rito del lavoro, a specifica preclusione, vanno considerate inammissibili ai sensi degli artt. 88 e 92 c.p.c., ove sia ravvisabile una violazione del dovere di lealtà e probità processuale. Sull'ipotesi di allegazione tardiva e contraria a buona fede del fatto già conosciuto, v. Cass. 4 dicembre 2007, n. 25269, in *Il lavoro nella giurisprudenza* 2008, 270, nt. JARUSSI. Per ulteriori riferimenti v. S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 261 ss.

¹¹³V. S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 262, che manifesta perplessità sul ricorso a queste figure in funzione di coordinamento preventivo tra due diverse procedure (ossia dando rilievo, in un giudizio, alle condotte poste in essere dalle parti nell'ambito di un altro), proprio alla luce del fatto che esse sono state per la maggior parte richiamate ed applicate nel contesto di un unico processo. Per un esempio di quest'ultimo tipo, sebbene sempre in relazione all'invocazione di un patto arbitrale, v. Trib. Verona 22 novembre 2012, in *Riv. arb.* 2013, 443, nt. V. AMENDOLAGINE, che ha fatto applicazione dell'art. 96 per violazione dei doveri di lealtà e correttezza processuale, imputabile al comportamento di parte che, dopo avere introdotto il giudizio nonostante l'esistenza di una clausola arbitrale, anziché aderire all'eccezione di compromesso sollevata dalla controparte, ha opposto argomenti manifestamente infondati. Peraltro, di recente, in particolare in relazione alla disciplina delle forme alternative di risoluzione delle controversie, è emersa una tendenza a dare rilievo (non solo sotto il profilo delle spese), in un successivo processo, alla condotta adottata dalla parte in una fase precedente, di norma stragiudiziale: v., ad esempio, l'art. 8, comma 4 *bis*, d.lgs. n. 28/2010 (e s.m.), che autorizza il giudice statale a desumere argomenti di prova dalla mancata partecipazione, senza giustificato motivo, al procedimento di mediazione; simili fattispecie si riscontrano altresì nell'ambito del processo del lavoro.

punto, la giurisprudenza assolutamente maggioritaria, pur se criticata da una consistente parte della dottrina, era dell'opinione che l'istituto della *translatio iudicii* non fosse applicabile ai rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale¹¹⁴.

Come più volte ricordato, la ragione di tale esclusione risiedeva essenzialmente in ciò, che presupposto imprescindibile per l'applicazione di tale istituto si riteneva fosse l'appartenenza al *medesimo ordinamento giuridico* degli organi giudicanti, tra i quali il giudizio dovesse proseguire o trasmigrare. Requisito bensì sussistente con riferimento ai rapporti tra giudici statali (ordinari), non, invece, tra quest'ultimi e gli arbitri. Al di là, infatti, dei diversi inquadramenti, in termini privatistico-negoziali o giurisdizionali, del fenomeno arbitrale, e, a cascata, delle diverse qualificazioni dell'eccezione di patto compromissorio, in termini di eccezione di merito, rinuncia alla giurisdizione, carenza di giurisdizione, eccezione di incompetenza e simili, era opinione generalmente condivisa che gli arbitri e il giudice ordinario *appartenessero ad ordinamenti giuridici diversi*¹¹⁵.

3.1. *L'inapplicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, di regole corrispondenti agli artt. 44, 45, 48, 50 e 295 c.p.c.*

Piuttosto sorprendentemente, nonostante le numerose ed accese critiche mosse *sub Julio* da una consistente parte della dottrina all'orientamento maggioritario in giurisprudenza e nonostante il frequente riferimento alla nozione di "competenza" contenuto in molte delle norme introdotte dalla riforma del 2006 in relazione ai rapporti intercorrenti tra arbitro e giudice statale, che avrebbe lasciato presupporre un'apertura verso l'applicazione, anche ai rapporti arbitro-giudice, dell'istituto della *translatio iudicii*, in quanto meccanismo tipico dei rapporti di competenza¹¹⁶, il legislatore ne ha invece espressamente escluso l'applicabilità. La versione originaria dell'art. 819 *ter*, comma 2, c.p.c., infatti, disponeva che: "*Nei rapporti tra arbitrato e processo non si applicano regole corrispondenti agli articoli 44, 45, 48, 50 e 295*".

Particolarmente gravosa dal punto di vista sistematico appariva l'inapplicabilità degli artt. 44 e 50 c.p.c. che, nei rapporti tra giudici ordinari (invero solo

¹¹⁴ V., *ex multis*, Cass. 12 agosto 1997, n. 7521, in *Riv. arb.* 1998, 493, nt. E. D'ALESSANDRO, *Ancora una volta la Suprema Corte nega la "translatio" nei rapporti tra giudice ed arbitro*, per la quale: "(...) la sentenza emessa in sede di regolamento necessario di competenza la quale, preso atto dell'accordo derogatorio della competenza del giudice ordinario stipulato fra le parti, dichiara che la controversia dev'essere rimessa al giudizio arbitrale, non comporta la prosecuzione del processo attraverso la sua riassunzione nel termine fissato dall'art. 50 c.p.c."

¹¹⁵ Per riferimenti v. *supra*, il secondo capitolo.

¹¹⁶ V. A. ATTARDI, *Sulla traslazione del processo dal giudice incompetente a quello competente*, in *Riv. dir. proc.* 1951, I, 149.

per i casi di competenza “debole”, i.e. valore e territorio derogabile)¹¹⁷, rendono incontestabili e l’incompetenza dichiarata con l’ordinanza del giudice *a quo* (se non impugnata con l’istanza di regolamento) e la competenza del giudice in essa indicato come competente, ove la causa venga riassunta nei termini di cui all’art. 50 c.p.c.¹¹⁸, determinandosi, invece, in mancanza di riassunzione nei termini previsti, l’estinzione del processo¹¹⁹. Senza quelle norme, mancava, nella versione originaria della riforma, la base giuridica per sancire l’efficacia vincolante (nei confronti, rispettivamente, degli arbitri e dei giudici statali *ad quos*), dell’accertamento sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, contenuto nella sentenza o nel lodo con cui fosse stata declinata la competenza¹²⁰.

Ad orientare il legislatore della riforma nel senso dell’inapplicabilità dell’istituto della *translatio iudicii* avevano verosimilmente concorso una serie di fattori: da un lato, la persistente convinzione che fra i due tipi di giudizi non fosse ravvi-

¹¹⁷ Mentre, come noto, nei casi di incompetenza “forte” (per materia o per territorio inderogabile), il giudice *ad quem*, che non ritenga di essere competente, non può pronunciare un’ulteriore declinatoria, ma deve sottoporre la questione al giudizio della Cassazione, mediante la proposizione del regolamento di competenza d’ufficio.

¹¹⁸ Ossia nel termine fissato nel provvedimento reso dal giudice *a quo* (fino al 2009 una sentenza, oggi un’ordinanza) o, in mancanza, in quello di tre mesi (fino al 2009, il termine era semestrale) dalla comunicazione dell’ordinanza che dichiara l’incompetenza del giudice adito.

¹¹⁹ Per effetto dell’art. 50 c.p.c., la competenza si configura, nell’ambito dell’attuale codice di rito (contrariamente a quanto accadeva nell’ambito del codice del 1865, nel quale la competenza rappresentava una condizione di ammissibilità della domanda, la cui mancanza conduceva al suo rigetto), quale *requisito di validità degli atti processuali*, segnatamente della sentenza, essendo richiesta la sua sussistenza non necessariamente al momento dell’instaurazione del giudizio, quanto al momento in cui venga resa la decisione finale: B. CAPPONI, *Modestino Acone, la competenza e l’arbitrato*, in *Il giusto processo civile* 2009, 397; M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 249 ss.; A. LEVONI, voce *Competenza nel diritto processuale civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III, Torino 1988, 105. In caso di tempestiva riassunzione dinanzi al giudice competente, a seguito di declinatoria pronunciata dal giudice adito in prima battuta, l’effetto interruttivo permanente si manterrà integro ma, in caso di estinzione del giudizio, un nuovo termine prescrizione dovrà essere computato a partire dalla notifica della domanda giudiziale, secondo quanto previsto dagli artt. 2943, comma 3 e 2945, comma 3 c.c. Parimenti, l’effetto impeditivo della decadenza, che si produce solo nella misura in cui il giudizio pervenga ad una decisione di merito, potrà persistere solo allorché il giudizio venga tempestivamente riassunto dinanzi al giudice competente; in caso contrario (ossia di estinzione del giudizio), la decadenza non si considererà impedita e *la parte perderà definitivamente la possibilità di agire a tutela del proprio diritto*. Sull’inidoneità della domanda giudiziale a impedire la decadenza in caso di estinzione del giudizio v., da ultimo, Cass. 18 gennaio 2007, n. 1090; sulla necessità di rivedere tale orientamento v. R. FRASCA, *Corte cost. n. 223 del 2013 e art. 819 ter c.p.c.: una dichiarazione di incostituzionalità veramente necessaria?*, nota a Corte cost. 19 luglio 2013, n. 223, in *Foro it.* 2013, I, 2702 ss.

¹²⁰ V. M. ACONE, *Translatio iudicii tra giudice ed arbitro: una decisione necessaria incompiuta o volutamente pilatesca?*, in *Foro it.* 2013, I, 2690 ss. Così A. ATTARDI, *Sulla traslazione del processo*, 149.

sabile l'unità di rapporto giurisdizionale, tradizionalmente ritenuta requisito imprescindibile per l'applicazione di istituti e meccanismi che su quel principio si fondavano, tra cui quello della *translatio iudicii*¹²¹: dall'altro, l'idea che l'applicabilità ai rapporti arbitro-giudice delle disposizioni di cui al comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c. avrebbe potuto intaccare la reciproca autonomia e indipendenza dei due procedimenti, garantite da un sistema quale quello delle "vie parallele", adottato dal legislatore della riforma¹²².

Che le norme di cui all'art. 44 ss. c.p.c. e il sistema delle "vie parallele" potessero entrare in attrito è del resto testimoniato dal fatto che, in occasione della rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'art. 819 *ter*, comma 2, c.p.c., ci si era interrogati proprio sul possibile superamento di quel sistema in conseguenza dell'estensione, anche ai rapporti arbitro-giudice, dell'art. 50 c.p.c.¹²³.

A tali motivazioni di carattere teorico-sistematico andavano forse aggiunte ragioni più attinenti a profili di carattere pratico-applicativo (che, tuttavia, nel nuovo contesto normativo, non avrebbero dovuto apparire insormontabili), quali la difficoltà di individuare l'organo davanti al quale riassumere la causa (ove la trasmissione fosse avvenuta quando un tribunale arbitrale non fosse già costituito¹²⁴), oppure la reciproca eterogeneità del procedimento arbitrale e di quello giurisdizionale.

La scelta, piuttosto arbitraria, del legislatore, aveva destato nella dottrina maggioritaria la preoccupazione che l'inoperatività di quel meccanismo nei rapporti tra

¹²¹ G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5^a ed., cit., 21.

¹²² In tal senso v. S. MENCHINI, nota a Corte cost. 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. arb.* 2014, 93; L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 700; B. CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI, *Commentario alle riforme*, cit., 879; P.L. NELA, *Sub art. 817 c.p.c.*, cit., 1771 e *sub art. 819 ter c.p.c.*, 1818; F.P. LUISSO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, cit., 790.

¹²³ Così Trib. Catania 21 giugno 2012, in *Riv. dir. proc.* 2013, 476, nt. S. BOCCAGNA, *Translatio iudicii nei rapporti tra giudice e arbitro: sollevata la questione di costituzionalità dell'art. 819 ter c.p.c.* e in *Riv. arb.* 2012, 891, nt. M. FORNACIARI, *Conservazione degli effetti dell'atto introduttivo anche nei rapporti fra giudice e arbitro: sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 819 ter, 2° comma, c.p.c.* Sul punto v. anche A. BARLETTA, *Translatio iudicii e nuovi rapporti tra giudici ed arbitri*, cit., 97, per il quale la teoria delle vie parallele sarebbe: "(...) strettamente correlata all'inapplicabilità dell'art. 50 c.p.c."

¹²⁴ A fronte di tale inconveniente, sarebbe bastato prevedere che, entro il termine previsto dall'art. 50 c.p.c., le parti ponessero in essere gli atti previsti dalla legge per l'instaurazione del procedimento arbitrale (i.e. notificazione della domanda di arbitrato, con manifestazione della volontà di attivare l'arbitrato e indicazione del proprio arbitro), non essendo più richiesta, come in passato – v. D. BUONCRISTIANI, *op. cit.*, 751 –, ai fini della litispendenza del giudizio arbitrale, la costituzione del collegio o l'accettazione dell'incarico da parte degli arbitri. V. M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 264.

arbitrato e giurisdizione statale, potesse tradursi in una seria compromissione del diritto alla tutela giurisdizionale delle parti.

Si osservava, in primo luogo, che il *principio di unità della giurisdizione*, asseritamente violato da un'eventuale trasmigrazione della causa dal giudice all'arbitro e viceversa, non presuppone che tra i giudizi tra cui la causa trasmigri (nonché tra i rispettivi elementi caratterizzanti) sussista un'identità o analogia sotto il profilo "strutturale", essendo sufficiente un'identità (o analogia) sotto il profilo "funzionale" (ossia con riferimento alle funzioni rispettivamente esercitate dall'organo *a quo* e dall'organo *ad quem*). Da questo punto di vista, appariva indubbio, alla luce non solo dell'art. 824 *bis* c.p.c., introdotto *ex novo* dalla riforma, ma altresì dei più recenti orientamenti della giurisprudenza (a partire dalla decisione della Corte costituzionale n. 376 del 2001, con cui si era sancita la legittimazione degli arbitri a sollevare la questione di costituzionalità delle leggi), che l'arbitrato rappresentasse un meccanismo *sostitutivo e pienamente fungibile* rispetto alla giurisdizione statale, esercitando anche gli arbitri, al pari dei giudici statali, una *funzione di natura propriamente giurisdizionale*¹²⁵.

In secondo luogo, si osservava che precludere la trasmigrazione della causa dal giudizio statale a quello arbitrale e viceversa, con la conseguente perdita degli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda originaria (imponendo così alla parte, per evitare la maturazione di decadenze e prescrizioni¹²⁶, l'onere di trascrivere nuovamente, davanti all'arbitro, la domanda già formulata al giudice incompetente (e viceversa)¹²⁷), impediva la realizzazione di un principio fondamentale del giusto processo, ai sensi del quale ogni domanda deve tendere verso una pronuncia di merito, non potendo eventuali errori nell'individuazione del giudice competente a decidere la controversia comprimere il diritto delle parti alla tutela giurisdizionale¹²⁸. Invero, già nella sentenza n. 77 del 12 maggio 2007, la Corte costituzionale aveva individuato, *proprio nella regola sottesa all'art. 50 c.p.c.*, un principio di portata sistematica, strumentale a puntellare l'effettività del diritto alla tutela giurisdizionale dell'attore¹²⁹.

¹²⁵ S. BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina*, cit., 331; ACONE, *Arbitrato e translatio iudicii: un parere eretico*, in AA. VV., *Sull'arbitrato*, cit., 5 ss.

¹²⁶ G.F. RICCI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., 507 ss.

¹²⁷ G.F. RICCI, *op. loc. cit.*

¹²⁸ M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 263 ss.; S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 365; G. VERDE, *Ancora sulla pendenza*, cit., 222; B. CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI, *Commentario alle riforme*, cit., 881; ID., *Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria secondo il nuovo art. 819 ter c.p.c.*, in www.Judicium.it.

¹²⁹ Sulla fungibilità fra l'arbitrato e il processo ordinario v. G. VERDE, *Ancora sulla pendenza*, cit., 223; B. CAPPONI, *Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria*, cit.; S. BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina*, cit., 331 ss.; M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 248 ss.

In terzo luogo, si riteneva che la versione originaria del comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c. confliggesse non solo con gli artt. 24 e 111 Cost. (appunto in ragione della lesione del summenzionato principio fondamentale del giusto processo), ma altresì con gli artt. 3 e 24 Cost., nella misura in cui, escludendo l'applicazione dell'istituto della *translatio* ai rapporti arbitro-giudice, finiva per discriminare ingiustificatamente tra questi e i rapporti tra giudici statali¹³⁰.

All'indomani della riforma del 2006, onde superare l'*impasse* derivante dall'applicazione del comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c. ed aggirare possibili censure di una sua possibile incostituzionalità¹³¹, una parte della dottrina aveva tentato di assicurare la salvezza di almeno *alcuni* effetti sostanziali della domanda, sulla base di una ricostruzione dei rapporti fra arbitrato e processo ordinario in termini diversi da quelli della "competenza"¹³².

Altri autori, sull'assunto che la pronuncia con cui il giudice o l'arbitro si dichiarano privi della *potestas iudicandi* fosse, in realtà, una pronuncia di *difetto di giurisdizione*, avevano suggerito di estendere ai rapporti fra arbitrato e processo ordinario la disciplina della declinatoria di giurisdizione e della trasmigrazione della causa tra giudici ordinari e giudici speciali (nonché tra giudici speciali), di cui all'art. 59, l. n. 69 del 2009¹³³. Tale norma consente alle parti di conservare

¹³⁰ R. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino 2008, 355 ss.; S. BOCCAGNA, *Apunti sulla nuova disciplina*, cit., 329 ss.; S. ZIINO, *La translatio iudicii tra arbitri e giudici ordinari*, cit., 920 ss.; R. ORIANI, *È possibile la "translatio iudicii" nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale; divergenze e consonanze tra Corte di cassazione e Corte costituzionale*, in *Foro it.* 2007, I, 1013 ss., 1025; C. ASPRELLA, *La translatio iudicii. Trasferimento del giudizio nel nuovo processo civile*, Milano 2010, 226. *Contra*, M.P. GASPERINI, *Sulla proposta di applicazione analogica dell'art. 59 l. 69/2009 ai rapporti tra giudici e arbitri*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli 2010, 390 ss., per la quale il principio di conservazione della domanda sarebbe costituzionalmente tutelato solo nell'ambito di diverse giurisdizioni "precostituite per legge", non potendo così operare rispetto agli arbitri, ad esse estranei. B. CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., 879, che individua un residuo margine di operatività per l'art. 50 c.p.c. ogniqualvolta la Corte di cassazione, in sede di regolamento, dichiara competente il giudice che aveva declinato la propria *potestas iudicandi*.

¹³¹ Prospettate, soprattutto, da M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 239 ss. Ma v. anche C. CONSOLO, R. MURONI, *L'eccezione di arbitrato rituale come eccezione "di merito" e la supposta inammissibilità del regolamento di competenza*, nota a App. Milano 10 aprile 2001, in *Corr. giur.* 2001, 1452 ss.; S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, Napoli 2005, I, 249 ss.

¹³² V., in tal senso, R. ORIANI, *Arbitrato rituale e prescrizione*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli 2010, 586; G.F. RICCI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 507. Una simile ricostruzione servirebbe bensì ad impedire una prescrizione "occulta" del diritto, ma sarebbe inidonea ad evitare la cancellazione della trascrizione della domanda o a considerare come impedita la decadenza.

¹³³ Su cui v. G. MONTELEONE, *Difetto di giurisdizione e prosecuzione del processo: una confusa pagina di anomalie processuali*, in *Riv. dir. proc.* 2010, 271 ss.

gli effetti sostanziali e processuali della domanda proposta al giudice dichiaratosi carente di giurisdizione, qualora la stessa venga riproposta al giudice fornito di giurisdizione, entro il termine di tre mesi dal passaggio in giudicato della pronuncia declinatoria. Detta estensione, secondo taluno, avrebbe dovuto avvenire in virtù di una sorta di *abrogazione implicita del comma 2 dell'art. 819 ter c.p.c.*, nella parte in cui escludeva l'applicabilità dell'art. 50 c.p.c.¹³⁴; secondo altri, invece, semplicemente in virtù di un'*applicazione analogica dell'istituto della declinatoria di giurisdizione* al caso della declinatoria del giudice o dell'arbitro in presenza di una convenzione arbitrale¹³⁵.

Prima dell'intervento della Corte costituzionale con la decisione n. 223 del 2013, tuttavia, la percorribilità di tali soluzioni appariva alquanto problematica, non solo per la discutibile riconduzione dei rapporti fra arbitri e giudici alla categoria dei rapporti intercorrenti fra diverse autorità giurisdizionali¹³⁶, ma anche e soprattutto per il suo porsi in oggettivo contrasto con il dato letterale di cui al comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c. (regola bensì anteriore all'art. 59, ma pur sempre *speciale* rispetto alle norme generali in tema di giurisdizione¹³⁷), che nei rapporti arbitro-giudice escludeva, non tanto, espressamente, l'applicabilità dell'istituto della *translatio iudicii*, quanto l'applicabilità di: "(...) regole corrispondenti agli articoli 44, 45, 48, 50 e 295", ossia di *ogni espediente che consentisse di pervenire al medesimo risultato assicurato da quell'istituto*¹³⁸.

La proposta di estendere analogicamente il suddetto art. 59 ai rapporti arbitro-giudice appariva altresì non agevolmente sostenibile alla luce dei principi costituzionali, dato che, come ribadito poi anche da Cost. n. 223 del 2013, interpretazioni costituzionalmente orientate di una norma presuppongono che essa si presti quanto meno a una pluralità di letture o che presenti un pur minimo margine di indeterminatezza: la formulazione dell'art. 819 *ter* c.p.c., tuttavia, lungi dal contemplare una lacuna, era chiarissima nel bandire dall'ambito dei rapporti i principi cui sono ispirate le norme che presidiano la declaratoria d'incompetenza, proprio perché frutto di una scelta consapevole, ancorché opinabile, del legislatore¹³⁹.

¹³⁴ M. BOVE, *Ricadute sulla disciplina dell'arbitrato della legge n. 69/2009*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, cit., 85; M. BOVE, *Giurisdizione e competenza*, cit., 1305.

¹³⁵ In tal senso v. G. VERDE, *Ancora sulla pendenza*, cit., 224.

¹³⁶ C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, 2ª ed., Padova 2012, 203, per il quale la norma in questione sarebbe applicabile unicamente ai rapporti fra organi appartenenti alla giurisdizione statale.

¹³⁷ Così M. FORNACIARI, *Ancora sulla conservazione degli effetti dell'atto introduttivo nei rapporti fra giudice e arbitro: Cassazione vs. Corte costituzionale?*, nota a Cass. 6 dicembre 2012, n. 22002, in *Riv. arb.* 2013, 707.

¹³⁸ S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 175.

¹³⁹ M. FORNACIARI, *Ancora sulla conservazione*, cit., 706. Già la Cassazione, nella decisione n. 4109 del 2007, aveva ritenuto che proprio l'espressa esclusione dell'art. 50 c.p.c., operata dall'art.

Tale proposta ricostruttiva, infine, avrebbe riproposto i numerosi problemi che la non felice formulazione della norma di cui all'art. 59, l. n. 69 del 2009 aveva già posto agli interpreti in relazione alla declinatoria di giurisdizione nell'ambito del rapporto tra giudici statali¹⁴⁰.

Per quanto le soluzioni proposte dalla dottrina non apparissero risolutive, era comunque innegabile che la situazione dei rapporti arbitro-giudice che emergeva dalla riforma del 2006 risultasse sbilanciata non solo rispetto a quella dei rapporti tra giudici ordinari, ma anche rispetto a quella tra giudici statali non appartenenti al medesimo ordine giurisdizionale. Tale sbilanciamento risultava ancor più intollerabile alla luce del fatto che l'ordinamento, da un lato, aveva codificato il principio dell'equiparazione, *quoad effectum*, del lodo arbitrale alla sentenza del giudice statale e, dall'altro, sulla scia delle decisioni delle Sezioni Unite 22 febbraio 2007, n. 4109 e della Corte cost. 12 marzo 2007, n. 77¹⁴¹, aveva dimostrato, attraverso l'introduzione

819 *ter* c.p.c., integrasse l'ostacolo ad un'applicazione ai rapporti arbitro-giudice statale dell'istituto della *translatio iudicii*.

¹⁴⁰ Per approfondimenti sulle problematiche pratico-applicative derivanti dall'applicazione della norma v. M. BOVE, *Giurisdizione e competenza*, cit., 1295 ss.; E.F. RICCI, *La nuova disciplina della declinatoria di giurisdizione tra intuizioni felici e confusione di idee*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 1535 ss.; C. CONSOLO, *La translatio iudicii tra giurisdizioni nel nuovo art. 59 della legge di riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 1267; G. RUFFINI, *Difetto di giurisdizione e translatio iudicii fra confusione del legislatore ed equivoci degli interpreti*, in *Giur. it.* 2013, 214; G. VERDE, *Ancora sulla pendenza*, cit., 220.

¹⁴¹ Vedile entrambe in *Foro it.* 2007, I, 1009, nt. R. ORIANI, *È possibile la translatio iudicii tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di cassazione e Corte costituzionale*; in *Riv. dir. proc.* 2007, 1576, nt. M. ACONE, *Giurisdizione e translatio iudicii... aspettando Godot*; in *Corr. giur.* 2007, 745, nt. C. CONSOLO, M. DE CRISTOFARO, *Evoluzioni processuali fra translatio iudicii e riduzione della proliferazione dei riti e dei ritualismi*. Per R. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, cit., 337, la sentenza della Consulta n. 77 del 2007, in particolare, per quanto limitata alla sola questione del rapporto tra giudici nazionali: "(...) aveva una notevole efficacia espansiva", nella misura in cui aveva "costituzionalizzato" il principio di conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda e statuito la necessità "costituzionale" di approntare strumenti finalizzati ad evitare la chiusura in rito dei giudizi. Le due pronunce menzionate nel testo erano peraltro pervenute a conclusioni molto diverse fra loro. Le Sezioni Unite ritenevano infatti che una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 382 c.p.c. consentisse di ravvisare la presenza, nel nostro ordinamento, del principio (esplicitamente previsto dall'art. 50 c.p.c. per i rapporti di competenza) dalla comunicabilità fra la giurisdizione ordinaria e quella speciale e, sulla base di tale motivazione, concludevano nel senso che, in caso di declaratoria di difetto di giurisdizione, fosse applicabile l'istituto della *translatio iudicii*. Di diverso avviso la Corte costituzionale, la quale, pur riconoscendo l'esistenza di un simile principio nell'ordinamento, riteneva illegittima, in quanto lesiva del diritto alla tutela giurisdizionale, la disciplina contenuta nell'art. 30, l. n. 1034 del 1971, nella parte in cui non prevedeva espressamente la possibilità di esaminare il merito della domanda a causa di un errore nell'individuazione del giudice. Fondamentale, nella motivazione resa dalla Corte costituzionale, la convinzione che la pluralità di giudici prevista dal nostro ordinamento sarebbe strumentale a garantire una più adeguata risposta alla domanda di giustizia, da

dell'art. 59 della già citata l. n. 69 del 2009, nonché dell'art. 11, d.lgs. n. 104 del 2010 sul riordino del processo amministrativo, di voler superare il dogma dell'incomunicabilità fra diverse giurisdizioni e il principio di unità della giurisdizione come presupposto per l'operatività del meccanismo della traslazione della causa.

Quelle norme garantiscono oggi, nell'ambito dei rapporti tra giudici ordinari e giudici speciali e altresì tra gli stessi giudici speciali, *l'effettività del diritto alla tutela giurisdizionale in caso di declaratoria di difetto di giurisdizione*¹⁴², assicurando non solo la traslazione del processo da una sede all'altra e la salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda, ma anche un "principio" di efficacia vincolante nei confronti del giudice *ad quem* (mediato dal vincolo rispetto alle parti) della pronuncia con cui l'organo adito per primo si dichiara privo della *potestas iudicandi*¹⁴³, salvo che per la possibile proposizione, *ex officio*, del conflitto dinanzi alle Sezioni Unite (ipotesi in ogni caso non contemplabile nell'ambito dei rapporti arbitro-giudice¹⁴⁴). L'impatto di tali norme, dal punto di vista sistematico, è tale da

cui deriverebbe la necessità di assicurare la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda, anche nel caso in cui questa sia proposta a un giudice privo di giurisdizione. Per approfondimenti v. G. VERDE, *La Corte di cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, in *Riv. dir. amm.* 2013, 367 ss.; C. CONSOLO, *La translatio tra le giurisdizioni e il nuovo art. 59 legge di riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 267; ID., *Translatio iudicii e compiti del regolamento di giurisdizione con esame anche dell'incidenza del nuovo "Codice della giustizia amministrativa"*, in *Corr. giur.* 2010, 758 ss.

¹⁴² In proposito v. G. VERDE, *Ancora sulla pendenza*, cit., 219 ss. che, anticipando i ragionamenti fatti propri, qualche anno più tardi, dalla Corte costituzionale sulla centralità del principio dell'effettività della tutela e sulla sua necessaria prevalenza rispetto alle problematiche, meramente processuali, dell'individuazione del giudice fornito di *potestas iudicandi*, affermava: "(...) sarebbe possibile sostenere già ora che quando l'art. 59 parla di 'giudice' che, in materia civile, amministrativa, contabile e di giudici speciali, dichiara il proprio difetto di giurisdizione, finisce con il riferirsi anche agli arbitri che dichiarino la propria mancanza di *potestas iudicandi* o nei cui confronti il giudice statale tale *potestas* abbia affermato", con la conseguente possibile applicazione, ai rapporti arbitro-giudice, per analogia, dell'art. 59, l. n. 69 del 2009 e la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda. Ciò che, secondo G. VERDE, avrebbe consentito di salvare il comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c. da un: "(...) non infondato sospetto di incostituzionalità". A conclusioni simili, anche in base alla qualificazione dei rapporti arbitro-giudice in termini di giurisdizione, anziché di competenza, giungeva anche M. BOVE, *Ricadute sulla disciplina dell'arbitrato della legge n. 69/2009*, in AA.VV., *Sull'arbitrato*, cit., 81 ss. Contrari, invece, ad una tale estensione analogica della norma ai rapporti giudici-arbitri, pur nella convinzione della tendenziale incostituzionalità dell'art. 819 *ter*, comma 2, c.p.c., M. ACONE, *Arbitrato e translatio iudicii: un parere eretico?*, cit., 1 ss.; S. ZIINO, *La translatio iudicii tra arbitri e giudici ordinari*, cit., 925 ss.

¹⁴³ M. BOVE, *Ricadute sulla disciplina dell'arbitrato*, cit., 85; G. VERDE, *Ancora sulla pendenza*, cit., 224; D. AMADEI, *Vie parallele ed efficacia del lodo nel procedimento giurisdizionale*, nota a Trib. Milano, 30 novembre 2012, in *Riv. arb.* 2014, 378.

¹⁴⁴ M. BOVE, nota a Corte cost. 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. arb.* 2014, 90; ID., *Ricadute sulla disciplina dell'arbitrato*, cit., 85.

aver financo indotto taluni autori ad interrogarsi sulla possibile applicazione dell'istituto della litispendenza – e altresì di quelli della continenza e della connessione – nei rapporti fra un processo incardinato dinanzi al giudice ordinario e uno pendente dinanzi al giudice speciale¹⁴⁵.

3.2. *L'ordinanza delle Sezioni Unite del 6 dicembre 2012, n. 22002 e la decisione della Corte costituzionale del 19 luglio 2013, n. 223*

La questione giungeva infine all'attenzione della Suprema Corte, che provvedeva ad elaborare una soluzione solo parziale e, per la verità, molto poco soddisfacente sotto molti profili.

Con l'ordinanza del 6 dicembre 2012, n. 22002¹⁴⁶, infatti, essa statuiva che il comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c., laddove affermava che nei rapporti tra arbitrato e processo non si applicasse l'art. 50 c.p.c., *riguardasse solo il caso in cui fossero gli arbitri ad escludere la loro competenza in favore del giudice ordinario*. Allorquando, invece, fosse il giudice togato a dichiarare la propria incompetenza a beneficio degli arbitri¹⁴⁷, la causa avrebbe potuto trasmigrare da una sede all'altra, con conseguente salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda originariamente proposta¹⁴⁸, a condizione che la causa fosse riassunta dinanzi all'arbitro entro il termine fissato dal giudice o, in mancanza, in quello previsto dall'art. 50 c.p.c.: in tal caso sarebbe stato sufficiente che, entro tale termine la parte desse avvio al procedimento arbitrale ai sensi dell'art. 810 c.p.c.

L'intervento della Suprema Corte, pur apprezzabile nella misura in cui contribuiva ad aprire una breccia nel muro della tradizionale "incomunicabilità" tra arbitri e giudici statali, lasciava invero perplessi, per ragioni di carattere sia teorico-sistematico che pratico-applicativo¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Così C. CONSOLO, M. DE CRISTOFARO, *Evoluzioni processuali*, cit., 747; v. anche, sia pure in senso critico, E.F. RICCI, *La nuova disciplina della declinatoria di giurisdizione*, cit., 1535 ss.; ID., *Declinatoria di giurisdizione e (così detta) translatio iudicii*, in *Riv. dir. proc.* 2008, 695 ss.

¹⁴⁶ Cass. 6 dicembre 2012, n. 22002, in *Riv. arb.* 2013, 699, nt. M. FORNACIARI, *Ancora sulla conservazione degli effetti*, cit., 1150 e nt. L. SALVANESCHI, *Translatio iudicii a senso unico nei rapporti tra arbitro e giudice?*

¹⁴⁷ Oppure fosse stata la Corte di cassazione, adita con un'impugnazione avverso una decisione del giudice di merito affermativa della propria competenza, a dichiarare la competenza degli arbitri oppure a rigettare, per ragioni di rito o di merito, l'istanza di regolamento proposta avverso una pronuncia declinatoria resa in prime cure.

¹⁴⁸ In particolare dell'effetto interruttivo istantaneo della prescrizione ai sensi dell'art. 2943, comma 3, c.c. e di quello permanente di cui all'art. 2945, comma 2, c.c.

¹⁴⁹ M. FORNACIARI, *Ancora sulla conservazione degli effetti*, cit., par. 1, riferendosi alla pronuncia delle Sezioni Unite, parlava di: "(...) interpretazione disarmante, indegna (...) dell'organo posto al vertice del nostro sistema giudiziario"; secondo A. BRIGUGLIO, *Commento a Corte Cost. n.*

Sotto il primo profilo, infatti, la soluzione prospettata discriminava arbitrariamente tra giudizio statale e arbitrato *in assenza di qualsivoglia appiglio normativo a supporto*¹⁵⁰, con *ratio* difficile da decifrare a fronte dell'equivalenza tra le istanze della parte che adisce l'autorità giudiziaria (ottenendo ivi una declaratoria d'incompetenza) e quelle della parte che adisce invece, preventivamente, gli arbitri¹⁵¹. D'altra parte, essa snaturava non poco l'istituto della *translatio*, che in tanto può essere applicato in quanto gli organi giudicanti, rispettivamente, della declinatoria e della causa riassunta, appartengono al medesimo ordinamento giuridico, o quantomeno siano considerati equivalenti sotto il profilo della natura e/o delle finalità delle funzioni esercitate: come tale, l'istituto non può che avere, diremmo quasi ontologicamente, una applicazione bilaterale, *mai unilaterale*.

Sotto il profilo pratico-applicativo, la soluzione elaborata dalla Corte finiva per penalizzare significativamente la percorribilità della via arbitrale, perché, a fronte di oggettive incertezze circa l'arbitrabilità o meno di una disputa, è evidente che l'attore avrebbe ricevuto maggiori garanzie dall'iniziare un giudizio statale, che, in caso di declinatoria, poteva proseguire in sede arbitrale con piena salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda originaria, rispetto all'alternativa di iniziare un arbitrato e incorrere nel rischio, in caso di declinatoria di competenza, di non poter più azionare il diritto per l'intervenuto decorso dei termini prescrizionali.

Tale esito appariva ancor più censurabile perché finiva per riesumare indirettamente, se non nella forma e nel contenuto, quantomeno *nello spirito*, quella percezione tratlizia dell'arbitrato come *minus quam jurisdictio*, sacrificabile alla bisogna ogniqualvolta gli inconvenienti pratici, derivanti da un'interferenza con un giudizio statale (in termini di concorrenza tra procedure e rischio di conflitti, teorici o pratici, di accertamenti perseguiti nei rispettivi diversi), suggerissero la prosecuzione del processo solo in una sede, inevitabilmente quella giudiziale, a scapito di quella arbitrale, come a suo tempo accadeva, *mutatis mutandis*, con la

223/2013, in *Riv. arb.* 2014, 93, si trattava di una decisione: "(...) manifestamente fallace come un sofismo bizantino", pur riconoscendole il merito: "(...) di aver mostrato consapevolezza del problema al più alto livello di giurisdizione ordinaria e di aver aperto la strada al rimedio (...)"; C. CONSOLO, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza*, cit., 1109, ne criticava, invece, il "(...) letteralismo sintattico".

¹⁵⁰ Salvo, quello, labile, di cui al comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c. La Suprema Corte aveva infatti ravvisato nel dato letterale di cui all'art. 819 *ter* c.p.c. il fondamento normativo della soluzione adottata, nella misura in cui, nell'escludere l'applicabilità dell'art. 50 ai rapporti tra arbitri e giudici statali, avrebbe invece legittimato la sua applicazione all'ipotesi inversa, nella quale la declinatoria fosse resa in sede ordinaria.

¹⁵¹ Sul punto v. i rilievi formulati di lì a breve dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 223 del 19 luglio 2013. V. anche R. FRASCA, *Corte cost. n. 223 del 2013 e art. 819 ter c.p.c.: una dichiarazione di incostituzionalità*, cit., 2703.

tanto vituperata *vis attractiva* in caso di pendenza, nei due fori, di cause connesse.

Rebus sic stantibus, non restava dunque che auspicare un intervento correttivo del legislatore o del Giudice delle leggi che, in linea con i principi già affermati da Cost. n. 77 del 2007, superasse *per altra via* (meno lacunosa e contraddittoria, nonché maggiormente conforme al dato normativo e alla coerenza sistematica) l'irragionevole discriminazione del procedimento arbitrale rispetto a quello ordinario, garantendo l'effettività del diritto alla tutela giurisdizionale anche in caso di devoluzione della controversia in arbitrato, in modo da porre fine ad un regime in cui, ad un mero errore nell'individuazione dell'organo competente, potesse conseguire, nei fatti, la perdita del diritto sostanziale¹⁵².

Tale intervento si è avuto con la decisione della Corte costituzionale n. 223 del 19 luglio 2013¹⁵³, che ha finalmente superato l'*impasse* dichiarando, con sentenza interpretativa di accoglimento, l'illegittimità costituzionale dell'art. 819 *ter*, comma 2, c.p.c., *nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti all'art. 50 c.p.c.*, spalancando così le porte all'applicazione *bilaterale*, anche ai rapporti arbitro-giudice, di meccanismi corrispondenti alla traslazione della causa. Con tale decisione il Giudice delle Leggi ha sancito che l'erronea proposizione della domanda giudiziale davanti all'arbitro anziché al giudice (e

¹⁵² M. ACONE, *Arbitrato e translatio iudicium*, cit., 13 ss.; ID., *Arbitrato e competenza*, cit., 265 e 266; G. VERDE, *Ancora sulla pendenza*, cit., 226; S. BOCCAGNA, *Appunti*, cit., 333; ID., *Translatio iudicium nei rapporti tra giudice e arbitro: sollevata la questione di costituzionalità*, cit., 484; S. ZIINO, *La translatio iudicium tra arbitri e giudici ordinari*, cit., 926; M. FORNACIARI, *Ancora sulla conservazione degli effetti*, cit., 707; L. SALVANESCHI, *Translatio iudicium a senso unico nei rapporti tra arbitro e giudice?*, cit., 1156. In senso contrario, per l'impossibilità di garantire la conservazione degli effetti della domanda, v. M.P. GASPERINI, *Sulla proposta di applicazione analogica dell'art. 59 l. 69/2009*, cit., 390 e 391.

¹⁵³ Corte cost. 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. arb.* 2014, 81, ntt. M. BOVE, A. BRIGUGLIO, S. MENCHINI, B. SASSANI; in *Foro it.* 2013, I, 2690, ntt. E. D'ALESSANDRO, *Finalmente! La Corte costituzionale sancisce la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda introduttiva nei rapporti tra arbitro e giudice* e M. ACONE, *Translatio iudicium tra giudice ed arbitro: una decisione necessaria incompiuta o volutamente pilatesca?*; R. FRASCA, *Corte cost. n. 223 del 2013 e art. 819 ter c.p.c.: una dichiarazione di incostituzionalità veramente necessaria?*; in *Corr. giur.* 2013, 1107, nt. C. CONSOLO, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza con piena translatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*; in *Giur. it.* 2014, 1381, ntt. P. BUZANO, *Estensione della translatio iudicium ai rapporti tra giudizio ordinario e arbitrato rituale* e C. ASPRELLA, *Translatio iudicium nei rapporti tra arbitrato e processo*. V. anche M. BOVE, *Sulla dichiarazione di parziale incostituzionalità dell'art. 819 ter c.p.c.*, in *Riv. arb.* 2013, 1107 ss.; L. SALVANESCHI, *Il rapporto tra arbitro e giudice dopo la decisione della Consulta*, in *Riv. dir. proc.* 2014, 385 ss.; S. BOCCAGNA, *Translatio iudicium tra giudici e arbitri: la decisione della Corte costituzionale*, *ibidem*, 375 ss.; A. BARLETTA, *Translatio iudicium e nuovi rapporti tra giudici ed arbitri*, cit., 61 ss.; F.G. DEL ROSSO, *Note in tema di translatio iudicium tra arbitrato e processo*, in *Il Giusto proc. civ.* 2015, 545 ss.; M. AB-BAMONTE, *Dichiarazione di incompetenza e traslazione della causa nei rapporti tra giudici e arbitri*, *ivi*, 853 ss.

viceversa) *consente sempre, all'attore errante, di fare salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda*, purché quegli effetti si siano correttamente prodotti in base alle norme applicabili davanti al *giudice* (statale o privato) erroneamente adito.

Merita di soffermarsi sui pilastri argomentativi su cui si fonda la decisione della Consulta.

Essa era stata adita su iniziativa sia di un giudice¹⁵⁴, che di un arbitro¹⁵⁵, che avevano prospettato l'illegittimità dell'art. 819 *ter* c.p.c., per contrasto con gli artt. 3, 24 e 111 Cost., nella misura in cui – per usare un'espressione dei ricorrenti –: “(...) *irragionevolmente e in plateale disarmonia con la vigente disciplina del codice di rito relativa ai rapporti tra i giudici ordinari e tra questi e quelli speciali, violando il diritto di difesa e i principi del giusto processo, determina, in caso di pronuncia del giudice ordinario di diniego della propria competenza a favore di quella dell'arbitro, l'impossibilità di far salvi gli effetti sostanziali e processuali dell'originaria domanda proposta dall'attore davanti al giudice ordinario*”.

La Corte procedeva alla riunione dei due giudizi, in ragione dell'identità delle questioni sottese, e accoglieva la questione sollevata dall'arbitro bolognese, dichiarando invece assorbita quella sollevata dal Tribunale di Catania¹⁵⁶. Nel merito,

¹⁵⁴ Trib. Catania 21 giugno 2012, in *Riv. arb.* 2012, 891, ntt. adesive di M. FORNACIARI, *Conservazione degli effetti dell'atto introduttivo anche nei rapporti tra giudice e arbitro: sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 819-ter, 2° comma, cod. proc. civ.* e di S. BOCCAGNA, *Translatio iudicii nei rapporti tra giudice e arbitro: sollevata la questione di costituzionalità dell'art. 819-ter cod. proc. civ.* La questione era stata sollevata nell'ambito del giudizio siculo a seguito di impugnazione di una delibera societaria, nel quale la società convenuta aveva eccepito l'esistenza di una convenzione arbitrale. Va ricordato che, in passato, la Corte di cassazione aveva giudicato manifestamente infondata la questione di costituzionalità relativa alla limitazione dell'ambito di applicazione dell'art. 50 c.p.c. ai soli rapporti fra giudici ordinari, ritenendo che il legislatore fosse libero di sottoporre a disciplina diversa il processo ordinario e quello arbitrale, in ragione della loro “differente struttura”: v. Cass. 24 giugno 1967, n. 1570.

¹⁵⁵ Arbitro unico di Bologna, ordinanza 13 novembre 2012 (pubblicata su www.judicium.it). Anche in tal caso la materia del contendere verteva sull'impugnazione di una delibera assembleare di una società a responsabilità limitata da parte di un socio, ed il giudizio arbitrale era stato iniziato a seguito della declaratoria d'incompetenza pronunciata in data 13 dicembre 2011, in ragione dell'esistenza della clausola compromissoria, dal Tribunale di Bologna. Nel corso del procedimento arbitrale, la società, sull'assunto dell'inapplicabilità dell'art. 50 c.p.c. ai rapporti tra giudizio ordinario e giudizio arbitrale, aveva eccepito l'avvenuta decadenza del socio ad impugnare la delibera assembleare, assumendo che *interiectu temporis* fosse spirato il termine dei novanta giorni stabilito dall'art. 2479 *ter* c.c.

¹⁵⁶ La questione sollevata dal Tribunale di Catania, a rigore, avrebbe dovuto essere dichiarata inammissibile in ragione del fatto che interessato a sollevare l'incidente di costituzionalità sarebbe stato, in ipotesi, l'arbitro, al quale le parti si fossero rivolte in seguito alla declinatoria resa dal Tribunale e non quest'ultimo, dal momento che solo in quella sede sarebbe divenuto attuale il problema legato alla conservazione degli effetti sostanziali della domanda.

sconfessava l'approdo cui era giunta pochi mesi prima la Corte di cassazione¹⁵⁷ e rigettava altresì le allegazioni svolte dalla Presidenza del Consiglio, intervenuta nel giudizio per chiedere che la questione fosse dichiarata manifestamente infondata¹⁵⁸ dichiarando, con sentenza interpretativa di accoglimento, l'illegittimità costituzionale dell'art. 819 *ter*, comma 2, c.p.c., *nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti all'art. 50 c.p.c.*¹⁵⁹

¹⁵⁷ Tra l'altro rilevando la fragilità dell'impianto della decisione della Corte di Cassazione nell'applicazione unilaterale dell'istituto della *translatio*, che non solo non trovava solidi appigli normativi, ma della quale era altresì non agevole cogliere la *ratio*. D'altra parte, la conclusione adottata dalla Corte di Cassazione sarebbe risultata smentita dalla stessa rubrica dell'art. 819 *ter* c.p.c. che, nell'essere intitolata "Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria", avrebbe semmai indotto a ritenere applicabile il complesso di norme cui essa si riferisce alla declinatoria pronunciata dagli arbitri, non, invece, dal giudice statale. Inoltre, una disposizione che avesse inteso vietare la *translatio* solo dall'arbitro al giudice avrebbe dovuto verosimilmente essere collocata nell'ambito dell'art. 817 c.p.c. e non in quello dell'art. 819 *ter* c.p.c. La Consulta riteneva che la conclusione cui era giunta la Suprema Corte risultasse smentita dal contenuto delle disposizioni di cui all'art. 819 *ter* c.p.c., che dedica il secondo ed il terzo periodo del comma 1 proprio al caso in cui sia il giudice a dichiararsi incompetente. Ne segue che il successivo comma 2, nell'escludere l'applicabilità di una serie di norme del codice di rito in tema di competenza, ha sicuramente riguardo anche alle ipotesi in cui, appunto, la causa sia stata originariamente proposta davanti al giudice che si sia poi dichiarato incompetente. Osservava altresì la Consulta che l'eccezione di incompetenza dell'arbitro è disciplinata specificamente dall'art. 817 c.p.c. sicché, se davvero il legislatore, con la norma espressa di cui al comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c., avesse inteso regolare *esclusivamente* il caso in cui sia l'arbitro a dichiararsi incompetente, sarebbe stato più logico l'inserimento di tale disposizione nell'ambito dell'art. 817 c.p.c.

¹⁵⁸ La difesa dello Stato contestava la tesi secondo cui, nel diritto processuale positivo, le nuove disposizioni disporrebbero in maniera chiara ed inequivoca nel senso di una piena equiparazione tra la disciplina del processo davanti al giudice togato e quella del procedimento arbitrale, predicando al contrario, una perdurante diversità ed estraneità fra giudizio statale ed arbitrato. Osservava, inoltre, la difesa dello Stato che, con la stipula del compromesso, le parti rinunciavano, spontaneamente e con piena consapevolezza, alla giurisdizione statale e, in ragione della diversità di discipline dei due giudizi, anche all'applicazione di alcuni istituti valevoli solo nei rapporti tra giudici statali (tra cui, appunto, la *translatio iudicii*). L'espressa inapplicabilità degli artt. 44 ss. c.p.c. ai rapporti arbitro-giudice rientrava, ad avviso della Presidenza del Consiglio, nella discrezionalità del legislatore, esercitata, proprio in ragione di quelle diversità ontologiche tra arbitrato e giurisdizione statale, senza alcuna lesione dei parametri costituzionali evocati dal remittente.

¹⁵⁹ Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, la quale, dopo aver riunito i due giudizi in ragione dell'identità delle questioni sottese, ha accolto la questione sollevata dall'arbitro bolognese, dichiarando invece assorbita quella sollevata dal Tribunale di Catania, la quale – a rigore, avrebbe dovuto essere dichiarata inammissibile in ragione del fatto che interessato a sollevare l'incidente di costituzionalità sarebbe stato, in ipotesi, l'arbitro al quale le parti si fossero rivolte in seguito alla declinatoria resa dal Tribunale e non quest'ultimo, dal momento che solo in quella sede sarebbe divenuto attuale il problema legato alla conservazione degli effetti sostanziali della domanda.

Veniva dunque affermata l'applicabilità *bilaterale* del meccanismo della *trasmigrazione della causa* anche nei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale.

Nell'accogliere le prospettazioni dei ricorrenti, ribadiva la *piena equiparazione, fungibilità e sostitutività* del giudizio arbitrale rispetto a quello statale, sotto il profilo degli effetti e della comune finalità di assicurare la tutela delle situazioni giuridiche sostanziali. Gli argomenti utilizzati richiamano quelli cui era ricorso qualche anno prima la stessa Corte per ammettere la legittimazione degli arbitri a sollevare la questione di costituzionalità delle leggi¹⁶⁰. E i medesimi argomenti verranno poi ripresi e ribaditi, di lì a poco, dall'ordinanza 25 ottobre 2013, n. 24153 delle Sezioni Unite¹⁶¹, con cui si è avuto il definitivo abbandono dell'indirizzo interpretativo in chiave *privatistico-negoziale* del fenomeno arbitrale, inaugurato dalle stesse Sezioni Unite all'inizio del millennio con la nota decisione 3 agosto 2000, n. 527¹⁶².

Lo sforzo retrospettivo e comparativo della Corte, volto a porre sullo stesso piano *funzionale* il giudizio arbitrale e quello statale, ha rappresentato il presupposto necessario per ravvisare nel comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c. una violazione dell'art. 24 Cost. Secondo la Corte, la piena equiparazione tra lodo e sentenza e, in generale, la perfetta sostitutività tra arbitrato e giurisdizione, implicano che il sistema arbitrato-giurisdizione debba essere considerato, nel suo complesso, come un *unico sistema di tutela dei diritti*. Dall'applicazione, anche all'arbitrato, degli artt. 24 e 111 Cost., discende il principio per cui la disciplina dei rapporti tra organi giudicanti appartenenti a ordini diversi, e i problemi di individuazione del

¹⁶⁰ Su cui v., *supra*, il primo capitolo, al par. 6.1.3.

¹⁶¹ Su cui v. *supra*, il primo capitolo, al par. 6.3.

¹⁶² In estrema sintesi, la Consulta, da un lato, ripercorreva l'evoluzione della disciplina dell'arbitrato dalla novella del 1983 sino alla riforma del 2006, passando per la riforma del 1994 e altresì per alcuni suoi storici interventi, individuando una tendenza costante verso l'affermazione del carattere *lato sensu* giurisdizionale dell'arbitrato; dall'altro, ravvisava in numerose norme, tra quelle introdotte dal legislatore della riforma, la conferma dell'attribuzione all'arbitrato del ruolo di meccanismo di risoluzione delle controversie perfettamente *fungibile e sostitutivo* della giurisdizione ordinaria: il riferimento, come più volte riportato, andava agli artt. 816 *quinquies* c.p.c. (sull'ammissibilità dell'intervento volontario di terzi in arbitrato e sull'applicabilità, allo stesso, dell'art. 111 c.p.c.); 819 *bis* c.p.c. (sulla facoltà degli arbitri di sollevare questione di legittimità costituzionale delle leggi); 824 *bis* c.p.c. (sull'equiparazione degli effetti del lodo, fin dalla data della sua sottoscrizione, a quelli della sentenza pronunciata da un'autorità giudiziaria); 829, n. 8, c.p.c. (sull'attitudine del lodo a fare dell'oggetto del proprio giudizio una *res cognita*, laddove, introducendo come motivo di nullità la violazione del giudicato esterno, equipara completamente alla "sentenza passata in giudicato" il "lodo non più impugnabile"). La Corte individuava anche in alcune norme "sostanziali" la conferma del fatto che l'ordinamento attribuisce alla promozione del giudizio arbitrale conseguenze analoghe a quelle che conseguono all'instaurazione della causa davanti al giudice: il riferimento è agli artt. 2943 e 2945 c.c. in materia di prescrizione e agli artt. artt. 2652, 2653, 2690, 2691 in materia di trascrizione, che equiparano espressamente, alla domanda giudiziale, l'atto con il quale la parte promuove il procedimento arbitrale.

giudice fornito di *potestas iudicandi*, non debbano andare a detrimento del diritto delle parti ad ottenere una *decisione di merito sulla posizione giuridica azionata*. Anche nei rapporti arbitro-giudice, dunque, al pari di quelli tra giudici ordinari e giudici speciali, a pronunce declinatorie *deve sempre seguire la possibilità che la causa trasmigri all'organo fornito di giurisdizione*, senza che nel frattempo vadano perduti gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda originaria. La soluzione opposta contrasterebbe con la stessa possibilità concessa alle parti di deferire le loro controversie agli arbitri e con la previsione secondo cui il *dictum* pronunciato da questi ultimi ha la stessa efficacia delle sentenze rese dai giudici statali.

Ne segue che l'ordinamento, anche alla luce dell'art. 24 Cost., deve prevedere misure idonee ad evitare che la scelta delle parti in favore degli arbitri abbia ricadute negative sui diritti controversi loro deferiti, tra cui rientra, appunto, quella diretta alla conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda¹⁶³.

È sulla base di tali premesse che la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 819 *ter*, comma 2, c.p.c. nella parte in cui, escludendo l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale, di "regole corrispondenti" alle previsioni dell'art. 50 c.p.c., ostacola il risultato di un'effettiva tutela giurisdizionale dei diritti. Ove la riassunzione (o riproposizione¹⁶⁴) avvenga entro il termine prescritto¹⁶⁵, è dunque oggi consentito alla parte attrice, a fronte di una pronuncia declinatoria pronunciata dal giudice o dall'arbitro (in ragione, rispettivamente, dell'accertata esistenza, validità ed efficacia o inesistenza, invalidità o inefficacia di una convenzione arbitrale), di riassumere (o riproporre) la causa, rispettivamente, dinanzi

¹⁶³ Alla luce del fatto che, nella motivazione, la Corte costituzionale statuiva che: "(...) l'arbitrato rituale resta un fenomeno che comporta una rinuncia alla giurisdizione pubblica", si ritiene in dottrina che la portata del principio sancito dalla Corte costituzionale sia circoscritta ai soli rapporti fra il processo ordinario e l'arbitrato rituale, con esclusione di quello irrituale. V., sul punto, C. CONSOLO, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza, con piena translatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*, nota a Corte cost. 19 luglio 2013, n. 223, in *Corr. giur.* 2013, 1110; M. BOVE, *Sulla dichiarazione di parziale incostituzionalità*, cit., 1124. Ma *contra*, per una conclusione nel senso dell'identità, in entrambi i casi, delle esigenze di tutela sottese al principio enunciato dalla Corte, v. B. SASSANI, nota a Corte cost. 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. arb.* 2014, 114; M. FORNACIARI, *Conservazione degli effetti dell'atto introduttivo anche nei rapporti fra giudice e arbitro*, cit., 900 ss.

¹⁶⁴ Sul fatto che, alla luce della decisione della Corte costituzionale, si debba far ricorso, onde consentire la trasmigrazione della causa da una sede all'altra, all'istituto della riassunzione o a quello della riproposizione della domanda, a seguito di declinatoria pronunciata dall'arbitro o dal giudice, v. *infra*, nel testo.

¹⁶⁵ Che, in mancanza di una norma espressa, sarà verosimilmente quello previsto dall'art. 50 c.p.c., ossia quello fissato nel provvedimento reso dal giudice *a quo* (che, per quanto riguarda il giudice statale era, fino al 2009 una sentenza, oggi un'ordinanza) o, in mancanza, quello di tre mesi (fino al 2009, il termine era semestrale) dalla comunicazione del provvedimento che dichiara l'incompetenza dell'organo (arbitro o giudice) adito.

all'arbitro o al giudice, con piena salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda originaria; lo stesso si verificherà a seguito di decisioni della Corte d'appello, che abbiano pronunciato l'annullamento di un lodo ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 10, c.p.c. e di quelle della Corte di Cassazione, che abbiano sancito in via definitiva la nullità del lodo per gli stessi motivi¹⁶⁶.

Tra detti effetti rientrano, ad esempio, la conservazione dell'efficacia del provvedimento cautelare concesso in precedenza, l'effetto interruttivo della prescrizione di cui all'art. 2945, comma 2, c.c. e l'effetto prenotativo conseguente alla trascrizione della domanda¹⁶⁷.

3.3. *Le questioni aperte dopo l'intervento della Consulta*

L'intervento della Corte costituzionale ha senz'altro rappresentato una svolta nell'ambito del decennale dibattito sui rapporti (e conflitti) tra arbitrato e giurisdizione, con numerose implicazioni sul piano teorico-sistematico e pratico-applicativo. Tuttavia non può dirsi risolutivo di tutti i profili problematici relativi al coordinamento tra giudizi arbitrali e giudizi statali¹⁶⁸, anche alla luce del fatto che la pronuncia non ha minimamente toccato la parte rimanente del comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c. (quella, cioè, che esclude l'applicabilità, nei rapporti tra arbitrato e processo, di: "(...) regole corrispondenti agli articoli 44, 45, 48 (...) e 295"), che rimane, dunque, tutt'ora in vigore.

In linea di principio, le questioni ad oggi ancora aperte riguardano, da un lato, l'impatto e le ricadute sistematici della riconosciuta trasmigrabilità della causa sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale, dall'altro lato, le modalità con cui detta trasmigrazione debba avvenire, al fine di preservare gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda originariamente proposta all'organo poi dichiarato incompetente.

3.3.1. *L'impatto e le ricadute sistematici della riconosciuta trasmigrabilità della causa sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale*

Sotto il primo profilo, va osservato, in primo luogo, che la dottrina è divisa sul fatto se la decisione della Corte abbia effettivamente esteso o meno ai rapporti arbitro-giudice l'applicabilità dell'istituto della *translatio iudicii*.

¹⁶⁶ S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 204 ss. e 240.

¹⁶⁷ Senza più il rischio, in tale ultimo caso, che l'alienazione della *res litigiosa* trascritta nel periodo compreso fra la domanda introduttiva del giudizio e la pronuncia declinatoria pregiudichi il diritto sul bene controverso.

¹⁶⁸ M. BOVE, nota a Corte cost. 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. arb.* 2014, 89; A. BARLETTA, *Translatio iudicii e nuovi rapporti tra giudici ed arbitri*, cit., 61 ss.

Solo per una parte della dottrina, infatti, a seguito della statuizione della Corte dovrebbe oggi ritenersi pienamente applicabile il meccanismo previsto dall'art. 50 c.p.c.¹⁶⁹. Secondo una diversa prospettiva, invece, nonostante le apparenze, la Corte, cercando di dare risposta ad esigenze difficili, se non impossibili, da coniugare, non avrebbe in alcun modo sciolto il dubbio circa l'applicabilità o meno, ai rapporti tra arbitrato rituale e giudizio civile, del meccanismo della *translatio iudicii*¹⁷⁰. Su questa stessa linea, altri autori escludono che possa parlarsi di vera e propria *translatio*, non essendo configurabile una vera e propria *riassunzione della causa* tra giudizio arbitrale e giudizio statale (e viceversa), come invece prevede la norma di cui all'art. 50 c.p.c., dal momento che, consistendo essa nella prosecuzione di qualcosa di già avviato, presupporrebbe un'identità strutturale tra i due procedimenti coinvolti, non ravvisabile nel caso dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale¹⁷¹.

¹⁶⁹ In tal senso v. C. CONSOLO, *Il rapporto arbitri-giudice ricondotto, e giustamente, a questione di competenza*, cit., 1110 ss.

¹⁷⁰ Così M. ACONE, *Translatio iudicii ed arbitro: una decisione necessariamente incompiuta o volutamente pilatesca?*, in *Foro it.* 2013, I, 2697 ss. L'autore, che già prima della citata decisione della Consulta, e ben prima della riforma del 2006 (v. M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 239 ss.), si era espresso per la ricostruzione del rapporto tra giudizio arbitrale e giudizio statale in termini di competenza, nonché per la pacifica possibilità di una biunivoca *translatio* tra gli stessi, non nasconde la delusione per una decisione definita *sostanzialmente insoddisfacente*. In tal senso v. anche A. BARLETTA, *Translatio iudicii e nuovi rapporti tra giudici e arbitri*, cit., 74 ss., per il quale: "Il principale interrogativo conseguente alla declaratoria di parziale incostituzionalità dell'art. 819-ter c.p.c. attiene proprio alla possibilità di configurare una vera e propria *translatio iudicii* tra arbitro e processo ai sensi dell'art. 50 c.p.c."

¹⁷¹ Così B. SASSANI, nota a Corte cost. 19 luglio 2013, in *Riv. arb.* 2014, 1, 109 ss., per il quale si dovrebbe parlare di riproposizione tempestiva della domanda dinanzi al giudice, stavolta correttamente individuato, con salvezza degli effetti della stessa; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5ª ed., cit., 28, per il quale la Corte costituzionale, espungendo dall'ordinamento la norma che stabiliva l'inapplicabilità ai rapporti arbitro-giudice dell'art. 50 c.p.c., senza però disporre che gli si applichi, avrebbe operato correttamente, perché l'art. 50 c.p.c. disciplina la trasmigrazione del processo da un giudice a un altro che appartiene al medesimo ordinamento, in cui non sussistono problemi per quanto attiene alla forma dell'atto riassuntivo. Al contrario, nel passaggio dal giudizio statale a quello arbitrale, e viceversa, variano sia la forma dell'atto riassuntivo, sia le regole di procedura applicabili. Per R. VACCARELLA, *La contemporanea pendenza del procedimento arbitrale*, cit., 192 ss.: "(...) Il divieto di utilizzare 'regole corrispondenti agli articoli 44 e 45' sancito dall'art. 819 ter, 2° comma, insomma, ribadisce soltanto l'intrinseca inidoneità di quelle 'regole' a risolvere il conflitto tra pronunce emesse in procedimenti contemporaneamente, e legittimamente, pendenti", ma, prosegue l'autore, la Corte non avrebbe colto: "(...) la ragione di fondo della inapplicabilità degli artt. 44, 45 e 48: e cioè che si tratta di meccanismi che non contemplanò – perché presuppongono che operi a monte la litispendenza disciplinata dall'art. 39, e non l'opposta regola di cui all'art. 819 ter, 1° al. – la contemporanea, legittima pendenza di due giudizi aventi ad oggetto la stessa causa davanti all'AGO e davanti agli arbitri".

In secondo luogo, la svolta giurisprudenziale in favore dell'applicabilità anche ai rapporti arbitro-giudice della trasmigrazione della causa non implica, di per sé, alcuna conferma della tesi secondo cui i rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale andrebbero ricondotti alla categoria della "competenza". Infatti, la *riconosciuta fungibilità dell'arbitrato rispetto al processo statale*, in ragione del fatto che il primo non si differenzerebbe, nella sostanza, da quello che si svolge davanti agli organi statuali della giurisdizione, dimostrerebbe unicamente che il processo arbitrale ha subito, negli anni, un processo di progressiva *formalizzazione della procedura*, che lo ha sensibilmente avvicinato alla struttura e finalità di un giudizio statale (come si evincerebbe anche dall'idoneità di quella procedura a pervenire ad esiti equivalenti, sotto il profilo effettuale, a quelli ottenibili attraverso un giudizio statale). Ciò, tuttavia, non eliminerebbe la natura di *giustizia privata* del fenomeno, che origina e si svolge *al di fuori della giurisdizione statale esercitata dai giudici statali*.

D'altra parte, prima ancora che nei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale, l'istituto della trasmigrazione della causa era già stato esteso *ai rapporti tra* i giudici ordinari e tra questi e quelli speciali, senza che tale estensione abbia in alcun modo modificato la natura giuridica di quei rapporti, che continuano ad essere ascrivibili alla categoria della *giurisdizione* e non a quella della *competenza*, collocandosi in ogni caso i giudici speciali *al di fuori della giurisdizione ordinaria*. In quest'ottica, l'affermazione secondo cui l'arbitrato andrebbe considerato, in uno con il sistema della giurisdizione ordinaria, come *un unico sistema di tutela dei diritti*, certificherebbe bensì la parificazione e l'equivalenza riconosciute all'arbitrato, nonché il suo carattere di giustizia pienamente sostitutiva e fungibile, sotto il profilo funzionale, rispetto alla giurisdizione statale, ma non muterebbe *l'alterità* del fenomeno arbitrale rispetto a quello della giurisdizione ordinaria, che continuerebbe a trovare il suo unico fondamento nell'autonomia privata (riconosciuta e garantita dall'ordinamento come valore fondamentale) e a coinvolgere nel ruolo di organi decidenti soggetti privati, estranei e non riconducibili all'organizzazione giudiziaria statale (come conferma altresì l'attuale comma 2 dell'art. 813 c.p.c., per il quale: "Agli arbitri non compete la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio").

In terzo luogo, l'applicabilità dell'istituto della trasmigrazione della causa ai rapporti arbitro-giudice, implicando la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda originariamente proposta all'organo poi dichiaratosi incompetente, rappresenta senz'altro un notevole passo avanti rispetto al sistema precedente, soprattutto in relazione ai casi in cui l'oggettiva complessità della controversia o le incertezze circa l'arbitrabilità della disputa potevano (e possono tuttora) ingenerare effettivamente incertezza nella parte attrice sulla percorribilità o meno della via arbitrale. Si pensi alle cause con cumulo di domande o con plura-

lità di parti coinvolte o alle controversie in settori caratterizzati da rilevanti interessi pubblici.

Tuttavia, come ricordato in precedenza, il comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c. non è stato travolto *nella sua interezza* dalla pronuncia della Corte costituzionale, ma solo nella parte in cui non consente una trasmigrazione della causa dal giudice all'arbitro e viceversa. Rimane, dunque, tutt'ora in vigore la *non applicabilità*, ai rapporti giudice-arbitro, *delle norme di cui all'art. 44, 45, 48 e 295 c.p.c.*, determinando una situazione di grande incertezza quanto al regime applicabile a tutti i profili rilevanti connessi al fenomeno della trasmigrazione della causa da un giudizio all'altro. Del resto, non v'è dubbio che queste norme, pur concorrendo a delineare un regime coordinato e integrato dei conflitti negativi di competenza tra giudici ordinari, *non sono necessariamente interdipendenti tra di loro*. In altri termini, l'eventuale vincolo dell'organo *ad quem* all'accertamento compiuto dall'organo *a quo* ben potrebbe sussistere senza necessariamente accompagnarsi ad un effetto impeditivo della prescrizione o della decadenza del diritto originariamente azionato. Parimenti, la salvezza degli effetti sostanziali e processuali, che segue alla *translatio ex art. 50 c.p.c.*, ben potrebbe verificarsi (come dimostra proprio il caso dei rapporti arbitro-giudice) *indipendentemente dal vincolo* all'accertamento del giudice *a quo* (rigido o flessibile, a seconda che si tratti di competenza debole o forte), *prescritto dall'art. 44 c.p.c.*

Stando così le cose, e alla luce della persistente inapplicabilità dell'art. 44 c.p.c., dalla decisione della Consulta non discende in alcun modo che l'accertamento sulla *potestas iudicandi* arbitrale compiuto dall'organo *a quo* sia vincolante per l'organo *ad quem*¹⁷², che rimane libero, in linea di principio, una volta adito in riassunzione (o riproposizione), di ritenersi a sua volta incompetente¹⁷³.

Anche all'indomani della decisione della Consulta, dunque, l'assenza di vincolo all'accertamento compiuto dagli organi *a quibus* nei confronti degli organi *ad*

¹⁷² Sul punto v. G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5ª ed., cit., 28, per il quale, dall'inapplicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, in particolare, dell'art. 45 c.p.c., discenderebbe che il giudice o l'arbitro, dinanzi ai quali la causa venga riassunta (o riproposta), qualora si ritengano sforniti di *potestas iudicandi*, possano a loro volta pronunciare decisione declinatoria (la quale, ove pronunciata dal giudice statale, sarà impugnabile con il regolamento di competenza e, qualora emessa dall'arbitro, sarà assoggettabile all'impugnazione per nullità); M. BOVE, *La giustizia privata*, 4ª ed., cit., 75, per il quale la sentenza della Corte costituzionale: "(...) per un verso, non ha individuato il meccanismo tecnico per raggiungere lo scopo della sanatoria e, per altro verso, nulla ha detto sull'efficacia esterna della pronuncia di 'incompetenza'".

¹⁷³ F.G. DEL ROSSO, *Note in tema di translatio iudicii tra arbitro e processo*, cit., 557, per cui appunto, pur a seguito della decisione della Consulta n. 223 del 2013: "(...) la dichiarazione di incompetenza pronunciata da un'autorità non è vincolante per l'altra, che resta quindi libera di declinare nuovamente la propria competenza".

quos ripropone inalterato il rischio di conflitti negativi¹⁷⁴, ma anche, specularmente, di quelli positivi, di competenza tra arbitri e giudici statali¹⁷⁵. E ciò non solo nell'ipotesi, lineare, del passaggio della medesima causa da uno all'altro, ma anche in relazione a una serie di scenari più articolati che potrebbero configurarsi in un momento successivo. Si pensi, ad esempio, al caso in cui una parte, dopo aver ottenuto tutela di un proprio diritto dal giudice statale (dinanzi al quale la causa fosse stata tempestivamente riassunta a seguito di precedente declinatoria pronunciata dall'arbitro), proceda, in un momento successivo, magari anche a distanza di anni, ad instaurare un nuovo processo arbitrale, avente bensì ad oggetto un *petitum* diverso da quello in precedenza dedotto e deciso dal giudice statale, *fondato, tuttavia, sul medesimo patto arbitrale azionato in precedenza*. In tal caso, non solo sarebbe priva di rilievo, per il nuovo collegio arbitrale, la valutazione negativa, quanto alla validità ed efficacia della convenzione arbitrale, compiuta dall'arbitro che aveva precedentemente declinato la propria competenza, ma financo la sentenza del giudice statale, pur se passata in giudicato e contenente, quale accertamento incidentale rispetto alla decisione sul merito della lite, la statuizione sull'invalidità della convenzione arbitrale: sicché non vi sarebbe alcun ostacolo a che il nuovo collegio affermi la sussistenza della propria *potestas iudicandi* in base a quella stessa convenzione arbitrale, già oggetto delle precedenti, opposte, valutazioni.

Appare dunque difficile leggere nella decisione della Corte costituzionale, che pure, rispetto al passato, ha il merito di garantire un risultato minimo, consistente nella salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda nel passaggio da una sede all'altra, l'affermazione della vigenza, nei rapporti arbitro-giudice statale, di una vera e propria *translatio iudicii*, non foss'altro che per la persistente inapplicabilità, a quei rapporti, degli artt. 44, 45, 48 e 295 c.p.c.¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Osserva F.G. DEL ROSSO, *Note in tema di translatio iudicii tra arbitrato e processo*, cit., 557 che, alla luce dell'inapplicabilità ai rapporti arbitro-giudice dell'art. 44 c.p.c., un eventuale conflitto negativo di competenza: "(...) non può essere risolto né in via preventiva con un meccanismo analogo a quello di cui all'art. 45 c.p.c. (regolamento di competenza di ufficio), né in via successiva, posto che l'art. 362 c.p.c. non trova applicazione nel caso dei rapporti tra arbitrato e processo".

¹⁷⁵ Osserva G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5ª ed., cit., 27 ss., che l'espunzione dell'art. 50 c.p.c. dal catalogo delle norme non applicabili ai procedimenti arbitrali e ai loro rapporti con i giudizi statali ha ripercussioni sullo stesso principio dell'impermeabilità tra arbitrato e processo statale, essendo quel principio collegato all'applicabilità delle norme sulla litispendenza, sulla continenza, sulla connessione, sulla sospensione per pregiudizialità. Ciò che emerge dal quadro normativo ridefinito dalla Consulta, secondo G. VERDE, e in attesa di un eventuale correttivo introdotto dal legislatore, *sarebbe l'impossibilità di pervenire ad una composizione del conflitto arbitro-giudice in via preventiva*, dovendo, in definitiva, ricercarsi una soluzione nelle regole che disciplinano il conflitto tra giudicati.

¹⁷⁶ Così anche C. DELLE DONNE, *Sub art. 817 c.p.c.*, cit., in P. COMOGLIO *et al.* (a cura di), *Commento del codice*, cit., 522 ss.

3.3.2. *Le modalità con cui debba avvenire la trasmigrazione della causa dal giudice all'arbitro (e viceversa), al fine di preservare gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda originaria*

Sotto il secondo dei profili illustrati in precedenza, relativo, cioè, alle modalità con cui dovrebbe attuarsi la trasmigrazione della causa dall'arbitro al giudice statale e viceversa, al fine di garantire la preservazione degli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda originaria, le divergenze che si registrano in dottrina sono ancor più significative, tanto da far dire a taluno che: "(...) occorrono disposizioni che stabiliscono come si deve procedere, disposizioni che mancano"¹⁷⁷. Il contrasto sussiste su praticamente tutti i profili rilevanti che concorrono a delineare la disciplina della trasmigrazione della causa nel suo complesso.

Quanto al *termine* entro cui le parti debbano attivarsi per consentire la prosecuzione della causa nell'altro foro, per taluno dovrebbe farsi applicazione dell'art. 50 c.p.c. termine fissato discrezionalmente dal giudice o dall'arbitro o, in mancanza, quello di tre mesi dalla comunicazione del provvedimento¹⁷⁸); altri contestano l'opportunità che la fissazione del termine sia affidata all'organo che pronunci la declinatoria, auspicando che sia stabilita *ex lege*; altri ancora, infine, invocano il termine trimestrale previsto non dall'art. 50 c.p.c., ma dall'art. 59, l. n. 69 del 2009¹⁷⁹.

Quanto al *momento a partire dal quale detto termine dovrebbe decorrere*, a fronte di coloro che lo individuano (*ad instar* di quanto previsto dall'art. 50 c.p.c.) nell'emanazione della pronuncia declinatoria (o nella sua comunicazione)¹⁸⁰, altri lo ricollegano, alla stregua di quanto disposto dall'art. 59, l. n. 69 del 2009, al passaggio in giudicato della decisione declinatoria¹⁸¹. Entrambe le opzioni pre-

¹⁷⁷ Così G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5ª ed., cit., 29, per il quale nemmeno quando ne avrebbe avuto l'occasione (con l'introduzione dell'art. 1, d.l. n. 132 del 2004, convertito nella l. n. 162 del 2014 e la possibilità di trasferire in sede arbitrale i procedimenti pendenti dinanzi al giudice statale) il legislatore ha proceduto a fornire direttive appropriate circa le modalità di questa forma di trasmigrazione. Anche in tale occasione la norma rilevante (il comma 3) si limita a statuire che: "(...) il procedimento prosegue davanti agli arbitri", facendo contestualmente salvi gli effetti della domanda giudiziale e parlando genericamente, nel caso in cui il processo debba ritornare dinanzi alla Corte d'appello, di "riassunzione" (comma 4). A fronte di tali lacune legislative, il commento dell'autore è *tranchant*: "Ci dobbiamo perciò industriare".

¹⁷⁸ A. BARLETTA, *Translatio iudicii e nuovi rapporti tra giudici e arbitri*, cit., 79.

¹⁷⁹ Così G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5ª ed., cit., 29.

¹⁸⁰ In tal senso v. B. SASSANI, nota a Corte cost. 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. arb.* 2014, 112 ss.

¹⁸¹ G. VERDE *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5ª ed., cit., 29 e 183 ss.; ID., *Ancora sulla pendenza*, cit., 226. Ritiene l'autore, indotto sul punto a mutare opinione rispetto al passato, che la possibilità di una *translatio* imporrebbe oggi di ritenere (sebbene l'avallo del legislatore sarebbe opportuno) che il collegio arbitrale, dopo l'emanazione del lodo e finché non sia decisa

sentano, evidentemente, delle controindicazioni. La prima, perché pone un problema di coordinamento fra il giudizio instaurato dinanzi al giudice *ad quem* e l'eventuale giudizio d'impugnazione proposto avverso la sentenza o il lodo con cui il giudice o gli arbitri si siano in precedenza spogliati della lite: l'impossibilità di applicare, in tal caso, le previsioni di cui agli artt. 48 c.p.c. e 59, l. n. 69 del 2009, in uno con i dubbi in ordine all'applicabilità, nel caso di specie, dell'art. 337, comma 2, c.p.c., espongono le parti al rischio di un pericoloso andirivieni tra le due sedi¹⁸². La seconda, perché renderebbe pressoché nullo l'effetto di coordinamento preventivo (per quanto imperfetto o comunque precario) del meccanismo della trasmigrazione, rinviando ad un momento molto distante nel tempo la stabilizzazione degli effetti della pronuncia declinatoria¹⁸³.

Quanto alle *modalità con cui attuare la prosecuzione del giudizio nell'altro foro*, alla posizione di coloro che ritengono potersi procedere con la *riassunzione* della causa secondo le modalità di cui all'art. 50 c.p.c.¹⁸⁴, si obietta che una qualsivoglia

l'impugnazione, rimanga costituito, si da consentire, se necessario, alle parti di riassumere (o di far proseguire) il processo dinanzi ad essi. In tal senso v. A. BRIGUGLIO, nota a Corte cost. 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. arb.* 2014, 96 ss.; S. MENCHINI, *ivi*, 107 ss., per il quale tale conclusione si imporrebbe per analogia a quanto disposto dagli artt. 59 comma 2, l. n. 69 del 2009 e 11 c.p.a. Per S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 240 ss., in attesa di future indicazioni legislative, a tale fattispecie dovrebbe potersi applicare, per quanto attiene al termine finale per la riproposizione della domanda che possa giovare degli effetti della prima, quanto dispone l'art. 59, l. n. 69 del 2009, ossia l'attivazione della parte entro tre mesi dal passaggio in giudicato della decisione declinatoria.

¹⁸² Evidentemente problema simile si pone anche nel caso in cui il giudizio debba ritornare agli arbitri dopo l'annullamento del lodo declinatorio in base al motivo di cui al n. 10 dell'art. 829, comma 1, c.p.c. Onde anticipare e razionalizzare i tempi, si è prospettata l'ipotesi di procedere ad un'applicazione analogica dell'art. 353, comma 3, c.p.c., consentendo cioè la riproposizione della domanda agli arbitri anche prima del passaggio in giudicato della decisione resa al termine del giudizio di impugnazione per nullità del lodo, determinando nel frattempo l'impugnazione per cassazione della sentenza della Corte d'appello l'interruzione del termine di riassunzione.

¹⁸³ Va peraltro osservato che, con particolare riferimento alla declinatoria per difetto di giurisdizione ai sensi dell'art. 59, l. n. 69 del 2009, come anche chiarito dalle Sezioni Unite nella decisione del 22 novembre 2010, n. 23596, il termine di tre mesi dal passaggio in giudicato della decisione dovrebbe essere inteso *solo quale termine massimo* per provvedere alla prosecuzione del giudizio nell'altra sede. Ciò significa che le parti potrebbero riassumere (riproporre) il giudizio *anche prima del decorso di detto termine*, mentre, ad esempio, pende un giudizio di appello avverso la declinatoria di giurisdizione. In tal caso, il giudice *ad quem* non potrà che attenersi alla decisione resa dal giudice *a quo*, salva la possibilità di proporre *ex officio* istanza di regolamento di competenza (nel qual caso il giudice d'appello dovrà decidere se sospendere o meno il giudizio in attesa della definizione del giudizio dinanzi alle Sezioni Unite attivato con l'istanza di regolamento).

¹⁸⁴ V., in questo senso, L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 699; ID., *Il rapporto tra arbitro e giudice dopo la decisione della Consulta*, in *Riv. dir. proc.* 2014, 390; S. BOCCAGNA, *Translatio iudicii tra giudice e arbitri: la decisione*

glia prosecuzione della causa da un foro all'altro non potrebbe che passare attraverso una vera e propria *riproposizione* della domanda originaria (ad esempio, secondo le modalità di cui all'art. 59, l. n. 69 del 2009¹⁸⁵), in considerazione, da un lato, della *non affinità strutturale dei due giudizi*, sotto il profilo degli organi chiamati a decidere e della eterogeneità delle regole procedurali applicabili¹⁸⁶ (si pensi all'estraneità, al procedimento arbitrale, di un atto di riassunzione quale quello disciplinato dall'art. 125 disp. att. c.p.c.¹⁸⁷, o alle diverse regole che disci-

della Corte costituzionale, in *Riv. dir. proc.* 2014, 377 ss.; M. ACONE, *Arbitrato e translatio iudicii*, cit., 15; ID., «*Translatio iudicii*» tra giudice ed arbitro: una decisione necessaria incompiuta, cit., 2701, per il quale andrebbe rimarcata: "(...) sul piano logico, l'importanza dell'avverbio 'conseguentemente', che sta ad indicare come per la conservazione degli effetti sia indispensabile la rimozione del divieto di applicazione dell'art. 50 c.p.c."; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Padova 2014, 507; ID., *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza*, cit., 1111, per il quale il Giudice delle Leggi avrebbe individuato proprio nella *translatio iudicii* disciplinata dall'art. 50 c.p.c. lo strumento prescelto per assicurare, nei rapporti arbitro-giudice, la conservazione degli effetti dell'atto introduttivo, senza lasciare alcun margine all'operatività del diverso strumento della *riproposizione* della domanda, perché: "(...) la sentenza (...) introduce una norma nella disciplina arbitrale che innesta un rinvio operativo al *modus procedendi* e al senso, appunto semplice, del detto art. 50 c.p.c."; A. BARLETTA, *Translatio iudicii e nuovi rapporti tra giudici e arbitri*, cit., 74 ss., per il quale: "Solo la piena applicazione dell'art. 50 c.p.c. assicura che il mantenimento degli effetti sostanziali e processuali delle domande proposte ai giudici o agli arbitri incompetenti afferisca al più generale principio della conservazione di tutti gli atti processuali compiuti, grazie a meri atti d'impulso volti alla prosecuzione dei medesimi giudizi già instaurati". Nel senso dell'applicazione del regime di cui all'art. 50 c.p.c. v. anche F.G. DEL ROSSO, *Note in tema di translatio iudicii tra arbitrato e processo*, cit., 560 ss., sulla base della considerazione che non sarebbe possibile ricondurre i rapporti tra arbitro e giudice statale allo schema della giurisdizione.

¹⁸⁵ Così M. BOVE, nota a Corte cost. 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. arb.* 2014, 89; ID., *Sulla dichiarazione di parziale incostituzionalità*, cit., 1117, anche sulla base della riconduzione dei rapporti arbitro-giudice alla categoria della giurisdizione, più che a quella della competenza; S. MENCHINI, *ivi*, 107 ss.; B. SASSANI, *ivi*, 111; S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 160; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5^a ed., cit., 29, per il quale, appunto, la domanda di prosecuzione del giudizio nell'altra sede dovrebbe riproporsi: "(...) con le modalità e secondo le forme previste per il giudizio davanti al giudice adito in relazione al rito applicabile". Aderendo a tale impostazione, nel caso di trasmigrazione dal giudizio arbitrale a quello statale, sarà richiesta la notificazione di un atto di citazione (o, nel caso di giudizio dinanzi al giudice amministrativo, del ricorso introduttivo), mentre, nel caso inverso, sarà richiesta la notifica dell'atto di nomina del proprio arbitro. V., in proposito, Cass. 10 luglio 2013, n. 17099.

¹⁸⁶ Così, in particolare, M. BOVE, nota a Corte cost. 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. arb.* 2014, 88 ss.; A. BRIGUGLIO, *ivi*, 95; S. MENCHINI, *ivi*, 105 ss.; SASSANI, *ivi*, 111.

¹⁸⁷ Si tratta di un atto che contiene *vocatio in ius*, richiamo all'originario atto introduttivo della lite e indicazione del provvedimento in base al quale è fatta la riassunzione, che deve essere notificato al difensore costituito ai sensi dell'art. 170 c.p.c. V., su tali profili, gli autori menzionati nella nota precedente. V. anche, per tale ultima distinzione, S. MENCHINI, nota a Corte cost. 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. arb.* 2014, 107.

plinano il ruolo della difesa tecnica¹⁸⁸, gli atti compiuti dall'organo giudicante, l'intervento in causa e simili¹⁸⁹); dall'altro, dell'inapplicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, dell'istituto della litispendenza, che sarebbe incompatibile con l'operatività di un meccanismo di traslazione del giudizio da una sede all'altra¹⁹⁰; dall'altro ancora, delle difficoltà di ordine pratico che sorgerebbero laddove si ipotizzasse una vera e propria *translatio* da una sede all'altra tramite riasunzione. Il riferimento è, in particolare, a profili quali la trasmissione del fascicolo d'ufficio ai sensi dell'art. 126 disp. att. c.p.c. e la telematizzazione del processo, ormai definitivamente a regime nell'ambito della giustizia civile e difficilmente compatibile con lo svolgimento della procedura dinanzi agli arbitri¹⁹¹; ma anche la diversa natura degli atti che compongono il fascicolo d'ufficio¹⁹² e così via¹⁹³.

Quanto all'indicazione, da parte dell'organo declinante, dell'organo ritenuto competente, v'è chi la ritiene necessaria¹⁹⁴ e chi, invece, non la ritiene possibile, in quan-

¹⁸⁸ V. Cass. S.U. 5 maggio 2011, n. 9839, in *Riv. arb.* 2011, nt. A. ROMANO, *Natura dell'arbitrato ed inapplicabilità delle disposizioni sulla procura*; in www.judicium.it, nt. E. DEBERNARDI, *Sulla (assenza di) forma nel procedimento arbitrale*.

¹⁸⁹ Per riferimenti v. A. BRIGUGLIO, S. MENCHINI, B. SASSANI, note a Corte cost. 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. arb.* 2014, alle pagine, rispettivamente, 95 ss., 105 ss. e 111 ss.

¹⁹⁰ Si pensi, ad esempio, al caso in cui gli arbitri, aditi dalle parti sulla base di una convenzione di arbitrato, si dichiarino privi di *potestas iudicandi*, rinviando le parti davanti al giudice: ove, dinanzi a quest'ultimo, già penda la stessa controversia (circostanza possibile in ragione dell'operatività del principio *Kompetenz Kompetenz* applicato alla valutazione di ciascun organo sulla convenzione di arbitrato), la trasmigrazione della causa sarebbe stroncata sul nascere dall'istituto della litispendenza ex art. 39 c.p.c. Un tale esito non sarebbe invece configurabile nei rapporti tra giudici statali, perché il giudice statale, adito per secondo in relazione alla medesima causa, dovrebbe in ogni caso subordinare la valutazione circa la sussistenza della propria (e altrui) competenza alla dichiarazione di litispendenza e alla cancellazione della causa dal ruolo.

¹⁹¹ Su cui v. B. SASSANI, nota a Corte cost. 19 luglio 2013, n. 223, cit., 112.

¹⁹² Muniti di pubblica fede quelli redatti nell'ambito del processo civile, perché opera di pubblici ufficiali; qualificabili, invece, come mere *scritture private* quelli redatti nell'ambito del giudizio arbitrale, perché, come emerge anche dall'art. 813, comma 2, c.p.c., opera di soggetti cui non spetta la qualifica di pubblici ufficiali o di incaricati di pubblico servizio.

¹⁹³ In generale, ritiene problematico, in questo contesto, il richiamo all'art. 59, l. n. 69 del 2009 A. BARLETTA, *Translatio iudicii e nuovi rapporti tra giudici e arbitri*, cit., 75, per il quale esso non permetterebbe: "(...) lo specifico 'adattamento' richiesto in materia dalla Corte costituzionale, rispetto a quanto disposto dall'art. 50 c.p.c.". Questo perché: "(...) l'impianto dell'art. 59, l. n. 69 del 2009 presuppone l'inderogabilità delle norme sulla giurisdizione nei rapporti tra giudice ordinario e giudici speciali ed è strettamente correlato con la previsione di un regolamento di giurisdizione ufficioso: aspetto quest'ultimo incompatibile con le previsioni contenute all'art. 819-ter c.p.c.".

¹⁹⁴ S. BOCCAGNA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile*, cit., 1413. Secondo F.G. DEL ROSSO, *Note in tema di translatio iudicii tra arbitrato e processo*, cit.,

to l'arbitro non è un organo precostituito e non potrebbe darsi, nel passaggio dalla sede giudiziale a quella arbitrale, un'indicazione *preventiva* rispetto alla sua stessa costituzione¹⁹⁵.

Ma non pochi contrasti sussistono altresì su altre questioni pratico-applicative non poco rilevanti: dal valore da attribuire alle preclusioni e decadenze eventualmente già maturate nell'altro giudizio¹⁹⁶, all'efficacia delle prove raccolte nel giudizio conclusosi con la declaratoria d'incompetenza¹⁹⁷; dall'efficacia, nel giudizio *ad quem*, dei provvedimenti, in particolare di quelli cautelari, adottati dall'organo che si è spogliato della causa¹⁹⁸, alla considerazione unitaria delle due fasi per va-

561 ss., che opta per l'applicazione del regime di cui all'art. 50 c.p.c., si dovrebbe ricorrere, al fine di superare il problema della mancata precostituzione dell'organo arbitrale o la diversità di regimi processuali che governano l'arbitrato e il giudizio statale, alla categoria concettuale della "riassunzione modificativa" (su cui v. A. SALETTI, *La riassunzione del processo civile*, Milano 1981, 269 s.).

¹⁹⁵ A. BRIGUGLIO, nota a Corte cost. 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. arb.* 2014, 94 ss.; S. MENCHINI, *ivi*, 105 e 106; S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 162; L. SALVANESCHI, *Il rapporto tra arbitro e giudice*, cit., 390; C. DELLE DONNE, *Sub art. 817 c.p.c.*, cit., in P. COMOGGIO *et al.* (a cura di), *Commento del codice*, cit., 537. V., di recente, Trib. Milano 9 maggio 2014, in www.giurisprudenza.delleimprese.it, per il quale, in un caso in cui la costituzione del collegio arbitrale risultava impossibile (vertendosi in materia di nullità di clausola statutaria *ex art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003*), non si poteva fare applicazione dell'art. 50 c.p.c. Per un commento critico alla decisione v. A. BARLETTA, *Translatio iudicii e nuovi rapporti tra giudici e arbitri*, cit., 77 ss.

¹⁹⁶ Se, infatti, con riferimento alle decadenze relative al diritto sostanziale, la prosecuzione del giudizio, da una sede all'altra, sarà sufficiente ad impedirle, con riferimento alle preclusioni processuali maturate all'interno di uno dei due giudizi, il principio espresso dal comma 2 dell'art. 59, l. n. 69 del 2009 (che recita appunto: "(...) ferme restando le preclusioni (...) intervenute") non sarà sempre attuabile nel passaggio dal giudizio statale all'arbitrato e viceversa, in considerazione della diversità del rispettivo regime nelle due sedi, anche perché alcune delle preclusioni regolate dal codice di rito per il processo civile non sussistono nell'ambito di un giudizio arbitrale. Per A. BARLETTA, *Translatio iudicii e nuovi rapporti tra giudici e arbitri*, cit., 80: "(...) in ragione della struttura privata dell'arbitrato si deve escludere la configurabilità delle preclusioni maturate nel procedimento instaurato avanti il giudice incompetente". Per riferimenti v. M. BOVE, A. BRIGUGLIO, S. MENCHINI, B. SASSANI, note a Corte cost. 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. arb.* 2014, alle pagine, rispettivamente, 90, 94 e 108; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5ª ed., cit., 30.

¹⁹⁷ Il tema dell'efficacia delle prove raccolte in un processo nell'ambito di un altro giudizio, strutturalmente affine o meno, è di grande complessità. Per riferimenti v. G.F. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano 1999, *passim*; A. GIUSSANI, *Prova (circolazione della) (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir. - Annali*, Milano 2008, II, 1, 946 ss.; C. VANZ, *La circolazione della prova nei processi civili*, Milano 2008, *passim*; L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, Bologna 2016, *passim*; N. ROMBI, *La circolazione delle prove penali*, Padova 2003, *passim*.

¹⁹⁸ Anche questo profilo è controverso. Il problema sorge, soprattutto, con riferimento a quei provvedimenti cautelari che, nell'ordinamento italiano, *anche l'arbitro può disporre* ai sensi del combinato disposto del generale divieto di cui all'art. 818 c.p.c. e delle norme che, ai sensi della riserva contenuta in quel medesimo articolo, ne rappresentano un'eccezione (è il caso dell'art. 35, comma 5, d.lgs. n. 5 del 2003, che attribuisce agli arbitri il potere di sospendere, in via cautelare, le

lutare la ragionevole durata del processo nel suo complesso¹⁹⁹.

Si tratta, come ognuno vede, di una nutrita serie di problemi, che necessiterebbero, onde evitare che si giunga a contraddittorie ricostruzioni di carattere sistematico e ad un'anarchia interpretativa ad opera degli arbitri e delle corti statali sulla base di fatalmente divergenti letture del dato normativo e giurisprudenziale, di un intervento chiarificatore del legislatore.

Il problema più spinoso, tuttavia, riguarda il tema, assolutamente centrale per l'oggetto della nostra ricerca (e altresì per un efficace funzionamento del meccanismo della trasmigrazione), dell'efficacia, vincolante o meno, della pronuncia declinatoria pronunciata dall'organo *a quo* nei confronti dell'organo *ad quem*, nonché dell'efficacia, nei confronti degli arbitri, delle sentenze della Cassazione sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale: profili cui, come detto, la decisione della Corte costituzionale non ha dato risposte²⁰⁰, essendosi limitata a statuire sulla parte del comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c. relativa all'art. 50 c.p.c., ma lasciando inalterata quella che esclude l'applicabilità ai rapporti arbitro-giudice degli artt. 44 ss. c.p.c. Su tali profili andiamo ora a rivolgere la nostra attenzione.

delibere assembleari). Se, infatti, la dottrina generalmente converge sul fatto che nessun problema di "sopravvivenza" si ponga, nel passaggio da un giudizio all'altro (in particolare dal giudizio statale a quello arbitrale), rispetto a quelle misure *comunque riservate all'autorità giudiziaria e sottratte alla competenza arbitrale* (in tal senso v. L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 699), con riferimento, invece, ai provvedimenti di sospensione delle delibere assembleari, vi è il dubbio se considerarli *tamquam non essent*, se ritenere invece che nulla osti, nel passaggio da una sede all'altra, alla loro integrale sopravvivenza o, infine, se ritenere che mantengano bensì efficacia, subordinatamente, tuttavia, alla possibilità, per il giudice (o l'arbitro), di revocarli o modificarli. V. L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 699; S. SASSANI, nota a Corte cost. 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. arb.* 2014, 113.

¹⁹⁹ Nella decisione n. 3316 del 13 febbraio 2014, ad esempio, la Cassazione ha negato che, al fine di stabilire se la durata di un giudizio statale sia stata ragionevole, si debba tenere conto del periodo in cui il processo sia rimasto pendente dinanzi agli arbitri, mentre, nella decisione n. 143 dell'8 gennaio 2014, ha affermato la rilevanza, agli stessi effetti, della durata del giudizio di impugnazione per nullità di un lodo arbitrale. Sul punto v. G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5^a ed., cit., 30, per il quale appare corretto imputare allo Stato solo la responsabilità per ciò che riguarda il servizio giustizia da esso approntato (tramite i suoi organi), non, invece, per un servizio (il giudizio arbitrale) che dipende da una libera scelta di soggetti privati.

²⁰⁰ Non pare invece avere dubbi sulla "fissazione" incontestabile della questione dell'allocazione della *potestas iudicandi*, conseguente ad una pronuncia declinatoria del giudice o, rispettivamente, dell'arbitro, S. BOCCAGNA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., 1413, per il quale: "(...) a seguito della riassunzione, la pronuncia con la quale il giudice o gli arbitri abbiano declinato la propria competenza esplicherà efficacia vincolante nei confronti degli arbitri o, rispettivamente, del giudice indicati come competenti".

4. *L'inquadramento teorico e le ricadute pratiche della decisione degli arbitri sulla propria competenza e, specularmente, di quella del giudice ordinario sulla medesima questione*

4.1. *Premessa*

Si è avuto più volte occasione di osservare, nel corso della trattazione, che il punto debole del sistema delle “vie parallele” (ossia del regime che, secondo l’opinione che prevale in dottrina e in giurisprudenza, governa oggi i rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale), consiste nell’assenza di meccanismi di coordinamento preventivo (se si eccettuano le condotte omissive – o contraddittorie – delle parti nelle due sedi, comunque non “strutturali”, perché lasciate alla loro scelta discrezionale e in ogni caso controverse quanto alla loro effettiva portata), atti a scongiurare il rischio di procedure parallele sulla medesima causa in sede, rispettivamente, arbitrale e giudiziale, nonché il rischio di conflitti negativi di competenza che, come visto, non sono stati affatto risolti dalla decisione della Corte costituzionale n. 223 del 2013.

Ciò spiega perché l’attenzione della dottrina si è soprattutto concentrata sulla possibilità di attribuire un’efficacia extraprocessuale e vincolante alla decisione, resa, in presenza di una convenzione arbitrale, rispettivamente dal giudice statale e dall’arbitro, sulla propria *potestas iudicandi*, nell’ambito di un giudizio vertente sul merito di una disputa di carattere sostanziale; nella misura in cui, infatti, essa potrebbe privare uno dei due organi, chiamato a confrontarsi con la questione della questione della esistenza, validità ed efficacia di una convenzione arbitrale, del potere di procedere ad una valutazione autonoma rispetto alla decisione già pronunciata, sul punto, dall’altro organo²⁰¹, potrebbe assurgere a meccanismo di coordinamento preventivo tra le due procedure, scongiurando così il rischio dei summenzionati conflitti, positivi e negativi, di competenza.

La tesi dell’efficacia extraprocessuale e vincolante della decisione, arbitrale o statale, sulla *potestas iudicandi* arbitrale implica, tuttavia, la risoluzione di una serie di delicate questioni preliminari (dalla qualificazione giuridica dell’oggetto di tale decisione, al fondamento teorico-dogmatico della sua possibile efficacia extraprocessuale; dall’individuazione del momento a partire dal quale tale efficacia dovrebbe prodursi, all’individuazione dei rimedi impugnatori esperibili, in parti-

²⁰¹ S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 84, per la quale, infatti: “In un sistema ispirato al principio delle vie parallele, che non codifica meccanismi preventivi per evitare la duplicazione dei giudizi, né, all’inverso, i conflitti negativi di competenza, acquisire una siffatta pronuncia/efficacia significa fornire un utile strumento di coordinamento alternativo ai meccanismi sanciti, da un lato, dall’art. 39 e, dall’altro, dagli artt. 44, 45, 48 e 50 e infine dall’art. 295 c.p.c.”. In tal senso, v. anche S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 366.

colare avverso il lodo arbitrale, al problema del coordinamento tra giudizio, arbitrale o statale, pendente sul merito e giudizio di impugnazione avverso la decisione, statale o arbitrale, sulla *potestas iudicandi* arbitrale), foriere anch'esse di notevoli contrasti ricostruttivi, di cui andiamo ora ad occuparci.

4.2. *La decisione, del giudice e degli arbitri, sulla potestas iudicandi arbitrale, alla luce della portata sistematica della norma di cui all'art. 819 ter, comma 3, c.p.c. Introduzione*

Per cominciare, il problema dell'efficacia extraprocessuale e vincolante della decisione, giudiziale ed arbitrale, sulla *potestas iudicandi* arbitrale (i.e. sulla questione della esistenza, validità ed efficacia di una convenzione di arbitrato) può essere affrontato da due prospettive diverse.

Da un lato, quella dell'efficacia di una *decisione statale*, resa al termine di un giudizio statale vertente *esclusivamente* sulla questione della (in)validità o (in)efficacia di una convenzione arbitrale, oggi espressamente consentito dal comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c. Dall'altro, quella dell'efficacia di una decisione, statale o arbitrale, resa sulla *potestas iudicandi* arbitrale, nell'ambito tuttavia di un giudizio, *statale* o *arbitrale*, vertente sul merito della lite, cui quella convenzione di riferisca.

Sebbene l'oggetto delle due diverse tipologie di decisione sia il medesimo, esse presentano delle differenze non irrilevanti, sotto il profilo strutturale, funzionale e procedurale, sicché le conclusioni raggiunte con riferimento all'una (per quanto attiene al tema della produzione o meno di un'efficacia esterna dell'accertamento compiuto sulla questione), non sono necessariamente estendibili all'altra.

Riteniamo opportuno incominciare la nostra analisi dalla prima tipologia di decisione, quella resa al termine di un giudizio instaurato *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c., dal momento che, rispetto ad essa, nonostante i divergenti inquadramenti sotto il profilo teorico e sistematico dell'istituto, sussiste una generale convergenza sulla sua idoneità a condurre ad una decisione che, una volta passata in giudicato, espliciti effetti extraprocessuali vincolanti, nei confronti di qualsivoglia giudice o arbitro (domestici) che si trovassero, in un momento successivo, ad occuparsi della medesima questione.

La possibilità di proporre una domanda *giudiziale* di mero accertamento, vertente esclusivamente sull'inefficacia o invalidità di una convenzione arbitrale, rappresenta senza dubbio una delle novità più rilevanti della riforma del 2006 per quanto attiene, in generale, al tormentato rapporto tra arbitrato e giurisdizione ordinaria e, in particolare, al problema dei conflitti attinenti all'allocazione della *potestas iudicandi* tra arbitri e giudici statali. La norma di cui al comma 3 dell'art.

819 *ter* c.p.c., mutuata dall'ordinamento tedesco²⁰², statuisce, sebbene non direttamente, ma con formulazione *a contrario* (nella misura in cui *esclude* la proponibilità della domanda *(solo) in pendenza di un giudizio arbitrale*²⁰³), che è possibile adire il giudice statale per ottenere una pronuncia di mero accertamento *negativo*²⁰⁴ sulla invalidità o sull'inefficacia di un patto arbitrale. Come già anticipato nel primo capitolo²⁰⁵, alla luce dei principi generali, tale azione di accertamento negativo avalla altresì la proposizione del suo opposto, ovvero di un'azione di accertamento *positivo* volta all'accertamento della *validità* ed *efficacia* della convenzione arbitrale²⁰⁶, mentre più dubbia appare l'ammissibilità di una domanda avente ad oggetto il *modo di essere* dell'accordo compromissorio (ad esempio, se esso sia per arbitrato rituale o irrituale)²⁰⁷.

L'importanza della norma si fa apprezzare forse più sotto il profilo sistematico, che sotto quello pratico-applicativo²⁰⁸.

Sebbene, infatti, essa sia stata verosimilmente concepita e codificata al fine di evitare che le parti potessero intraprendere azioni pretestuose per sabotare una procedura arbitrale²⁰⁹, è improbabile che possa contribuire in maniera rilevante a

²⁰² Il corrispondente istituto nell'ordinamento tedesco, come si vedrà *funditus* nel capitolo quarto, alla Sezione prima, è disciplinato dalla Sez. 1032, comma 2 ZPO. Su tale norma v. S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 85 ss.; P. BIANCHI, *La domanda giudiziale relativa alla invalidità e all'inefficacia della convenzione di arbitrato di cui all'art. 819 ter, ultimo comma, c.p.c. e al § 1032, 2° comma, ZPO*, in *Il Giusto proc. civ.* 2015, 1095 ss.; C. CONSOLO, *Raccordi o antifonie fra arbitrato e giudizio ordinario? Profili comparatistici e transnazionali*, in AA.VV., *Studi in onore di Piero Schlesinger*, V, Milano 2004, 3850 ss.

²⁰³ Come osservato in dottrina, l'attenzione della norma sulla *non ammissibilità* della domanda in questione, *in pendenza del giudizio arbitrale*, si spiega probabilmente con il fatto che il legislatore avrebbe inteso stemperare l'interferenza con la procedura arbitrale determinata dall'introduzione di tale istituto. Per F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, cit., 776, mediante l'introduzione di una tale disposizione, il legislatore postulerebbe l'ammissibilità di tale azione, *seppur in modo implicito*. In altri termini, dalla norma si ricaverebbe, *a contrario*, che ove il processo arbitrale non penda, la domanda è proponibile.

²⁰⁴ Così S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 368 ss.; F. PERILLO, *Il processo arbitrale*, in G. IUDICA (a cura di), *Appunti di diritto dell'arbitrato*, Torino 2012, 183.

²⁰⁵ V., in particolare, il par. 3.

²⁰⁶ In tal senso v. S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 368 ss.

²⁰⁷ Per riferimenti v. L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 574 ss.; G.F. RICCI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 514 ss.; P.L. NELA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., 1820 ss.; B. CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme*, cit., 885 ss.; Cass. 4 agosto 2011, n. 17019.

²⁰⁸ Osserva S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 84 ss. che ciò spiegherebbe il particolarmente esiguo numero di precedenti giurisprudenziali sull'istituto, a fronte del notevole interesse che esso riveste per la ricostruzione dei rapporti arbitro-giudice.

²⁰⁹ B. CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., 885; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*,

risolvere gli annosi problemi di coordinamento tra arbitrato e giurisdizione ordinaria, in ragione dei tempi biblici che la giustizia civile impiega per pervenire alla formazione di una decisione incontrovertibile, condizione imprescindibile affinché una sentenza di mero accertamento, come è certamente quella cui mira un'azione introdotta *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c., espliciti efficacia *tout court* (prima ancora che vincolante) e sia, dunque, davvero efficace; un accertamento, infatti, per porre fine alla situazione di incertezza giuridica integrante l'interesse ad agire che ne legittima la proposizione, *o è incontrovertibile, o non è*. È anzi verosimile, come si vedrà nel prosieguo, che l'introduzione di tale azione risulti fonderia di ulteriori problemi di coordinamento nell'ambito di un sistema normativo già di per sé piuttosto incoerente e lacunoso. Si pensi, ad esempio, al problema del coordinamento tra il giudizio introdotto *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c. e un giudizio arbitrale di merito successivamente instaurato sulla base del medesimo patto arbitrale, nonché al problema degli effetti, su quel giudizio, della decisione sulla domanda *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c., divenuta o meno definitiva. Oppure al problema del coordinamento tra il giudizio introdotto *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c. e un giudizio statale, instaurato previamente o successivamente, sul merito di una lite cui si riferisca il patto oggetto dell'azione *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c., nonché al problema degli effetti, su quel giudizio, della decisione sulla domanda *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c., divenuta o meno definitiva. Si pensi, altresì, al tema degli effetti di un lodo arbitrale o di una decisione del giudice statale che abbiano pronunciato *solo sulla (affermando o negando la) potestas iudicandi arbitrale*, divenuti o meno definitivi, sul giudizio in cui sia stata dedotta una domanda *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c.; o, ancora, al problema degli effetti della decisione resa in un giudizio *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c., divenuta o meno definitiva, sull'eventuale giudizio di impugnazione per nullità del lodo arbitrale o sull'eventuale giudizio di impugnazione proposto avverso la decisione resa nel giudizio statale sul merito di una disputa rientrante nell'ambito di applicazione del patto arbitrale.

Ad ogni modo, gran parte della dottrina ha fin da subito ravvisato in questa norma un solido supporto argomentativo per tutte quelle tesi favorevoli (indipendentemente dai rispettivi inquadramenti teorico-dogmatici della questione oggetto della decisione, in termini cioè di questione di merito o di questione di rito) ad attribuire efficacia extraprocessuale alla decisione (divenuta definitiva) sulla *potestas iudicandi* arbitrale, in qualunque ambito emessa (giudizio statale o giudizio arbitrale sul merito; giudizio di impugnazione di nullità del lodo; impugnazioni ordinarie avverso le decisioni di primo grado del giudice statale...).

Questo perché, quantomeno sul fatto che una decisione resa al termine di un

cit., 24, per il quale: "Chiara ne è la *ratio*. Si vuole evitare che questa domanda costituisca un espediente per rallentare ed ostacolare l'arbitrato".

giudizio instaurato *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c., divenuta definitiva, abbia tutti i crismi dell'accertamento incontrovertibile tipico della *cosa giudicata*²¹⁰, come tale idoneo a vincolare tutti i giudici e gli arbitri chiamati a pronunciarsi, in un momento successivo, sulla medesima questione, non pare esservi dubbio alcuno, in dottrina. Prima ancora che ragioni di carattere teorico o dogmatico, è il buon senso a condurre a questo risultato, pena l'assoluta inutilità della norma. Sarebbe infatti paradossale che una parte adisse il giudice statale e attendesse il notoriamente non breve esaurimento di un intero processo di primo grado, a sua volta soggetto, nella migliore delle ipotesi, ad un ulteriore grado di giudizio (regolamento di competenza) o, nel peggiore dei casi, a ben due istanze impugnatorie (appello e cassazione), per giungere ad una pronuncia che, dal punto di vista dell'impatto o della spendibilità in altri giudizi, fosse *tamquam non esset*, nella misura in cui non fosse idonea ad esplicare alcuna efficacia, né nei confronti di un arbitro o di un altro giudice statale, aditi successivamente con una domanda relativa ad una lite rientrante nell'ambito di applicazione del patto arbitrale oggetto di quella pronuncia, né nei confronti della Corte d'appello chiamata a decidere della validità di un lodo fondato su quel medesimo patto arbitrale.

Se si aderisce a tale conclusione, condivisa, come detto, dalla pressoché totalità degli interpreti, non si può far a meno di osservare – senza pretesa, in questa sede, di trarre conclusioni definitive – che tale istituto rappresenta un'eccezione nel pa-

²¹⁰ In tal senso è infatti la dottrina prevalente: v. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Padova 2014, 508; L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 575; F.P. LUISO, *Rapporti tra arbitro*, cit., 776 ss. Secondo S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 369: "In tutti i casi di domande (di mero accertamento, negativo o positivo, e costitutive) concernenti il negozio arbitrale, la decisione statuisce in modo vincolante circa l'esistenza e l'efficacia del rapporto compromissorio; è accertato in modo non controvertibile e non contestabile che la convenzione di arbitrato è efficace, o, all'opposto, che è inefficace". Per D. AMADEI, *Giudicato implicito anche per la questione relativa alla convenzione d'arbitrato: una discutibile pronuncia della Corte di Cassazione*, nota a Cass. ord. 25 ottobre 2017, n. 25254, in *Riv. arb.* 2018, 692: "(...) non avrebbe alcun senso consentire queste domande, che hanno un particolare ambito oggettivo, trattandosi di una mera questione e non, come i principi impongono, di una intera situazione giuridica sostanziale da tutelare, se non conducessero ad un provvedimento che fissa una volta per tutte la presenza o meno del patto compromissorio". Per G. CASCELLA *Competenza del giudice ordinario e tardività dell'eccezione di arbitrato. Osservazioni a margine di Trib. Firenze, sez. spec. impresa, 16.3.18, n. 814*, in <https://www.sipotra.it/old/wp-content/uploads/2018/11/Competenza-del-giudice-ordinario-e-tardivit%C3%A0-dell%E2%80%99eccezione-di-arbitrato.pdf>, la *ratio* della norma sarebbe appunto da individuarsi nella necessità e opportunità che la questione relativa alla invalidità e/o inefficacia della convenzione arbitrale venga sempre decisa con *efficacia di giudicato*. In tal senso v. anche Cass. 12 novembre 2015, n. 23176, in *Rep. Foro it.* 2015, voce *Competenza civile*, n. 108, per cui: "(...) qualora non venga impugnata nelle forme stabilite dal codice di rito la pronuncia d'incompetenza, si forma un giudicato che stabilisce, irrevocabilmente, la competenza degli arbitri".

norma del nostro ordinamento, perché consente la deduzione, in via principale e tramite un' autonoma domanda giudiziale, di un oggetto che, *dalla prospettiva dello stesso ordinamento che lo disciplina*, che ha ricondotto i rapporti tra arbitrato e giurisdizione ordinaria alla categoria della "competenza" (almeno a giudicare dai frequenti riferimenti a questa nozione contenuti nelle norme introdotte dalla riforma del 2006), non può che qualificarsi come *processuale*, ossia "di rito"; un oggetto, dunque, che, secondo i principi generali, non sarebbe deducibile autonomamente in giudizio. Da un lato, infatti, nel nostro ordinamento i principi costituzionali (*in primis*, l'art. 24 Cost.) consentono il ricorso all'autorità giudiziaria per la tutela di posizioni giuridiche sostanziali ascrivibili ad un diritto o ad un interesse legittimo, non, invece, di quelle riconducibili alla categoria delle *questioni meramente di rito* (come sono tutte le pregiudiziali di rito, quali i presupposti processuali o le condizioni dell'azione) – nonché di mere *questioni preliminari di merito*, come ad esempio la prescrizione –. Dall'altro, è opinione generalmente condivisa che la giurisdizione sia: "(...) *ogni attività cognitiva e decisoria destinata, secondo un dato ordinamento positivo, a porre capo al vincolo del giudicato sostanziale; e solo quella attività*"²¹¹.

Se, dunque, a differenza delle classiche questioni pregiudiziali di rito, la questione dell'(in)validità o (in)efficacia di una convenzione arbitrale, ossia dell'allocazione della *potestas iudicandi* tra arbitro e giudice, può essere *autonomamente dedotta in giudizio*, costituendo, di questo, l'unico ed esclusivo *thema decidendum*, delle due l'una: o siamo di fronte ad un istituto che deroga ai principi generali, secondo cui non sarebbe mai ipotizzabile un accertamento, *in astratto*, di una mera questione di rito; oppure la questione dedotta autonomamente in giudizio, pur mirando a risolvere, *in via definitiva*, una problematica senz'altro di carattere processuale (qual è, appunto, l'allocazione della *potestas iudicandi* tra arbitro e giudice statale), concorre, con le sue diverse sfaccettature, a delineare un oggetto dai contorni *lato sensu* meritali, riconosciuto e tutelato dall'ordinamento come *autonomo bene della vita*²¹², sebbene *sui generis* (trattandosi pur sempre di situazione giuri-

²¹¹ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, I, Le tutele*, Bologna 1998, 137. Sul collegamento tra attività giurisdizionale e cosa giudicata v. A. ATTARDI, *La cosa giudicata*, in *Jus* 1961, 1 ss.; ID., *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1990, 475 ss.; G. PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano 1969, 785 ss.; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.* 1990, 386; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano 1987, *passim*.

²¹² V., in tal senso, L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 817*, cit., in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 574; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2^a ed., Padova 2012, 204; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, 6^a ed., Milano 2011, 151; ID., *Rapporti tra arbitro e giudice*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, cit., 114; E. MARINUCCI, *Note sull'impugnazione del lodo arbitrale*, cit., 1183. In tal senso, già prima della riforma, si erano espres-

dica *strumentale* – affermazione della percorribilità di una determinata via contentiosa rispetto all'altra – rispetto alla tutela di un diverso e ulteriore bene della vita di carattere sostanziale): ciò, però, sconfesserebbe l'inquadramento adottato dal legislatore della riforma dei rapporti tra arbitri e giudici in termini di "competenza".

È di tutta evidenza che la norma di cui al comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c., interpretata in un senso o nell'altro, ha notevoli ricadute sul piano sistematico, soprattutto per quanto attiene al problema dell'inquadramento teorico e della delimitazione degli effetti delle decisioni, arbitrali e giudiziali, rese bensì sul medesimo oggetto (esistenza, validità ed efficacia di una convenzione arbitrale), *ma nell'ambito di un giudizio vertente sul merito di una lite sostanziale*.

Prima di procedere ad un'analisi puntuale dell'istituto codificato dalla norma, e delle sue molteplici ripercussioni, anche pratico-applicative, riteniamo opportuno ripercorrere il dibattito sulla sua ammissibilità svoltosi nel regime pre-riforma²¹³, che offrirà utili spunti di riflessione per inquadrarne portata, contenuto ed effetti nell'ambito dell'attuale regime normativo.

4.2.1. *La vexata quaestio della proponibilità di una domanda giudiziale avente ad oggetto l'invalidità o l'inefficacia della convenzione di arbitrato nel regime pre-2006*

4.2.1.1. *L'orientamento prevalente in dottrina e in giurisprudenza, contrario all'ammissibilità di una domanda giudiziale autonoma sulla convenzione arbitrale*

Nel regime pre-riforma, la giurisprudenza di gran lunga prevalente, nonché una consistente parte della dottrina ad essa allineata, si sono decisamente schierate in senso *contrario* all'ammissibilità di una domanda giudiziale di mero accertamento vertente esclusivamente sulla convenzione di arbitrato (e, in particolare, sulla sua esistenza, validità o efficacia), ritenendo che una simile domanda, senza la contestuale proposizione di una domanda nel merito, si risolvesse in un'indagine *su una questione di competenza*, come tale inammissibile per *carezza di interesse*²¹⁴.

si anche, tra gli altri, come si vedrà subito *infra*, V. COLESANTI, *Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri*, in *Riv. dir. proc.* 1958, 244 ss.; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2000, I 639 ss.; C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione*, cit., 671 ss.

²¹³ Su cui v., oltre ai riferimenti contenuti nel paragrafo seguente, C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2000, I, 426 ss.; 458 ss. e 678 ss.; II, 203 ss.; M. BOVE, *Il patto compromissorio*, cit., 442 nt. 132; A. CHIZZINI, *Note in tema di clausola compromissoria per arbitrato irrituale e azione di mero accertamento dinanzi al giudice ordinario*, in *Riv. arb.* 2001, 725 ss.; C. CECCHIELLA, *L'arbitrato*, cit., 81 ss., spec. nt. 251.

²¹⁴ V., in tal senso, Cass. 20 dicembre 1952, n. 3251, in *Mass. Giur. it.* 1952, 851; Cass. 27 luglio 1957, n. 3167, in *Foro it.* 1957, I, 1618; in *Giust. civ.* 1957, I, 2098; in *Giur. it.* 1958, I, 1, 697; in *Riv. dir. proc.* 1958, 244 ss., nt. critica di V. COLESANTI, *Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri*. Nella seconda delle decisioni menzionate, in particolare, la Corte statuiva che:

“(…) la clausola compromissoria ha struttura negoziale, ma produce, come unico effetto, quello di sottrarre al giudice ordinario la cognizione di una o più controversie inerenti ad un rapporto di diritto sostanziale, con la conseguente attribuzione delle controversie medesime al giudice privato. Pertanto l’indagine sulla validità e sulla portata di una clausola compromissoria si risolve sempre nella ricerca di quell’effetto di diritto processuale, che le è connaturale ed esclusivo, e quindi si risolve in una questione di competenza (…). Ma, come sarebbe improponibile davanti a qualsiasi giudice una questione generica ed astratta di competenza, senza la decisione contemporanea di una controversia di diritto sostanziale, in relazione alla quale occorra risolvere il dubbio sulla scelta del giudice che dovrà provvedere sulla controversia stessa, così non può ammettersi né un giudizio di mero accertamento sulla validità e sulla portata della clausola compromissoria, né, per conseguenza, che la decisione su tale punto costituisca un capo autonomo della sentenza, munito di una autorità propria di giudicato, indipendentemente dalla pronuncia sulla competenza a provvedere sulla domanda di diritto sostanziale”; Cass. 27 maggio 1961, n. 1261; Cass. 28 gennaio 1966, n. 334, in *Giur. it.*, 1966, 1624, nt. adesiva di G. SCHIZZEROTTO, *Sulla qualificazione giuridica dell’eccezione di compromesso* e in *Temi* 1967, 1, nt. R. VECCHIONE; Cass. 18 dicembre 1973, n. 3433, in *Giust. civ.* 1974, I, 1110; Cass. civ., I Sez., 28 marzo 1991, n. 3361, in *Giur. it.* 1992, I, 552, nt. critica di FADEL, ove la Corte statuiva che: “Un’azione di mero accertamento sulla validità e sulla portata della clausola compromissoria sarebbe priva di interesse, in quanto condurrebbe ad una generica affermazione di competenza sfornita di efficacia preclusiva per il giudice che fosse chiamato successivamente a provvedere su una domanda determinata e che sarebbe, anzitutto, giudice della propria competenza. (…); App. Roma 9 marzo 1992, n. 677, in *Riv. arb.* 1992, 706, nt. R. MARENGO, *Inammissibilità del regolamento di competenza avverso il lodo rituale*; Cass. 8 luglio 1996, n. 6205, in *Corr. giur.* 1996, 1007, nt. CARBONE, *I ripensamenti sulla potestas iudicandi degli arbitri nel corso del procedimento arbitrale*; Trib. Milano 30 settembre 2002, in *G. mil.* 2002, 444. In dottrina v. C. CECHELLA, *L’arbitrato*, cit., 76 (e ivi per ulteriori riferimenti), che, conformemente alla giurisprudenza prevalente, riteneva che l’azione di cui qui si discute sarebbe semplicemente consistita in una “declaratoria di competenza” in favore di una cognizione degli arbitri; M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, in *Riv. arb.* 1996, I, 244; R. VECCHIONE, *L’arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano 1971, 329 ss.; M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell’arbitrato interno*, Padova 1991, 326 ss.; M. BOVE, *L’estinzione del patto compromissorio*, in *Riv. arb.* 1998, 701; ID., *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.* 1999, 414 ss.; F. DANOVÌ, *La pregiudizialità*, cit., 415 nt. 108; G. SCHIZZEROTTO, *Dell’arbitrato*, cit., 222 ss.; ID., *L’arbitrato rituale nella giurisprudenza*, Padova 1969, 183 ss.; ID., *Sulla qualificazione giuridica dell’eccezione di compromesso*, in *Giur. it.*, 1966, 1624 ss., secondo cui, essendo il contenuto del contratto compromissorio di carattere esclusivamente processuale, un accertamento sulla validità di detto patto si sarebbe tradotto in un accertamento di questioni preliminari, laddove l’oggetto del processo statale può essere solamente la tutela di diritti. Secondo V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, Napoli 1964, 836 ss., una domanda mirante al mero accertamento della esistenza e validità di un patto compromissorio era inammissibile perché “(…) oggetto del processo avanti i giudici ordinari è la esistenza di diritti e, in genere, di situazioni giuridiche sostanziali (artt. 99 cod. proc. civ.; 2907 cod. civ.), laddove non si può negare che la questione sulla validità e sulla efficacia del compromesso e della clausola compromissoria, è preliminare all’altra dell’esistenza del diritto”. Tra gli altri argomenti addotti a sostegno della tesi contraria all’ammissibilità di detta azione va altresì menzionato quello secondo cui, dal principio per cui ogni giudice è giudice della propria competenza e dall’as-sunto, legislativamente codificato, secondo cui gli arbitri, all’infuori delle materie non compromettibili, erano legittimati a decidere tutte le questioni che sorgevano nel corso del procedimento arbitrale, discendeva l’intangibile

Si riteneva, in particolare, che una decisione del giudice su un tale *thema decidendum* non sarebbe stata idonea ad acquistare *l'autorità propria del giudicato sostanziale*, perché priva di qualsivoglia efficacia preclusiva per il giudice o l'arbitro che si fossero trovati a confrontarsi, in un momento successivo, con la medesima questione.

Secondo questo orientamento, alla configurabilità di un tale istituto nel nostro ordinamento ostavano sia la riconduzione della questione della *potestas iudicandi* arbitrale ad un'eccezione di (in)competenza (e, dunque, ad una questione di *mero rito*, senza l'implicazione di situazioni giuridiche sostanziali)²¹⁵, sia il principio secondo cui ciascun giudice è, prima di tutto, giudice della propria competenza, come tale non vincolato agli accertamenti compiuti, su di essa, da altri giudici.

Nello specifico, dalla riconduzione del rapporto tra arbitri e giudici statali alla categoria della *competenza* discendeva, secondo tale impostazione, che l'indagine sulla esistenza, validità ed efficacia di un patto compromissorio si risolvesse, *sempre e comunque*, in un inammissibile accertamento, *in astratto*, sulla sussistenza o meno della (propria e altrui) competenza, ossia in un'indagine *sulla sussistenza di una mera questione pregiudiziale di rito*, contrastante con il principio secondo cui oggetto di un giudizio statale possono essere solo diritti e, in generale, situazioni giuridiche di natura sostanziale²¹⁶. Un tale accertamento, oltretutto inammissibile,

potere degli arbitri di risolvere tutte le questioni preliminari (ivi incluse quelle attinenti alla loro *potestas iudicandi*) che condizionavano la decidibilità della causa nel merito. Più possibilista appariva L. BIAMONTI, voce *Arbitrato*, in *Enc. dir.*, II, Milano 1958, II, 925: l'illustre autore conveniva bensì con l'orientamento prevalente sul fatto che una domanda volta unicamente a far dichiarare l'incompetenza degli arbitri, prima ancora della costituzione del collegio, fosse inammissibile, perché una pronuncia in tal senso sarebbe stata priva di efficacia vincolante per l'arbitro (potendo solo la Cassazione emettere una sentenza sulla competenza che facesse stato *per ogni altro giudice*): riteneva, tuttavia, che un'azione di mero accertamento non fosse in linea di principio inconcepibile, a patto di escludere: "(...) un qualsiasi riferimento a questioni di competenza e si ritenga invece che si abbia una situazione analoga a quella per cui il giudice ordinario è competente a pronunciare sulla nullità del compromesso o della clausola compromissoria. Il giudizio consisterebbe anche qui nell'accertare la validità dell'accordo delle parti e solo conseguentemente il limite del potere di decisione degli arbitri".

²¹⁵ Proprio la premessa dell'inquadramento dei rapporti arbitro-giudice statale nello schema della competenza, e dunque la consistenza meramente processuale della questione ad essi relativa, era ritenuto, dall'orientamento prevalente, il principale ostacolo alla configurabilità della deducibilità in giudizio della validità ed efficacia della convenzione di arbitrato quale oggetto autonomo suscettibile di accertamento. Lo sottolineano in particolare C. DELLE DONNE, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., in P. COMOGLIO *et al.* (a cura di), *Commento del codice*, cit., 590 e S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 85 ss.

²¹⁶ Sul principio secondo cui l'accertamento di situazioni giuridiche *non sostanziali* sarebbe *eccezionale*, essendo consentito solo nei casi *tassativamente individuati* dal legislatore v. E.F. RICCI, *Accertamento giudiziale*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.* I, Torino 1987, 22; C. BESSO, *La sentenza civile inesistente*, Torino 1996, 341.

si riteneva fosse altresì *inutiliter dato* o comunque inidoneo ad esplicare efficacia (vincolante) al di fuori del processo: da un lato, perché, nel nostro ordinamento, non si formerebbe mai il giudicato su decisioni di *mere questioni di rito* (in generale, e di *mere questioni di competenza* in particolare); dall'altro, perché, in virtù del principio *Kompetenz Kompetenz*, l'arbitro o il giudice successivamente aditi rimanevano comunque liberi di valutare autonomamente la sussistenza o meno dei presupposti giuridico-fattuali (nel caso di specie, l'esistenza/inesistenza, validità/invalidità o efficacia/inefficacia del patto arbitrale) fondanti la rispettiva competenza²¹⁷.

Tale impostazione risentiva indubbiamente delle posizioni del Chiovenda, secondo cui l'affermazione di una volontà di legge che garantisse l'attribuzione di un *bene della vita* rappresentava il nucleo, e insieme il presupposto, perché su una decisione si formasse la cosa giudicata²¹⁸. Le sentenze di rito, invece, avendo una *funzione meramente preparatoria della decisione finale sul merito*, erano ritenute *inidonee* ad acquisire la forza del giudicato, non potendo che limitare i propri effetti al rapporto processuale entro il quale erano state emanate²¹⁹. Del resto, si escludeva che le questioni processuali potessero ripresentarsi identiche in un suc-

²¹⁷ Sull'impossibilità, per gli arbitri, di incidere sull'attività compiuta dai giudici ordinari, limitando così il loro potere di giudicare sulla propria competenza, v. Cass. 27 maggio 1961, n. 1261. Analogamente, sull'inidoneità della sentenza emessa dal giudice ordinario (financo di quella resa in sede di legittimità) a vincolare gli arbitri, v. App. Roma 9 marzo 1992, n. 677, e, in motivazione, Coll. arb. Roma 2 marzo 1996, in *Riv. arb.* 1996, 364, nt. F. LEPRI, *Arbitrato rituale, pendenza della stessa causa innanzi al giudice statale ed applicazione dell'art. 39, 1° comma, c.p.c.* Come si è avuto modo di illustrare nel secondo capitolo (al par. 6.1.), a tale impostazione generalmente condivisa in dottrina e in giurisprudenza faceva eccezione un orientamento formatosi nel vigore del codice del 1865, nell'ambito di una prassi giurisprudenziale consistente nel richiedere alle parti, in caso di stipula di una clausola compromissoria (dalla formulazione necessariamente più generica, in quanto relativa a *liti future*, di quella propria dei compromessi, relativi a *liti già esistenti*), la stipulazione di un ulteriore negozio, il c.d. *atto autonomo di compromesso*, finalizzato ad integrare le lacune della clausola compromissoria. Nel caso le parti non pervenissero, per qualsivoglia ragione, alla stipula di detto accordo, esse potevano esperire un'azione giudiziale mirante a determinare l'esatta portata della disputa, ossia il *thema decidendum*. Per riferimenti a questo orientamento v. F. CARNELUTTI, *Pactum de compromittendo?*, in *Riv. dir. proc.* 1934, II, 97. Per un'applicazione pratica di tale orientamento v. Cass. 10 luglio 1933, in *Mass. Foro it.* 1933, 512. Col tempo tale orientamento venne abbandonato, lasciando che fossero direttamente gli arbitri a definire quale fosse il preciso perimetro della disputa deferita alla loro cognizione (v. Cass. 20 marzo 1936, in *Mass. Giur. it.* 1936, 261; Cass. 25 luglio 1934, in *Rep. Giur. it.*, voce *Arbitri*, n. 60), sicché venne meno l'ammissibilità di detta azione giudiziale preliminare: v. Trib. Trieste 3 luglio 1936, in *Riv. dir. proc.* 1936, II, 236.

²¹⁸ V. soprattutto G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e competenza*, in *Studi in onore di Carlo Fad-da*, 1905, ripubblicato in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma 1930, 416. Per riferimenti v. S. MENCHINI, *Regiudicata civile*, cit., 417 ss.

²¹⁹ G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e competenza*, cit., 412.

cessivo giudizio²²⁰. In un'efficace sintesi di questi principi, Cass. 8 marzo 1995, n. 2697 statuiva che: "(...) *l'autorità del giudicato copre la sola statuizione finale, capace di incidere nella sfera giuridica – patrimoniale delle parti, mentre non si estende alle decisioni strumentali e preparatorie adottate nel processo in funzione dell'emanazione della sentenza definitiva di merito; pertanto, le decisioni sui presupposti del processo, sugli elementi dello stesso non acquistano autorità di cosa giudicata, ma restano atti strumentali*"²²¹.

Con particolare riferimento alle decisioni sulla competenza, la loro inidoneità al giudicato sostanziale (o comunque a produrre una qualsivoglia efficacia "esterna" e vincolante nei confronti di altri giudici²²²) veniva giustificata in base, in primo luogo, al combinato disposto degli artt. 310, comma 2, c.p.c. e 129, comma 3, disp. att. c.p.c.²²³, da cui sarebbe emerso come l'idoneità a produrre effetti *al di fuori del processo* fosse riservata alle sole sentenze sulla competenza pronunciate dalla Suprema Corte²²⁴; in secondo luogo, all'art. 44 c.p.c., per il quale la

²²⁰ Tesi, questa, sostenuta in particolare da E. ALLORIO, *Critica alla teoria del giudicato implicito*, in *Riv. dir. proc.* 1938, I, 246 ss., spec. 254, nt. 3; ID., *Efficacia vincolante della decisione in tema di legitimatio ad processum*, in *Temi* 1960, 59.

²²¹ V. anche, *ex multis*, Cass. 7 gennaio 1983, n. 112, in *Giur. it. Rep.* 1982, voce *Regiudicata civile*, n. 15; Cass. 18 novembre 1982, n. 6206, in *Giur. it. Rep.* 1982, voce *Procedimento civile*, n. 190. Per ulteriori riferimenti v. S. MENCHINI, *Regiudicata civile*, cit., 417 ss.

²²² Sotto la vigenza del codice di procedura del 1865, si affermava che la cosa giudicata sostanziale non fosse nemmeno logicamente pensabile in relazione alle decisioni sulla competenza, in quanto queste esprimevano unicamente il giudizio sull'attività propria del giudice, sull'atto del giudicare e sulla sussistenza del proprio potere decisorio v. G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, cit., 315 ss.

²²³ L'art. 310, comma 2, c.p.c. recita: "L'estinzione rende inefficaci gli atti compiuti, ma non le sentenze di merito pronunciate nel corso del processo e quelle che regolano la competenza", mentre l'art. 129, comma 3, c.p.c. recita: "Se il processo si estingue in primo grado, la sentenza di merito contro la quale fu fatta la riserva acquista efficacia di sentenza definitiva dal giorno in cui diventa irrevocabile l'ordinanza, o passa in giudicato la sentenza, che pronuncia l'estinzione del giudizio. Da questa data decorrono i termini stabiliti dall'art. 325 del codice per impugnare la sentenza già notificata, e, se questa non è stata notificata, decorre il termine di decadenza stabilito dall'art. 327 del codice stesso".

²²⁴ Invero, poiché l'art. 310, comma 2, c.p.c. riporta l'espressione: "(...) *sentenze che regolano la competenza*", la giurisprudenza prevalente ha per lo più ritenuto – più sulla scorta dell'assonanza tra l'espressione "che *regolano*" e l'istituto del regolamento di competenza, che non di una vera e propria interpretazione semantica o sistematica – che munite di efficacia extraprocessuale fossero solo le sentenze della Cassazione *emesse in sede di regolamento di competenza*, non, invece, quelle, pronunciate sempre dallo stesso organo, in sede tuttavia di ricorso ordinario *ex art.* 360, n. 2, c.p.c. La dottrina maggioritaria, però, facendo leva, da una parte, sulla *ratio* della norma in esame e rilevando, d'altra parte, che la legge parla in più punti (ad es. all'art. 382, comma 1, c.p.c.) di *statuizione sulla competenza* con riferimento alla pronuncia della Cassazione pronunciata non solo in sede di regolamento, ma anche in sede di ricorso ordinario, è dell'avviso che l'efficacia *panprocessuale* del

sentenza dichiarativa di incompetenza, non impugnata, produceva l'incontenibilità dell'incompetenza dichiarata (e della competenza del giudice in essa designato) *solamente quando il processo fosse stato tempestivamente riassunto dinanzi al giudice dichiarato competente, perdendo invece efficacia* in caso di estinzione del giudizio²²⁵; in terzo luogo, al principio *Kompetenz Kompetenz*, per cui, ciascun giudice, essendo, prima di tutto, *giudice della propria competenza*, era libero di valutare autonomamente la sussistenza o meno dei presupposti giuridico-fattuali fondanti la propria competenza, *senza essere vincolato agli accertamenti compiuti, su di essi, da altri giudici*.

L'inidoneità al giudicato sostanziale di una domanda di mero accertamento sulla *mera questione (di competenza)* della esistenza, validità ed efficacia di una convenzione arbitrale la condannava all'inammissibilità per *carezza di interesse ad agire*, non potendo la futura decisione essere utilmente spesa in un successivo giudizio in cui si fosse posta la medesima questione²²⁶.

La costanza di tale orientamento è testimoniata dalla consonanza delle affermazioni riscontrabili nella giurisprudenza nell'arco di diversi decenni. Ad esempio, nella decisione n. 3167 del 27 luglio 1957, la Cassazione statuiva che: "(...) *l'indagine sulla validità e sulla portata di una clausola compromissoria si risolve sem-*

dictum della Suprema Corte in materia di competenza trovi il proprio fondamento nella *posizione istituzionale dell'organo da cui promana*, più che nel tipo di procedimento a cui essa si riferisce (o nel tipo di procedimento in cui essa venga emanata). Ne deriva che una tale efficacia – e la sua conseguente "sopravvivenza" all'estinzione – andrebbe riferita a *tutte le sentenze della Cassazione in materia di competenza*. Per riferimenti ai diversi orientamenti v. S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, cit., 265; G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, cit., 370 ss.

²²⁵ V., per tutti, V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 163 ss.; R. VACCARELLA, *Inattività delle parti*, cit., 344 ss.

²²⁶ L'asserita carezza di interesse ad agire di una simile azione è ben illustrata da App. Milano, 10 aprile 2001, in *Corr. giur.* 2001, 1452, nt. di C. CONSOLO, R. MURONI, *L'eccezione di arbitrato rituale come eccezione "di merito" e la supposta inammissibilità del regolamento di competenza*, e in *Riv. arb.* 2001, 723, nt. A. CHIZZINI, *Note in tema di clausola compromissoria per arbitrato irrituale e azione di mero accertamento dinanzi al giudice ordinario*. Nella fattispecie, in pendenza di un procedimento per arbitrato irrituale, una parte adiva il giudice statale con una domanda di accertamento vertente unicamente sull'ampiezza della clausola compromissoria. La Corte d'appello dichiarava l'azione inammissibile per difetto di interesse ad agire, rilevando che l'eventuale accoglimento della domanda *non avrebbe attribuito alle parti alcuna utilità*, non essendo spendibile né nel procedimento arbitrale (nel quale gli arbitri avevano già deliberato la questione, ritenendosi forniti di *potestas iudicandi*), né nell'eventuale procedimento d'impugnazione (nel quale la questione avrebbe dovuto essere riesaminata *ex novo*). Per la Corte d'appello un accertamento sul fatto che gli arbitri si fossero o meno mantenuti entro i limiti sanciti dall'accordo compromissorio non sarebbe stato ammissibile *ex ante*, ma solo *ex post* (in sede, appunto, di scrutinio giudiziale *ex art.* 827 ss. c.p.c.); inoltre, tale iniziativa non avrebbe avuto alcuna finalità satisfattiva (non sarebbe cioè stata attributiva di alcun bene delle vite), ma si sarebbe tradotta in un accertamento preventivo da utilizzarsi in una prospettiva eventuale e futura, nel caso di soccombenza in sede arbitrale.

pre nella ricerca di quell'effetto di diritto processuale, che le è connaturale ed esclusivo, e quindi si risolve in una questione di competenza, secondo quanto questa C. S. ha già deciso in giurisprudenza costante", sicché non potevano ammettersi: "(...) né un giudizio di mero accertamento sulla validità e sulla portata della clausola compromissoria, né, per conseguenza, che la decisione su tale punto costituisca un capo autonomo della sentenza, munito di una autorità propria di giudicato, indipendentemente dalla pronuncia sulla competenza a provvedere sulla domanda di diritto sostanziale"²²⁷. A distanza di più di trent'anni il concetto veniva sostanzialmente ribadito da Cass. 28 marzo 1991, n. 3361, secondo cui: "[u]n'azione di mero accertamento sulla validità e sulla portata della clausola compromissoria sarebbe priva di interesse, in quanto condurrebbe ad una generica affermazione di competenza sornita di efficacia preclusiva per il giudice che fosse chiamato successivamente a provvedere su una domanda determinata e che sarebbe, anzitutto, giudice della propria competenza". La conclusione si basava sui seguenti supporti argomentativi: "(...) efficacia schiettamente processuale della clausola compromissoria, ancorché essa non costituisca atto del processo, ma negozio di diritto sostanziale (...); inscindibilità delle questioni di rito da quelle concernenti le situazioni soggettive di natura sostanziale dedotte in giudizio e, quindi, dall'oggetto del processo, tendenzialmente volto ad attribuire il torto o la ragione; operatività anche per gli arbitri del principio secondo cui ogni giudice è giudice della propria competenza"²²⁸.

4.2.1.2. Le ragioni dell'orientamento minoritario, favorevole all'ammissibilità di una domanda giudiziale autonoma sulla convenzione arbitrale

Per una parte minoritaria della dottrina²²⁹, tuttavia (assieme ad alcune, spora-

²²⁷ In *Giur. it.* 1958, I, 1, 697 e in *Riv. dir. proc.* 1958, 246.

²²⁸ In *Giur. it.* 1992, I, 554.

²²⁹ Tra cui v. FADEL, nota a Cass. 28 marzo 1991, n. 3361, in *Giur. it.* 1992, I, 1, 552; JANNUZZI, nt. Cass. 9 dicembre 1949, n. 2564, in *Giur. it.* 1951, I, 1, 154; V. COLESANTI, *Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri*, in *Riv. dir. proc.* 1958, 244; T. CARNACINI, *Arbitrato rituale*, in *Noviss. Dig. It.*, I, Torino 1958, 913; E. REDENTI, *Compromesso*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino 1957, 795, n. 16; G. TARZIA, *Commento all'art. 20 (828 c.p.c.) della L. 5 gennaio 1994, n. 25*, in G. TARZIA, R. LUZZATTO, E.F. RICCI (a cura di), *Le Nuove Leggi civili commentate*, Padova 1995, 542; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., I, 426 e 639 e II, 206 ss., per il quale sarebbe stato degno di tutela dinanzi al giudice statale l'interesse del soggetto a sciogliere lo stato di incertezza sulla preclusione o meno di un'azione giudiziale, a seguito di stipulazione di un patto arbitrale e dunque dell'intenzione manifestata dalle parti di deferire le loro controversie in arbitrato; C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario*, cit., 671 ss., che appunto, ancor prima dell'introduzione della norma di cui all'art. 819 *ter*, comma 3 c.p.c., sottolineava la caratteristica di *autonomia bene della vita, seppur di consistenza meramente strumentale*, della questione relativa alla competenza arbitrale; M. BOVE, *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.* 1999, 414; ID., *L'estinzione del patto compromissorio*, in *Riv. arb.* 1998, 701, che osservava:

diche, pronunce²³⁰), *favorevole* all'ammissibilità di una tale azione, l'oggetto del-

“(...) la domanda in parola avrebbe per oggetto l'esistenza o meno di un contratto tra le parti, sia pure in ipotesi a contenuto processuale, e non una questione di rito relativa ad un altro ipotetico processo su rapporto sostanziale a cui si riferisca il contratto di arbitrato messo in discussione”.

²³⁰ In tal senso v. Cass. 9 dicembre 1949, n. 2564, in *Giur. Cass. Civ.* 1949, III, 461, nt. JANNUZZI, che fondava l'ammissibilità di una tale azione – sul presupposto di una “*incertezza obiettiva che si traduce in timore di danno*” – sul fatto che oggetto del processo non fosse la deroga alla competenza nascente da un patto arbitrale, ma proprio, *direttamente*, quello stesso patto; Trib. Trapani 31 dicembre 1965, in *Giur. sic.* 1966, 622. In senso difforme dall'orientamento maggioritario, sebbene più sotto il profilo dell'efficacia extraprocessuale di una decisione sulla convenzione arbitrale che non sotto quello dell'autonoma deducibilità di una domanda giudiziale vertente solo su quest'ultima v. Cass., 19 settembre 1980, n. 5316, per la quale, laddove la sentenza con cui il pretore, dinanzi al quale era stata proposta l'*exceptio compromissi*, avesse declinato la propria incompetenza per valore, rimettendo le parti dinanzi al Tribunale, non fosse stata impugnata con regolamento di competenza, il giudice statale *ad quem*, non avrebbe più potuto pronunciare a sua volta decisione declinatoria in ragione dell'accertata validità della convenzione di arbitrato, dal momento che, avendo la *potestas iudicandi* arbitrale, al pari di quella territoriale, carattere relativo e derogabile, la sua competenza sarebbe risultata ormai incontestabile a norma dell'art. 44 c.p.c. Ma a ben vedere, a discostarsi dal (o quantomeno a mettere in discussione le premesse del)l'orientamento al tempo maggioritario in tema di preclusione all'autonoma deducibilità in giudizio della questione della *potestas iudicandi* arbitrale, era anche quell'indirizzo giurisprudenziale eterodosso, ma minoritario, in materia di rimedi esperibili avverso la sentenza pronunciata dalla Corte d'appello in sede di impugnazione di nullità del lodo arbitrale. Secondo tale indirizzo (seguito, ad esempio, da Cass. 20 maggio 1969, n. 1752, in *Foro it.* 1969, I, 2195, nt. C.M. BARONE; Cass. 1° giugno 1990, n. 5154, in *Riv. arb.* 81 ss., nt. G. MIRABELLI, *Regolamento o ricorso nell'impugnazione per incompetenza dell'arbitrato*, in *Riv. arb.* 1991, I, 81 ss.), la sentenza del giudice d'appello che aveva dichiarato la nullità del lodo per incompetenza degli arbitri (*ex art. 829, comma 1, nn. 1 e 4*) era impugnabile *non* con il regolamento di competenza (come riteneva l'orientamento giurisprudenziale e dottrinale maggioritario, per riferimenti al quale v. G. MIRABELLI, *Regolamento o ricorso nell'impugnazione per incompetenza dell'arbitrato*, cit., I, 81 e R. MARENGO, *Inammissibilità del regolamento di competenza avverso il lodo arbitrale*, in *Riv. arb.* 1992, IV, 706 ss.), ma con il ricorso per cassazione. Tale approccio si fondava essenzialmente su un diverso inquadramento dell'oggetto della statuizione del giudice dell'impugnazione e, conseguentemente, di quello sottoposto al giudizio della Suprema Corte. Per i fautori dell'esperibilità del regolamento di competenza la pronuncia giudiziale in sede di impugnazione non era altro che una pronuncia *esclusivamente* sulla “competenza”. Per l'orientamento minoritario in parola, invece: “(...) se la questione è *ab origine* di nullità e non di competenza (almeno in senso proprio), essa resta tale anche quando viene proposta (...) dinanzi il giudice della impugnazione per nullità” (così Cass. 20 maggio 1969, n. 1752). Nell'affermare che la sentenza del giudice di appello condivide con il lodo arbitrale il contenuto e l'oggetto della statuizione sulla esistenza, validità ed efficacia del patto arbitrale, che non potevano però essere ridotti (almeno in senso proprio) ad una questione di competenza, questo indirizzo lasciava intendere che quel contenuto e quell'oggetto rimandassero ad un *qualcosa di diverso* da una mera questione di rito, ponendo le premesse per la sua riconducibilità alla categoria delle questioni *lato sensu* “sostanziali” (così, in particolare, G. MIRABELLI, *Regolamento o ricorso nell'impugnazione per incompetenza dell'arbitrato*, cit., I, 83). Per ulteriori riferimenti alla giurisprudenza di merito v. R. VECCHIONE, *Rassegna di giurisprudenza*

l'accertamento dedotto in giudizio con la proposizione di una simile domanda non si esauriva in una questione, *astratta*, di competenza, ma investiva altresì la questione della validità ed efficacia di *un negozio giuridico (un contratto*²³¹), *lato sensu* riconducibile (al di là di alcuni profili peculiari derivanti dalla disciplina di cui agli artt. 806 ss. c.p.c. e salvo per il fatto di non mirare a costituire o regolare un rapporto giuridico *patrimoniale*, ma una situazione di diritto processuale), alla figura del contratto civilistico di cui all'art. 1321 c.c.²³². Il compromesso – ma analogo discorso era esteso alla clausola compromissoria²³³ – avrebbe dunque do-

sull'arbitrato, in *Riv. dir. proc.* 1957, 141 ss.; A. LEVONI, *Rassegna di giurisprudenza sull'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1956, 1079-1516; ID., *Rassegna di giurisprudenza sull'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1964, 1244-1838 ss.

²³¹ Osservava G. TARZIA, *Commento all'art. 20*, cit., 542: "Che anzi, l'opinione prevalente in dottrina riconosce, e giustamente, a nostro avviso, natura sostanziale alla controversia pur sulla mera esistenza del patto compromissorio, rifiutando di ridurla ad una questione di competenza"; per T. CARNACINI, *Arbitrato rituale*, cit., 913: "(...) tutte le volte in cui il procedimento arbitrale, pur essendosi svolto come rituale e pur avendo portato ad un lodo siffatto, prenda origine da un compromesso o da una clausola compromissoria radicalmente ed insanabilmente nulli", dovrebbe ammettersi la possibilità di esperire: "(...) un'autonoma azione di accertamento negativo, da esercitarsi (...) in un processo di cognizione del tutto indipendente"; JANNUZZI, nota a Cass. 9 dicembre 1949, n. 2564, in *Giur. it.* 1951, I, 1, 156, contestando in radice l'idea che il rapporto fra arbitri e giudice statale fosse da qualificarsi come di competenza e ribadendo la natura privatistica dell'arbitrato, affermava: "(...) la controversia sui limiti e sul contenuto della clausola compromissoria dà luogo ad un'azione di accertamento sulla validità dell'accordo fra le parti e sui limiti della sostituzione. Si tratta quindi di delimitare la sfera del potere di decisione degli arbitri, ma non in confronto della competenza del giudice ordinario, bensì sulla base dell'accordo intervenuto fra le parti. (...) la controversia verte sui limiti entro i quali dovrà esercitarsi il giudizio arbitrale, senza affatto incidere ancora sulle questioni che l'arbitro dovrà esaminare per decidere la lite a lui deferita".

²³² In tal senso v. G. MIRABELLI, D. GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato*, cit., 14 ss., per i quali: "*Il compromesso è un contratto tra due o più parti, che sono in contrasto tra loro; è un accordo che attiene a rapporti di natura patrimoniale e, quindi, necessariamente deve essere qualificato come contratto, ai sensi dell'art. 1321 del codice civile*"; C. PUNZI, voce *Arbitrato*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma 1988, 6; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, rist. 2ª ed., Milano 1957, 449; ID., *Compromesso*, cit., 787, che considerava il compromesso un contratto complesso e composito, combinandosi in esso sia la nomina degli arbitri che l'accettazione di questi; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 751, per il quale non poteva dubitarsi circa l'applicazione, al compromesso, delle norme sui contratti; G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., 37, per il quale il patto arbitrale era un accordo avente ad oggetto: "(...) il diritto dei singoli di far decidere le loro controversie da privati, eventualmente anche con il ricorso all'equità. Si è tentati di avvicinare tale convenzione al *pactum de foro prorogando*, ma il fenomeno è profondamente diverso: il patto ha un oggetto squisitamente processuale (e riguarda la scelta di un giudice dello Stato piuttosto che di un altro); la convenzione, invece, riguarda lo stesso modo di essere della tutela e, talvolta, i criteri di giudizio adoperabili, così che deve escludersi che abbia rilievo soltanto processuale".

²³³ V. G. MIRABELLI, D. GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato*, cit., 20; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 134; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, cit., 461; C. PUNZI, voce *Arbitrato*, cit., 9.

vuto essere analizzato *secondo gli schemi propri del contratto*. Se il suo *effetto* era la sottrazione della cognizione delle controversie in esso indicate all'autorità giudiziaria, da un punto di vista *genetico e strutturale* quell'accordo non diveniva *atto del processo*, ma rimaneva, a tutti gli effetti, un *normale negozio giuridico*, rispetto al quale era fisiologico che potessero sorgere dubbi in ordine alla sua validità e/o efficacia (sotto il profilo, ad esempio, della capacità delle parti, della sussistenza dei requisiti formali o di un valido consenso e così via)²³⁴.

In quest'ottica, l'*interesse ad agire* in via principale avrebbe dovuto essere ravvisato non solo nell'incertezza circa l'esistenza di una valida stipulazione arbitrale (derivante, per ipotesi, da contestazioni stragiudiziali mosse dalla controparte), ma altresì nel fatto che, nell'ambito di un giudizio, la parte che disponeva del potere di eccezione, poteva paralizzare l'operatività dell'accordo bensì rispetto alle *specifiche domande proposte in quel giudizio*, ma non rispetto a tutte le altre domande potenzialmente rientranti nell'ambito di applicazione del patto: una tale azione avrebbe invece consentito di ottenere una *statuizione definitiva e onnicomprensiva* in relazione a tutti i profili di nullità, annullabilità, simulazione e simili relativi alla convenzione arbitrale.

L'inquadramento *lato sensu meritale* della questione concernente l'esistenza/inesistenza o validità/invalidità di una convenzione arbitrale rappresentava la premessa per fondare l'idoneità al giudicato (sostanziale) – al pari delle decisioni su diritti e rapporti sostanziali²³⁵ – di una decisione resa su detta questione, nonché la sua efficacia *extraprocessuale*. L'accertamento compiuto dal giudice avrebbe avuto: “(...) *per oggetto unicamente la sussistenza o meno del vizio denunciato e, quindi, l'invalidità o meno dell'accordo delle parti, del negozio da esse stipulato, ed è solo entro questi limiti che potrà acquistare l'autorità del giudicato*”²³⁶. Gli arbitri, successivamente aditi sulla base della convenzione dichiarata nulla o annullata in

²³⁴ Osservava C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., I, 205, che, ammessa l'azione: “(...) in forma di impugnazione della sentenza arbitrale”, non vi sarebbe stata ragione per negare: “(...) l'immediato giudizio ordinario e definitivo sopra di esso”, sotto forma di una domanda di invalidazione di un negozio giuridico. In tal senso v. anche L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano 1923, 88, che sottolineava l'opportunità di concedere l'azione in parola, sotto il profilo dell'economia processuale (“(...) serve ad evitare sacrifici di tempo e di denaro”).

²³⁵ V. FADEL, nota a Cass. 28 marzo 1991, n. 3361, in *Giur. it.* 1992, I, 552; JANNUZZI, nt. Cass. 9 dicembre 1949, n. 2564, in *Giur. it.* 1951, I, 1, 154; V. COLESANTI, *Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri*, in *Riv. dir. proc.* 1958, 244; T. CARNACINI, *Arbitrato rituale*, in *Noviss. Dig. It.*, I, Torino 1958, 913; E. REDENTI, *Compromesso*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino 1957, 795, n. 16; G. TARZIA, *Commento all'art. 20 (828 c.p.c.) della L. 5 gennaio 1994, n. 25*, in G. TARZIA, R. LUZZATTO, E.F. RICCI (a cura di), *Le Nuove Leggi civili commentate*, Padova 1995, 542; L. BIAMONTI, voce *Arbitrato*, in *Enc. dir.*, II, Milano 1958, II, 925.

²³⁶ FADEL, nota a Cass. 28 marzo 1991, n. 3361, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 552.

sede giudiziale, avrebbero dunque dovuto declinare: “(...) essi stessi la propria competenza, dichiarandosi privi di ogni potere decisorio per non essere mai venuta a giuridica esistenza o per essere venuta meno la fonte negoziale da cui quel potere proveniva (...) sulla base della precedente cosa giudicata sostanziale, ossia ex art. 2909 c.c., trattandosi di decisione di merito pregiudicante”²³⁷.

Secondo ricostruzioni alternative rispetto a quella poc'anzi illustrata, l'ammissibilità di una simile azione sarebbe dipesa dagli effetti sostanziali (in particolare, il sorgere del credito al pagamento degli onorari degli arbitri) prodotti dal patto arbitrale, a seguito della stipulazione del contratto di arbitrato²³⁸.

Altri autori valorizzavano invece il potere attribuito agli arbitri di decidere secondo equità, circostanza che avrebbe dimostrato il *contenuto dispositivo* della convenzione arbitrale²³⁹.

In una prospettiva più ampia, v'era poi chi poneva l'accento sul fatto che una domanda giudiziale, vertente unicamente sul patto arbitrale, avrebbe comportato

²³⁷ FADEL, nota a Cass. 28 marzo 1991, n. 3361 *loc. cit.*

²³⁸ In tal senso v. V. COLESANTI, *Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri*, cit., 244 ss. L'autore, sulla base di una critica all'orientamento prevalente in giurisprudenza, che costruiva in termini di competenza la relazione arbitro-giudice (nonché sulla base del nesso che corre tra patto di compromesso e contratto d'arbitrato), riteneva che l'azione giudiziale preventiva, vertente esclusivamente sulla validità e sui limiti del patto, andasse ad incidere, sia pur mediatamente, su *situazioni sostanziali*, avendo ad oggetto tanto una questione di competenza, quanto gli *effetti sostanziali del contratto d'arbitrato*, attraverso la necessaria correlazione che lega questo al compromesso. In altri termini, una tale azione si sarebbe fondata sull'interesse delle parti a non essere tenute a pagare, in un momento successivo, le spese e a corrispondere gli onorari agli arbitri investiti della stessa causa pendente davanti al giudice ordinario, perché: “(...) quando si stipula un compromesso ci si può ben rappresentare come attuale l'obbligo di rifondere agli arbitri le spese e di corrispondere l'onorario (...): chi creda di avere invalidamente stipulato il negozio avrà davvero tutto l'interesse a premunirsi attualmente contro il futuro obbligo di pagare l'onorario, proprio perché egli sa bene che, se il patto compromissorio scatta, sarà tenuto irrimediabilmente a tale prestazione”. Anche nel caso di annullamento del lodo per accertata invalidità del patto arbitrale, non veniva meno l'obbligo delle parti a remunerare l'opera degli arbitri, comunque prestata. Osserva peraltro, correttamente, L. PENASA, *Gli accordi sulla giurisdizione tra parti e terzi. II. Profili soggettivi*, Padova 2017, 68, che i summenzionati effetti sarebbero stati da ricollegare al contratto di arbitrato più che alla convenzione di arbitrato, sì da essere semmai idonei a: “(...) giustificare l'ammissibilità di un giudizio vertente sulla validità ed efficacia di tale contratto e non invece della convenzione arbitrale”.

²³⁹ In tal senso E. REDENTI, *Compromesso*, cit., 486 ss. (richiamato da G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato*, cit., 71), il quale, nel fare un raffronto tra lodo e patto arbitrale, ed evidenziando la natura sostanziale di quest'ultimo, rilevava come questo avesse ad oggetto: “(...) lo stesso modo della tutela e, talvolta, i criteri di giudizio adoperabili”. Ma v. S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 86, per la quale la definizione del metro di giudizio rappresenterebbe nulla più che un elemento accidentale del negozio compromissorio, che potrebbe essere convenuto anche al di fuori di esso, sicché quel profilo sarebbe inidoneo a fungere da elemento identificativo della sua natura.

un accertamento *nella sua interezza*, non limitato, cioè, all'idoneità di detto patto a produrre gli effetti suoi peculiari sul piano processuale (tra cui l'insorgenza della competenza dell'organo adito e l'esclusione della concorrente *potestas iudicandi* del giudice statale – che dell'atto negoziale-patto arbitrale costituiscono, appunto, solo alcuni degli effetti, anche se quelli determinanti e caratterizzanti²⁴⁰ –). Ben distinti avrebbero dovuto infatti tenersi: "(...) *i peculiari aspetti attinenti all'origine e alla struttura della clausola (e del compromesso) da quelli che ne sono gli effetti*"²⁴¹, in linea con l'orientamento interpretativo da sempre prevalente, che individua l'oggetto di un'azione di accertamento (positivo o negativo) non tanto nell'inesistenza, uno ad uno, degli *effetti* che sorgerebbero se il contratto fosse efficace, quanto nell'esistenza (o inesistenza) del rapporto contrattuale fondamentale, essendo tutto il resto: "(...) *un posterius, un corollario che non ha bisogno di essere singolarmente chiesto giudizialmente (...)*"²⁴².

Al di là dei singoli effetti del patto arbitrale²⁴³, oggetto di accertamento sareb-

²⁴⁰ La distinzione è messa in risalto da V. COLESANTI, *Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri*, cit., 247, che richiamava le riflessioni già svolte sul tema da G. CHIOVENDA e E. REDENTI, *Compromesso*, cit., 486 e 502. L'autore ricordava come E. REDENTI avesse tratto spunto dalla qualificazione chiovendiana degli effetti del compromesso in termini di *efficacia processuale negativa*, per "costruire" un'efficacia del medesimo articolata su due livelli. Al compromesso andava riconosciuto l'effetto di produrre *illico* una sola eccezione *dilatoria*, suscettibile di diventare *perentoria* al momento della nomina e dell'accettazione degli arbitri. Il rapporto tra contratto di compromesso e contratto d'arbitrato non sarebbe stato dunque altro che una proiezione, nell'ambito dell'arbitrato, della distinzione – nota alla dottrina civilistica – tra *momento formativo* e *momento perfezionativo* dell'accordo, tipica delle fattispecie di negozio giuridico *a formazione progressiva*. La stipulazione del compromesso corrispondeva cioè al momento formativo del patto compromissorio, cui risaliva il sorgere di una prima eccezione a carattere *dilatorio*, in attesa di diventare *perentoria* allorché, con la nomina e l'accettazione degli arbitri, il patto compromissorio si fosse perfezionato. Tali riflessioni sono in parte analoghe a quelle relative alla struttura delle azioni costitutive di annullamento. Anche se l'oggetto di queste azioni è, in senso proprio, solo: "(...) *il potere giudiziario costitutivo dell'attore e il correlato dovere di provvedere del giudice*" (C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile (la Cornice)*, cit., 97), ciò su cui va ad incidere il *dictum* del giudice, ossia l'obiettivo *indiretto* dell'effetto innovativo del giudicato costitutivo è, anche qui, non la serie degli effetti che si radicano sul rapporto giuridico fondamentale (che non vengono presi in considerazione *singolarmente* dalla sentenza), ma, appunto, il rapporto fondamentale, considerato come rapporto giuridico "di cornice", nascente dal contratto: "(...) *tutto il resto viene meno di riflesso*" (C. CONSOLO, *ibidem*).

²⁴¹ FADEL, nota a Cass. 28 marzo 1991, n. 3361, in *Giur. it.* 1992, I, 1, 552.

²⁴² C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile (la Cornice)*, cit., 98.

²⁴³ Tra cui, oltre quelli suoi propri e caratterizzanti, menzionati nel testo, possono essere annoverati il mettere a disposizione delle parti un'eccezione a carattere, prima *dilatorio*, poi *perentorio*, da spendere in sede giudiziale; l'attribuzione, ad una delle parti, della facoltà di procedere, anche malgrado la mancata collaborazione della controparte, alla costituzione del collegio arbitrale; il costituire il presupposto per la conclusione del contratto d'arbitrato; il far sorgere l'obbligo *futuro* di rifondere agli arbitri le spese e di corrispondere loro l'onorario.

be stata dunque l'esistenza della convenzione arbitrale in sé, *quale rapporto giuridico fondamentale produttivo di tutti i summenzionati effetti* e, nel complesso, la libertà di scelta di un mezzo alternativo di risoluzione delle controversie: in una parola, l'*arbitrabilità* della controversia, da intendersi come *bene della vita in sé*²⁴⁴.

La compressione del principio *Kompetenz Kompetenz*, conseguente al riconoscimento di un'efficacia extraprocessuale dell'accertamento, divenuto incontrovertibile, sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale appariva in tal modo sacrificio accettabile, giustificabile altresì alla luce di alcune fattispecie analoghe che potevano verificarsi nell'ambito di un giudizio arbitrale. Si pensi all'obbligo, cui dovevano sottostare gli arbitri, pur a fronte del potere loro riconosciuto di *decidere tutte le questioni insorte nel giudizio arbitrale* (ex art. 819, comma 2, c.p.c.), di conformarsi al contenuto di una decisione statale su una questione pregiudiziale *già passata in giudicato* (o solo impugnata o impugnabile, in virtù dell'efficacia vincolante dell'accertamento compiuto da quest'ultima, che parte della dottrina riconosceva alla sentenza indipendentemente dal suo passaggio in giudicato²⁴⁵).

4.3. *Portata, contenuto ed effetti dell'istituto di cui all'art. 819 ter, comma 3, c.p.c., introdotto dalla riforma del 2006*

Sconfessando un pluridecennale e granitico orientamento interpretativo (soprattutto giurisprudenziale), il legislatore della riforma ha dunque introdotto, al comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c., l'istituto della domanda giudiziale autonoma di accertamento della (in)validità e (in)efficacia di una convenzione arbitrale.

Le posizioni della dottrina e della giurisprudenza sull'esatto contenuto, portata ed effetti di tale istituto convergono su alcuni profili, ma divergono su molti altri. Senza pretesa di esaustività, ci limiteremo qui di seguito a sintetizzare i tratti caratterizzanti dell'istituto, e le relative letture fornite da dottrina e giurisprudenza, per poi soffermarci sul profilo del suo inquadramento teorico-dogmatico, soprattutto alla luce dei tentativi fatti da più parti di trasporre i medesimi effetti di accertamento vincolante attribuiti alla decisione resa al termine di questo giudizio alle decisioni, arbitrali e giudiziali, *rese bensì sul medesimo oggetto* ((in)esistenza),

²⁴⁴ Sotto il profilo: "(...) dell'interesse delle parti ad un giudizio con un decidente (...) 'personalizzato' e, di riflesso, ai forti limiti, nel prosieguo, posti all'ammissibilità di censure al di lui giudizio di fatto (...). Limiti che la stipulazione di un accordo compromissorio comporta, dando luogo altresì ad una 'tonalità decisoria' a sé stante, che ben può essere dalle parti considerato un autonomo bene della vita, seppure di consistenza strumentale (...)": così C. CONSOLO, *Litispendenza e connesione*, cit., 673. L'autore menzionava altresì l'*actio nullitatis*, quale esempio di azione attraverso cui sarebbe possibile adire il giudice statale con una: "(...) domanda volta all'accertamento di una questione di consistenza processuale che diviene però, a sua volta, un autonomo bene delle vita".

²⁴⁵ Per riferimenti v. S. VINCRE, *Note sulla sospensione dell'arbitrato rituale*, cit., 455 ss.

(in)validità o (in)efficacia della convenzione arbitrale e, dunque, sussistenza o meno della *potestas iudicandi* arbitrale), *ma nell'ambito di giudizi diversi* da quello di cui alla norma, *vertenti cioè sul merito della disputa cui si riferisce la convenzione arbitrale*.

4.3.1. *I profili ricostruttivi dell'istituto su cui si registra una generale convergenza in dottrina e in giurisprudenza*

Si è già accennato, in precedenza, al fatto che, su alcuni profili, si registri una tendenziale convergenza delle posizioni della dottrina e giurisprudenza maggioritarie²⁴⁶. Si ritiene, in particolare, da un lato, che l'art. 819 *ter*, comma 3, c.p.c. ammetterebbe, ove non sia già pendente un giudizio arbitrale²⁴⁷, la proponibilità di una domanda giudiziale avente come unico oggetto l'accertamento dell'invalidità o dell'inefficacia della convenzione di arbitrato, desumendone l'ammissibilità, *a contrario*, dalla formulazione, *in negativo*, della norma, che la esclude (solo) in pendenza di un giudizio arbitrale²⁴⁸; dall'altro, che la norma configurerebbe

²⁴⁶ V., *supra*, il capitolo primo al par. 3.

²⁴⁷ R. VACCARELLA, *La contemporanea pendenza*, cit., 192, per il quale: "(...) [l]'improponibilità" di cui si parla deve intendersi (...) in senso tecnico, e cioè tale da imporre al giudice una pronuncia in rito, in quanto una domanda avente quell'oggetto, se proposta 'in pendenza' di arbitrato, non è 'giustiziabile' (arg. ex art. 382, 3° comma, c.p.c.)"; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5ª ed., cit., 24, per il quale, pendente il processo arbitrale, qualora una delle parti adisca il giudice statale, per fare accertare l'invalidità o l'inefficacia di una convenzione arbitrale, il giudice statale deve pronunciare l'inammissibilità della domanda (con sentenza impugnabile con i rimedi ordinari).

²⁴⁸ In tal senso è la prevalente dottrina. V., oltre autori menzionati *supra*, altresì R. VACCARELLA, *ibidem*, per il quale, dall'improponibilità di una domanda avente ad oggetto la validità o efficacia della convenzione d'arbitrato in ragione del momento (dopo l'inizio del relativo procedimento) in cui è proposta, si ricava che è, viceversa, 'proponibile' e 'giustiziabile' un'identica domanda se proposta quando il procedimento arbitrale non è ancora pendente; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5ª ed., cit., 23, per il quale il legislatore avrebbe tenuto conto del fatto che il potere decisorio degli arbitri non è frutto di un'investitura pubblica e preventiva, ma nasce dal suo conferimento per atto di autonomia privata: da ciò discende che, mentre un problema di competenza del giudice statale non può porsi prima che la controversia sia portata alla sua cognizione, sì da concretizzarsi sempre in un'eccezione preliminare di carattere processuale, una questione sulla (valida) esistenza della convenzione d'arbitrato può porsi in via autonoma dinanzi al giudice statale, purché, appunto, il procedimento arbitrale non sia già iniziato; M. BOVE, *Ricadute sulla disciplina dell'arbitrato*, cit., 82; ID., *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, cit., 361, che, per la proponibilità di una simile domanda, ritiene debba dimostrarsi in concreto la sussistenza di un interesse ad agire; C. DELLE DONNE, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., in P. COMOGLIO *et al.* (a cura di), *Commento del codice*, cit., 589, che evidenzia, appunto, come la lettura *a contrario* della norma di cui all'ultimo comma dell'art. 819 *ter* c.p.c. abbia indotto larga parte dei commentatori a ritenere che essa consenta la proponibilità di un'autonoma domanda giudiziale diretta a far valere l'invalidità o l'inefficacia della convenzione arbitrale prima dell'inizio dell'arbitrato; G.P. CALIFANO, *Sul*

provvedimento dell'arbitro che afferma la propria competenza, in *Riv. arb.* 2017, 3, 491 ss., che, per sostenere la tesi dell'ammissibilità di tale domanda, si appella appunto al canone ermeneutico dell'argomentazione *a contrario*. Nello stesso senso v. anche G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 366 ss.; L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, *sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 574; S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 368; C. CAVALLINI, *L'arbitrato rituale*, Milano 2009, 133, nt. 57; E. MARI NUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, cit., 85, nt. 23; E. OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri sui presupposti dell'arbitrato*, cit., 52 ss. In tal senso è anche la prevalente giurisprudenza: v. Cass. 28 maggio 2019, n. 14476; Cass. 4 agosto 2011, n. 17019, in *Foro it.* 2012, I, 1143, per cui, dal testo dell'art. 819 *ter*, comma 3, c.p.c., si ricaverebbe: "(...) per converso ed anzi in forza di un *argumentum a contrario*, che una domanda intesa ad ottenere la declaratoria dell'invalidità o dell'inefficacia della convenzione possa invece essere introdotta davanti all'autorità giudiziaria" *Contra* P.L. NELA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., 1821 ss., per il quale la disposizione dovrebbe essere oggetto di interpretazione tale da escluderne qualsivoglia lettura *a contrario*, dal momento che il richiamo alla "competenza" renderebbe la domanda di accertamento *sempre inammissibile*: dopo l'instaurazione del giudizio arbitrale, perché così espressamente dispone la norma; prima di tale momento, perché, risolvendosi la cognizione del giudice in un'indagine sulla competenza, essa risulterebbe comunque sfornita del necessario interesse ad agire. Secondo Nela, la *ratio* della disposizione andrebbe rinvenuta nell'intento di scongiurare azioni volte a sabotare il giudizio arbitrale: *ratio* che emergerebbe anche dalla relazione di accompagnamento al decreto legislativo, ove la disposizione di cui all'art. 819 *ter*, comma 3, c.p.c. è stata giustificata proprio al fine di "impedire azioni pretestuose". Non molto dissimile la posizione di B. CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., 885. A supporto di tale conclusione tali autori richiamano, da un lato, la non applicabilità, al rapporto arbitro-giudice statale, dell'art. 44 c.p.c., argomentando nel senso che, se la statuizione sull'eccezione d'incompetenza (resa dall'arbitro o dal giudice statale) non è idonea a vincolare il giudice o l'arbitro *ad quos* (come avverrebbe, invece, nel caso di applicabilità dell'art. 44 c.p.c.), non vi sarebbe ragione per attribuire alla pronuncia, resa in seguito a una domanda di accertamento vertente esclusivamente sulla convenzione arbitrale, un'efficacia diversa, ed anzi opposta; dall'altro, la formulazione della prima parte del comma 2 dell'art. 817 c.p.c., ai sensi della quale gli arbitri decidono sulla propria competenza *anche se i loro poteri sono contestati in qualsiasi sede per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento*: tale norma assicurerebbe agli arbitri il potere di decidere sulla propria competenza sempre e comunque in piena autonomia, *rendendo inefficaci nei loro confronti eventuali statuizioni compiute* aliunde. L'unico margine di operatività concesso all'istituto della domanda di mero accertamento in sede giudiziale potrebbe riguardare, secondo P.L. NELA, il caso dell'*inesistenza* della convenzione arbitrale. Ciò perché, in tal caso, un lodo ciononostante emesso, in quanto a sua volta inesistente, potrebbe essere oggetto di un'azione di accertamento in primo grado mirante semplicemente ad invalidare la convenzione e il lodo. In tale ottica, *una domanda giudiziale vertente unicamente sull'asserita (in)esistenza* di un patto arbitrale sarebbe ammissibile, rappresentando null'altro che un'anticipazione di una successiva azione di impugnazione del lodo arbitrale, pacificamente riconosciuta ed ammessa da un consolidato orientamento interpretativo in materia di inesistenza giuridica di un atto del processo (v. P.L. NELA, *L'inesistenza della convenzione arbitrale rituale dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 991). In senso dubitativo v. anche S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 86, per la quale la norma in questione non sarebbe risolutiva quanto alla questione dell'ammissibilità o meno, nel nostro ordinamento, di una domanda di mero accertamento vertente sulla convenzione arbitrale.

una domanda di mero accertamento negativo *autonoma*²⁴⁹, senza alcun fine ulteriore rispetto a quello di ottenere una statuizione giudiziale sull'invalidità o inefficacia della convenzione arbitrale (per legittimare l'intenzione di parte attrice di sottrarsi all'arbitrato²⁵⁰), nel caso in cui un procedimento arbitrale non sia stato ancora introdotto²⁵¹ (e, per taluno, non penda già un giudizio civile nel cui ambito sia già stata pronunciata una decisione del giudice statale sulla questione); dall'altro ancora, che, alla luce dei principi generali (in base ai quali è l'azione di mero accertamento *positivo* a costituire la regola, rappresentando quella di mero accertamento *negativo*, l'eccezione), sarebbe altresì ammissibile un'azione di accertamento *positivo*, volta cioè all'accertamento della validità ed efficacia della convenzione arbitrale²⁵², onde eliminare, *semel in perpetuum*, ogni incertezza circa la sussistenza della *potestas iudicandi* degli arbitri; infine, che l'azione introdotta *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c. condurrebbe ad una statuizione che, una volta definitiva, avrebbe tutti i crismi dell'accertamento incontrovertibile proprio della *cosa giudicata*²⁵³, come tale idoneo a vincolare tutti i giudici e gli arbitri chiamati a pronunciarsi, in un momento successivo, sulla medesima questione²⁵⁴: questo

²⁴⁹ Così S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 368 ss.

²⁵⁰ S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, cit., 172 ss.

²⁵¹ Ma v. P.L. NELA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., 1821, per il quale, proprio guardando al testo letterale della norma, *anche* in pendenza di un procedimento arbitrale sarebbe possibile adire il giudice ordinario per sollecitare un accertamento sulla convenzione arbitrale, ma solo sotto il profilo della valutazione della sua (in)esistenza, siccome vizio non compreso nel divieto coperto da detta disposizione.

²⁵² Così S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 368 ss.; L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 574; G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 367; P. BIANCHI, *La domanda giudiziale relativa alla invalidità e all'inefficacia della convenzione di arbitramento*, cit., 1087.

²⁵³ C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Padova 2014, 508; L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 575; S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 369 ss.; F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, cit., 776 ss.; nello stesso senso G. CASCELLA *Competenza del giudice ordinario e tardività dell'eccezione di arbitramento. Osservazioni a margine di Trib. Firenze, sez. spec. impresa, 16.3.18, n. 814*, in <https://www.sipotra.it/old/wp-content/uploads/2018/11/Competenza-del-giudice-ordinario-e-tardivit%C3%A0del%E2%80%99eccezione-di-arbitramento.pdf>. In tal senso v. anche Cass. 12 novembre 2015, n. 23176.

²⁵⁴ G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., 367, per il quale la decisione resa *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c. sarebbe destinata a esplicitare i propri effetti anche *al di fuori* del processo in cui è emanata. Secondo l'autore, infatti, una volta passata in giudicato, essa vincolerà le parti, i giudici statali e gli arbitri che dovessero successivamente essere chiamati a pronunciarsi su una disputa rientrante nell'ambito di applicazione della convenzione. In tal senso v. anche C. DELLE DONNE, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., 591, per la quale la sentenza avente ad oggetto la convenzione di arbitramento, resa *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c., sarà vincolante in ogni processo, arbitrale o togato, su controversie coperte da quella convenzione, precludendo all'organo giudicante di affermare o nega-

perché non avrebbe alcun senso ammettere tale azione, per poi negare che la sentenza che ne scaturisce, possa essere spesa in un successivo giudizio (arbitrale o statale) per paralizzare ogni ulteriore accertamento (conforme o contrario) sulla medesima questione²⁵⁵.

Resterebbe ferma, in ogni caso, l'applicazione della regola della preclusione del dedotto e del deducibile, sicché solo per motivi sopravvenuti, o non coperti dal precedente giudicato, potrà essere eccepita, in un giudizio (ordinario o arbitrale) introdotto successivamente, l'incompetenza dell'organo adito²⁵⁶. Si ritiene, infine, che una tale domanda di accertamento, vertente esclusivamente sull'invalidità o inefficacia di una convenzione arbitrale, non sia radicabile dinanzi agli arbitri²⁵⁷.

re la propria *potestas iudicandi* in contrasto con quanto statuito da quella sentenza. V. anche M. BOVE, *La giustizia privata*, 4^a ed., cit., 68 ss., per il quale: "(...) la questione attinente alla valida esistenza del patto compromissorio può essere risolta una volta per tutte, ossia con efficacia di giudicato, proponendo su di essa una domanda al giudice dello Stato (...). Con ciò il legislatore ha ritenuto che, almeno in questo caso, non valga il principio per cui ogni giudice è giudice della propria competenza (...). Se si verifica questa eventualità (...), la questione attinente alla valida esistenza del patto compromissorio, essendo decisa una volta per tutte con forza di giudicato, è preclusa sia di fronte all'arbitro sia di fronte al giudice statale, ove uno dei due o addirittura entrambi siano investiti della controversia a cui esso si riferiva". Nello stesso senso v. S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 117 ss. Sulla prevalenza del giudicato derivante da un accertamento *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c. sul principio *Kompetenz Kompetenz* v. F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, Milano 2012, 151, per il quale detto principio: "(...) non impedisce che la decisione sulla propria competenza possa essere soggetta a vincoli, quando la legge lo prevede: ed uno dei vincoli che la legge prevede è appunto il giudicato"; C. DELLE DONNE, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., in P. COMOGLIO *et al.* (a cura di), *Commento del codice*, cit., 591; P. BIANCHI, *La domanda giudiziale relativa alla invalidità e all'inefficacia della convenzione di arbitrato*, cit., 1081.

²⁵⁵ Così F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, cit., 776, per il quale: "[n]on avrebbe senso aver accertato incontrovertibilmente l'efficacia o l'inefficacia di una convenzione di arbitrato, se poi nel processo di merito il giudice o l'arbitro potessero discostarsi da tale accertamento e decidere della propria competenza come se quell'accertamento non vi fosse". Così anche R. VACCARELLA, *La contemporanea pendenza*, cit., 195 ss.; D. AMADEI, *Giudicato implicito anche per la questione relativa alla convenzione d'arbitrato: una discutibile pronuncia della Corte di Cassazione*, nt. Cass. ord. 25 ottobre 2017, n. 25254, in *Riv. arb.* 2018, 692, per il quale: "(...) non avrebbe alcun senso consentire queste domande (...), se non conducessero ad un provvedimento che fissa una volta per tutte la presenza o meno del patto compromissorio". Ma v., *contra*, B. CAPPONI, *Modestino Acone, la competenza e l'arbitrato*, in *Il Giusto proc. civ.* 2009, 411, per il quale: "(...) la sentenza ottenuta non sarebbe opponibile all'arbitro che resta comunque il solo giudice della propria competenza".

²⁵⁶ S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 370, spec. 372, n. 7; S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 116.

²⁵⁷ Ciò, da un lato, perché la formulazione della norma di cui al comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c. fa esplicito riferimento alla proposizione di "domande giudiziali" (così S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 370 ss.); dall'altro, perché il potere di decidere su una questione, comunque inquadrata (pregiudiziale di rito o di merito), *con efficacia di giudicato*, presuppone la sussistenza *effetti-*

4.3.2. *I profili ricostruttivi controversi dell'istituto*

Maggiormente controversi appaiono, invece, una serie di altri profili relativi all'istituto di nuovo conio.

Ad esempio, sebbene si sia visto più volte, nel corso della trattazione, che il richiamo, operato dalle norme in materia di arbitrato, a nozioni quali "invalidità" e "inefficacia", non debba interpretarsi né in senso strettamente civilistico, né in senso tassativo²⁵⁸, rimandando le dette nozioni, in linea di principio, a tutte le possibili ipotesi di vizi che inficiano l'idoneità di un accordo arbitrale a produrre i suoi effetti (e dunque all'inesistenza, alla nullità, all'annullabilità o alla grave irregolarità dello stesso²⁵⁹), è controverso se l'azione *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c., il cui testo menziona espressamente solo i casi di *invalidità* e *inefficacia*, possa ave-

va, e non meramente *affermata*, di quel potere, essendo logicamente inconcepibile attribuire loro un potere, che ripetono da una convenzione arbitrale che essi stessi sarebbero chiamati ad accertare (così S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 224 ss.; C. DELLE DONNE, *Sub art. 817 c.p.c.*, cit., in P. COMOGLIO *et al.* (a cura di), *Commento del codice*, cit., 533; F.P. LUIO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, it., 781, nt. 24, per il quale, altrimenti: "(...) con la stessa logica, si dovrebbe dire che è necessaria la querela di falso anche per contestare la qualità di pubblico ufficiale, che il rogante si è autoattribuito nell'atto pubblico!"); dall'altro ancora, perché un *giudicato arbitrale* sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, si scontrerebbe con il dato normativo di cui all'art. 829, comma 1, c.p.c., ai sensi del quale le parti non possono rinunciare in via preventiva all'impugnazione per nullità del lodo per i motivi indicati dalla norma (S. IZZO, *ibidem*; F.P. LUIO, *ibidem*; C. DELLE DONNE, *Sub art. 817 c.p.c.*, it., 534). Secondo M. BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.* 2007, 365, prima ancora che confliggere con l'art. 829 c.p.c., un'azione autonoma di mero accertamento sulla convenzione di arbitrato in sede arbitrale risulterebbe inammissibile: "(...) già solo in virtù dell'art. 24, 1° comma, Cost., perché, se è vero che la giurisdizione statale si può derogare con una valida convenzione a questo fine, non è ammissibile un accordo che escluda la possibilità di adire il giudice statale per veder accertare la sussistenza appunto di quel certo accordo, ossia la sussistenza nel caso concreto di un consenso effettivo e validamente manifestatosi". D'altra parte, la preclusione ad una domanda di mero accertamento sulla convenzione arbitrale in sede arbitrale non potrebbe essere aggirata nemmeno attraverso una pattuizione delle parti volta ad attribuire agli arbitri il potere esclusivo di decidere, in maniera vincolante, sulla propria *potestas iudicandi* (efficacemente definito in dottrina "accordo arbitrale al quadrato" – v. C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione*, cit., 676; ID., *Raccordi e antifonie*, cit., 608 – o "di secondo grado" – F.P. LUIO, *Diritto processuale civile*, V, cit., 157 –), sulla scorta delle *Kompetenz Kompetenz Klauseln* dell'ordinamento tedesco (su cui v. U. SCHAEFER, *Die Einrede der Kompetenz Kompetenz des Schiedsrichtern*, in *Festschrift fuer Hanckel*, Berlin 1995, 723 ss.), perché anch'essa si scontrerebbe con il dato normativo di cui all'art. 829, comma 1, c.p.c. Ma v. B. CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI, *Commentario alle riforme*, cit., 886, secondo il quale non sarebbe da escludere *a priori* che l'art. 819 *ter* c.p.c. possa, in ipotesi, legittimare anche l'instaurazione di un giudizio arbitrale avente il medesimo oggetto di cui alla domanda giudiziale contemplata da quella norma.

²⁵⁸ V., *supra*, il primo capitolo, in particolare i parr. 2 e 4.

²⁵⁹ V. L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 574; S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 369.

re altresì ad oggetto l'*(in)esistenza*²⁶⁰ o il *modo di essere* di un accordo arbitrale²⁶¹ (ad esempio, se esso sia per arbitrato rituale o irrituale)²⁶² o l'estensione oggettiva di detto accordo²⁶³, nonché se, nel rispetto delle norme sostanziali che regolano il profilo dell'invalidità o dell'inefficacia della convenzione, la norma di cui al comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c. consenta la proposizione, oltre che di azioni di mero accertamento, anche di *azioni costitutive*²⁶⁴.

²⁶⁰ G. VERDE *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5ª ed., cit., 23, per il quale, dalla disposizione di cui all'art. 819 *ter*, comma 3, c.p.c., discenderebbero, come corollari, che mentre le questioni relative all'*esistenza* di una convenzione arbitrale possono essere sollevate solo all'interno di un processo in corso, tramite il potere di eccezione, le questioni relative alla *validità* ed *efficacia* della medesima, invece, possono essere oggetto di autonoma domanda, purché dedotta prima dell'inizio di un giudizio arbitrale. Come rilevato, di opinione opposta è P.L. NELA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., 1821 ss., per il quale, al contrario, una domanda giudiziale di mero accertamento, inammissibile se vertente sulla validità ed efficacia di una convenzione arbitrale (e ciò sia prima, sia dopo l'instaurazione di un giudizio arbitrale), sarebbe invece ammissibile ove abbia ad oggetto la questione dell'*(in)esistenza* di detta convenzione. Per P. BIANCHI, *La domanda giudiziale relativa alla invalidità e all'inefficacia della convenzione di arbitrato*, cit., 1087, anche la questione dell'*(in)esistenza*, oltre a quelle relative all'invalidità, inefficacia ed estensione oggettiva, rientra nell'ambito di applicazione della norma di cui all'art. 819 *ter*, comma 3, c.p.c.

²⁶¹ Secondo E. MARINUCCI, *L'impugnazione per nullità del lodo esorbitante dalla convenzione di arbitrato*, nota a Cass. 9 gennaio 2008, n. 178, in *Riv. dir. proc.* 2008, 230, il giudizio instaurato *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c. comprenderebbe l'accertamento non solo della validità ed efficacia di una convenzione arbitrale, ma anche della sua ampiezza.

²⁶² In senso negativo v. P. BIANCHI, *La domanda giudiziale relativa alla invalidità e all'inefficacia della convenzione di arbitrato*, cit., 1086. Per ulteriori riferimenti v. L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 574 ss.; G.F. RICCI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 514 ss.; P.L. NELA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., 1820 ss.; B. CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme*, cit., 885 ss.; Cass. 4 agosto 2011, n. 17019.

²⁶³ In senso positivo v. P. BIANCHI, *La domanda giudiziale relativa alla invalidità e all'inefficacia della convenzione di arbitrato*, cit., 1086; S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 370; S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 113 ss.

²⁶⁴ In senso affermativo v. L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 574, per la quale la deduzione della questione dell'invalidità o dell'inefficacia della convenzione arbitrale nell'ambito di un giudizio statale potrà avvenire: "(...) sia proponendo autonome azioni di mero accertamento dei predetti vizi, originari o sopravvenuti, della convenzione di arbitrato, che attraverso azioni costitutive di impugnazione del negozio compromissorio, quali azioni di annullamento dello stesso per vizi della volontà". Nello stesso senso anche S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 369 ss.; S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 109 ss.; E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, cit., 86 ss. In base a questa impostazione, la convenzione arbitrale potrà dunque essere annullata, attraverso lo strumento di cui all'art. 819 *ter*, comma 3, c.p.c., per errore, violenza e dolo, o per incapacità, ai sensi dell'art. 1441 ss. c.c. Parimenti, prima dell'instaurazione del procedimento arbitrale, l'accordo compromissorio, sempre avvalendosi di quel medesimo strumento, potrà essere dichiarato nullo (per motivi attinenti

È altresì controversa l'individuazione dei rimedi impugnatori esperibili avverso la decisione resa *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c.: per taluno essi consisterebbero solo negli ordinari mezzi di impugnazione²⁶⁵; per altri, in considerazione del fatto che il tema di giudizio sarebbe il medesimo, che si tratti di una decisione resa *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c. o di una decisione resa in primo grado nell'ambito di un giudizio vertente sul merito di una lite, non sarebbe azzardato ritenere l'esperibilità, in entrambe le ipotesi, dello strumento del regolamento di competenza²⁶⁶.

Oggetto di dibattito è anche il rapporto tra una decisione resa *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c., divenuta o meno definitiva, e le preclusioni previste dagli artt. 817, comma 2²⁶⁷ e 819 *ter*, comma 1, c.p.c.²⁶⁸. Si discute, in particolare, se un giudicato, formatosi al termine di un giudizio instaurato *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c., sulla questione dell'(in)validità o (in)efficacia di una convenzione arbitrale, sia comunque soggetto alle suddette preclusioni (sì da risultare irrilevante

all'oggetto, alla forma, alla vessatorietà etc.) ai sensi dell'art. 1421 c.c. V. anche S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 87 e 109 ss. e B. CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme*, cit., 885 ss., che estendono l'operatività dell'istituto anche a domande aventi ad oggetto l'esatto perimetro della convenzione, sotto il profilo sia soggettivo che oggettivo. Ma v., sulla problematica deducibilità, per tramite di una domanda *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c., di questioni attinenti all'arbitrabilità della disputa e sulla non esperibilità del rimedio della risoluzione avente ad oggetto una convenzione arbitrale, le perplessità di S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 109 ss. (ivi anche per riferimenti all'ordinamento tedesco).

²⁶⁵ Così G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 367, per il quale, avendo detta sentenza ad oggetto la convenzione arbitrale relativa ad una controversia non contestualmente sottoposta alla cognizione del giudice statale, la stessa sarà eventualmente assoggettabile a regolamento di competenza *solo* sotto il profilo della competenza del giudice ordinario a pronunciare su una domanda avente ad oggetto l'invalidità o l'inefficacia della convenzione di arbitrato, *non, invece*, con riferimento alle questioni direttamente relative alla validità ed efficacia di detta convenzione, attinenti al "merito" della controversia e pertanto riesaminabili solo dal giudice di appello. Secondo C. DELLE DONNE, *Sub art. 817 c.p.c.*, cit., in P. COMOGLIO *et al.* (a cura di), *Commento del codice*, cit., 534, considerato che il *quid disputandum* di una domanda *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c. è la *potestas iudicandi* degli arbitri, andrebbe esclusa l'esperibilità del regolamento di competenza (riservato alle decisioni sulla competenza "propria" del giudice *a quo*), risultando disponibili unicamente le impugnazioni ordinarie e, in sede di cassazione, i motivi di cui ai nn. 1 o 2 dell'art. 360 c.p.c., che consentono alla Suprema Corte, trattandosi di *errores in procedendo*, un apprezzamento diretto e pieno del fatto processuale. Così anche S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 236.

²⁶⁶ Così P. BIANCHI, *La domanda giudiziale relativa alla invalidità e all'inefficacia della convenzione di arbitrato*, cit., 1094 ss.

²⁶⁷ Ai sensi del quale, come noto, la parte che non eccepisce nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri l'incompetenza di questi per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato, *non può per questo motivo impugnare il lodo*, salvo il caso di controversia non arbitrabile.

²⁶⁸ Ai sensi del quale la mancata o intempestiva proposizione dell'*exceptio compromissi* nella comparsa di risposta *esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio*.

nel caso in cui la parte non si sia peritata di proporre tempestivamente, entro i termini di cui alle norme summenzionate, ogni rilevante contestazione), o se sia invece destinato a prevalere su di esse, facendo venir meno *in ogni caso* (secondo alcuni, per *sopravvenuta carenza di interesse*) la rilevanza della questione della *potestas iudicandi* arbitrale²⁶⁹.

Tali profili si intrecciano inevitabilmente con la tematica del regime di rilevanza (solo ad istanza di parte o anche d'ufficio), nell'ambito di un giudizio soprattutto arbitrale (ma anche statale), di un giudicato "esterno", sul merito della lite o solo sulla *potestas iudicandi* arbitrale, e altresì dell'applicabilità delle norme pensate per governare i conflitti tra giudicati sulla medesima causa *anche* ad accertamenti incontrovertibili vertenti su questioni "condizionanti" o *lato sensu* pregiudiziali – cui sarebbe riconducibile la questione della sussistenza o meno della *potestas iudicandi* arbitrale – rispetto a un "merito sostanziale" della disputa, dedotto in arbitrato o in sede giudiziale; nonché con la tematica della possibile sospensione, ai sensi dell'art. 337, comma 2, c.p.c., dei giudizi, arbitrali o statali, vertenti sul merito sostanziale di una disputa, quando sia ivi invocata una decisione resa in un altro giudizio (sulla medesima causa o su un rapporto pregiudiziale), ma non ancora passata in giudicato perché impugnata. Su tali profili ritorneremo ampiamente nel corso della trattazione.

Le questioni controverse relative all'applicazione dell'istituto di cui al comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c. non finiscono tuttavia qui. Si discute, ad esempio (alla luce del dato testuale della norma, che si limita a precludere la proponibilità di una domanda di mero accertamento su invalidità e inefficacia di un patto arbitrale *in pendenza di un giudizio arbitrale*), se la pendenza di un giudizio instaurato *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c. impedisca l'incardinamento successivo di un giudizio arbitrale vertente su una controversia rientrante nell'ambito della convenzione arbitrale *sub iudice*, oppure se, pur non precludendone l'instaurazione, ne condizioni in qualche modo lo svolgimento (imponendone, ad esempio, la sospensione²⁷⁰).

²⁶⁹ Secondo G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., 367, ad esempio, una decisione resa *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c., una volta passata in giudicato, è idonea a vincolare tutti i futuri giudici e arbitri. L'interpretazione prospettata non entrerebbe in conflitto con l'art. 817 c.p.c.

²⁷⁰ Secondo G.F. RICCI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 514, ad esempio, la proposizione di una domanda *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c. sulla validità o efficacia di una convenzione arbitrale impedirebbe l'instaurazione successiva di un giudizio arbitrale su una disputa cui quella convenzione si riferisca. Ad avviso di G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., 367 ss., invece, la pendenza di un giudizio *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c. non osterebbe alla successiva instaurazione di un giudizio arbitrale sul merito di una lite rientrante nell'ambito di applicazione del giudizio statale, né ne imporrebbe la sospensione, in ragione dell'inapplicabilità dell'art. 295 c.p.c. e della tassatività delle ipotesi di sospensione di cui all'art. 819 *bis* c.p.c.; tuttavia, tale ultima norma

La stessa rilevanza e portata della condizione dell'azione dell'interesse ad agire in relazione ad una domanda giudiziale *ex* comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c. è oggetto di ricostruzioni divergenti. Per taluno sarebbe necessaria, come generalmente accade per le azioni di mero accertamento, la prova della sua sussistenza *in concreto*, con riferimento, cioè, alla particolare fattispecie dedotta in giudizio, sussistendo pertanto, in capo all'attore, l'onere di fornire elementi *circostanziati* che dimostrino la sussistenza di una situazione *effettiva e attuale* di incertezza, al fine di evitare un suo pregiudizio, anche solo potenziale²⁷¹. Per altri, in ragione della peculiarità dell'azione *ex* comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c., tale condizione dell'azione dovrebbe considerarsi sussistente *in re ipsa*, come accade in relazione ad altri tipi di azioni di cognizione (tipicamente quelle di condanna). Quest'ultimo è forse l'approccio da preferire, in considerazione delle peculiarità dell'azione congegnata dall'art. 819 *ter*, comma 3, c.p.c. e delle sue finalità. Invero, l'interesse ad agire in mero accertamento sussiste, in linea di principio, quando vi sia *incertezza*

potrebbe risultare applicabile (in particolare il suo comma 2) al fine di arrestare il giudizio arbitrale successivo, allorché venga ivi invocata la decisione, attualmente impugnata, con cui il giudice statale, adito *ex* art. 819 *ter*, comma 3, c.p.c., abbia accertato l'invalidità o l'inefficacia di quel medesimo patto arbitrale sui cui gli arbitri, aditi per secondi, abbiano fondato la loro *potestas iudicandi*.

²⁷¹ In tal senso v. S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 108; M. BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, cit., 362; ID., *La giustizia privata*, cit., 68, nt. 49; Cass. 4 agosto 2011 n. 17019, in *Foro it.* 2012, I, 1143. Secondo S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 377 ss., con riferimento alla condizione dell'azione dell'interesse ad agire applicata all'azione *ex* art. 819 *ter*, comma 3, c.p.c. bisognerebbe distinguere tra *compromesso*, da un lato, in relazione al quale detta azione, in considerazione dell'attualità della lite, sarebbe *inammissibile* e la tutela (anche per quanto attiene all'accertamento preliminare della validità ed efficacia dello stesso) potrebbe ottenersi solo in sede arbitrale; e *clausola compromissoria*, dall'altro, in relazione alla quale, proprio in ragione del suo riferirsi a situazioni future ed ipotetiche, e dunque non certe, sussisterebbe l'interesse ad agire delle parti ad agire in prevenzione con una domanda autonoma vertente esclusivamente su detta clausola. Peraltro, financo in relazione alla clausola compromissoria, si è suggerita un'altra distinzione, tra il caso in cui l'azione miri ad una statuizione della sua nullità o al suo annullamento (nel qual caso non si porrebbe alcun problema di interesse ad agire) e il caso in cui tale domanda miri ad ottenere un accertamento relativo al suo contenuto, nel qual caso, proprio in ragione della non attualità della disputa, rispetto alla quale non risulta agevole misurare *ex ante* l'oggetto e, di riflesso, il perimetro di applicabilità della clausola, mancherebbe l'interesse ad agire. Per tale distinzione v. già, prima della riforma, E. REDENTI, voce *Compromesso*, cit., 795. Sempre in tema di interesse ad agire in mero accertamento, si è visto come, prima della riforma, V. COLESANTI, *Cognizione sulla validità del compromesso*, cit., 251 ss. fosse favorevole alla configurabilità di una tale azione, ravvisandone l'interesse nell'esigenza di evitare la celebrazione di un giudizio potenzialmente inutile nel caso di accertamento, *solo successivo*, in sede di impugnazione del lodo arbitrale, dell'invalidità del patto arbitrale e nell'esigenza di sottrarre le parti all'obbligo del pagamento delle spese della procedura e del compenso degli arbitri. Anche nella prospettiva offerta da V. COLESANTI, la valutazione della sussistenza o meno della condizione dell'azione dell'interesse ad agire avrebbe dovuto essere compiuta *in concreto*.

giuridica circa la sussistenza, portata, conformazione o titolarità della situazione giuridica dedotta, in conseguenza di fatti e circostanze (esempi tipici, la contestazione o il vanto di terzi) che rendano quella situazione, appunto, *controversa*²⁷². In relazione alla convenzione arbitrale, ciò potrebbe darsi quando, nell'ambito di contatti e rapporti stragiudiziali, una delle parti abbia contestato la validità o efficacia della clausola, sì da ingenerare dubbi sulla percorribilità della via arbitrale; oppure, quando, indipendentemente dalla condotta o dalle contestazioni sollevate dalla controparte, una parte intenzionata ad iniziare una procedura arbitrale in relazione ad un rapporto contenente una convenzione arbitrale, a seguito di fenomeni di circolazione del – o successione nel – contratto contenente la convenzione arbitrale, nutra fondati dubbi sulla validità, efficacia o ambito di applicazione di questa (ad esempio, in relazione alla sua opponibilità a soggetti coinvolti nella disputa, ma formalmente non firmatari della pattuizione arbitrale).

Tuttavia, la peculiare natura dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione, improntati ad un'allocazione *reciprocamente esclusiva* della *potestas iudicandi*, rende la determinazione, giudiziale o arbitrale, della questione della sussistenza o meno della competenza arbitrale (anche ove questa appaia, a prima vista, priva di ambiguità), *particolarmente imprevedibile*, esposta com'è a valutazioni non agevolmente pronosticabili e potenzialmente confliggenti ad opera degli organi in concreto chiamati a decidere, in momenti diversi, su di essa, in dipendenza anche di criteri e parametri di valutazione potenzialmente variabili e confliggenti (al netto dell'identità o meno della legge applicabile al merito e alla procedura).

Il mero intento di evitare che la reciproca autonomia delle valutazioni, rispettivamente del giudice statale e dell'arbitro, conduca ad un conflitto positivo o negativo di competenza, esponendo così le parti, da un lato, al rischio di un parallelismo di procedure sulla medesima causa (e, quindi, ad una duplicazione di costi in relazione ad una stessa disputa) e, dall'altro, al rischio di un diniego di giustizia conseguente ad una duplice declinatoria, dovrebbe quindi essere sufficiente ad integrare la sussistenza di un interesse ad agire in relazione alla domanda *ex art. 819 ter*, comma 2, c.p.c., senza cioè la necessità di allegare fatti, circostanze o condotte *determinati*, da cui scaturisca un'oggettiva e concreta incertezza giuridica in relazione alla specifica controversia cui si riferisca la convenzione arbitrale.

A ciò va aggiunta la considerazione secondo cui l'azione *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c. rappresenterebbe, nel nostro ordinamento, *l'unico strumento per ottenere una statuizione giudiziale*, votata all'incontrovertibilità, vertente esclusivamente sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, senza la necessità di dedur-

²⁷² Sulla nozione e portata della condizione dell'azione dell'interesse ad agire v. A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, Padova 1999, 85 ss.; A. PROTO PISANI, *La tutela di mero accertamento*, in *Appunti sulla giustizia civile*, Bari 1982, 97 ss.

re contestualmente una domanda di merito (nell'ambito dei cui confini oggettivi e soggettivi la parte sarebbe costretta a circoscrivere la valutazione giudiziale di validità ed efficacia della convenzione arbitrale), al fine di preconstituirsì un'eccezione per paralizzare *qualsivoglia giudizio arbitrale successivo* di cui si intenda contestare la legittimità²⁷³.

In altri termini: "(...) [s]olo il giudicato sostanziale conduce all'accertamento in via definitiva e vincolante ai sensi dell'art. 2909 c.c. dell'esistenza e del modo di essere del rapporto compromissorio in modo da precludere in radice successive forme di esecuzione dello stesso"²⁷⁴. Si è in proposito correttamente notato che il patto arbitrale andrebbe assimilato, in questa prospettiva, ai contratti con comunione di scopo, nella misura in cui produce, in capo alle parti, una serie di situazioni strumentali, non riducibili alla sola sottrazione al giudice statale della sua naturale *potestas decidendi*, ma dipanantisi in una complessa rete di poteri e oneri connessi all'attivazione e alla partecipazione ad un procedimento arbitrale²⁷⁵.

Un'ulteriore questione controversa riguarda la possibilità di esperire l'azione *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c. anche al fine di accertare l'(in)validità o l'(in)efficacia di un patto *per arbitrato estero*²⁷⁶.

In prima battuta si potrebbe ritenere che condizione per l'applicabilità della normativa italiana in materia di arbitrato (gli artt. 806 ss. c.p.c.) sia la "nazionali-

²⁷³ Così S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 116, per la quale la statuizione giudiziale *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c. si configurerebbe come l'unico strumento per soddisfare quel particolare bisogno di tutela della parte, consistente nell'assoluta certezza giuridica, non essendo possibile conseguire il medesimo risultato *per altra via*. Solo a seguito di una vittoria nell'azione di mero accertamento negativo: "(...) l'effetto caducatorio sarà totale", anche in relazione a tutti i futuri giudizi.

²⁷⁴ S. IZZO, *ibidem*, che appunto in questo elemento ravvisa l'interesse alla proposizione di una domanda di mero accertamento vertente esclusivamente sulla convenzione arbitrale (ivi incluso il compromesso), ossia nel fatto che la risoluzione pregiudiziale della questione della *potestas iudicandi* arbitrale nell'ambito di un giudizio arbitrale o giudiziale vertente sul merito di una lite sostanziale non sarebbe idonea a procurare alla parte interessata lo stesso risultato di accertamento pieno, incontrovertibile ed efficace *erga omnes* ottenibile da un'azione *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c., anche per quanto attiene alle pretese patrimoniali-finanziarie derivanti dalla celebrazione di un giudizio arbitrale fondato su quella stessa convenzione.

²⁷⁵ Così S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 101 ss. e 258 ss., per la quale l'interesse ad agire *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c. risulterebbe poi particolarmente evidente in presenza di clausole o di patti in materia non contrattuale, destinati cioè a non esaurire i propri effetti in relazione ad una singola controversia. Rispetto ad essi, un accertamento con efficacia di giudicato sostanziale avrebbe il vantaggio di poter essere spendibile in qualsivoglia successivo giudizio, togato o arbitrale, in cui quella clausola o quei patti dovessero venire in rilievo.

²⁷⁶ In senso favorevole all'applicabilità, in via analogica, dell'art. 819 *ter* c.p.c. alla convenzione per arbitrato estero v. F. SALERNO, *Il coordinamento tra arbitrato e giustizia civile nel Regolamento (UE) n. 1215/2012*, in *Riv. dir. int.* 2013, 1173.

tà” italiana dell’arbitrato, il che avviene, in assenza di espressa pattuizione delle parti sul punto, ogniqualvolta l’arbitrato abbia la propria sede *nel territorio nazionale*. Numerose leggi arbitrali straniere, in effetti, condizionano la propria applicabilità al fatto che la sede dell’arbitrato si trovi nel territorio dello Stato, che quelle leggi abbia emanato. Si pensi, ad esempio, all’art. 1, comma 2 della Legge Modello dell’UNCITRAL, che statuisce: “*The provisions of this Law, except articles 8, 9, 17 H, 17 I, 17 J, 35 and 36, apply only if the place of arbitration is in the territory of this State*”. Si pensi, altresì, alla legge arbitrale tedesca (ispirata alla Legge Modello), la quale, al comma 1 della Sezione 1025 ZPO, statuisce che le previsioni del decimo libro del codice di rito (quello dedicato all’arbitrato) si applicano *solo se la sede dell’arbitrato si trovi in Germania*²⁷⁷.

Nel caso della legge arbitrale italiana, tuttavia, manca una simile delimitazione geografica. Se è ragionevole ritenere che la maggior parte delle norme contenute negli artt. 806 ss. c.p.c. si applichino solo quando la sede dell’arbitrato sia in Italia (per il semplice fatto che esse, al pari di tutte le legislazioni arbitrali straniere, costituiscono la normativa applicabile di *default* ad arbitrati svolgentesi sul territorio nazionale, ogniqualvolta le parti non abbiano scelto espressamente, o mediante il richiamo a qualche regolamento arbitrale, le norme da applicare alla procedura), non è da escludere che alcune di quelle norme possano indistintamente applicarsi, in ragione delle finalità perseguite, sia ad un patto (e ad una procedura) per arbitrato domestico, che ad un patto (e ad una procedura) per arbitrato estero.

Con particolare riferimento all’art. 819 *ter*, comma 3, c.p.c., la finalità della norma è di pervenire ad un accertamento, con efficacia di giudicato, circa l’allocazione della *potestas iudicandi* tra gli arbitri e il giudice statale, con statuizione incontrovertibile e vincolante per tutti i giudici dell’ordinamento italiano (nonché per gli arbitri che conducano un procedimento in Italia), nell’ambito di tutti i futuri giudizi in cui quell’allocazione dovesse venire in questione (giudizi arbitrali; giudizi statali di merito in primo grado su una disputa coperta da quel patto arbitrale; giudizi di nullità del lodo arbitrale; giudizi di riconoscimento di un lodo estero). Che si tratti di patto per arbitrato domestico o estero, il risultato non cambia: ove una convenzione arbitrale venga accertata come valida ed efficace (indipendentemente dal fatto che si tratti di arbitrato da svolgersi in Italia o all’estero), ad un giudice italiano sarà *in ogni caso* precluso occuparsi del merito di una disputa relativamente al quale le parti abbiano stipulato quella convenzione, nonché annullare un lodo arbitrale per vizi attenenti alla *potestas iudicandi* degli

²⁷⁷ Lo stesso dicasi per la legge arbitrale austriaca, la cui Sect. 577, par. 1 – *Anwendungsbereich* – (inserita nel capitolo quarto della parte sesta del codice di procedura civile), statuisce: “(1) *Die Bestimmungen dieses Abschnitts sind anzuwenden, wenn der Sitz des Schiedsgerichts in Österreich liegt (...)*”.

arbitri, indipendentemente dal valore che a quell'accertamento incontrovertibile verrà attribuito da un giudice straniero o da un arbitro avente sede all'estero.

D'altra parte, l'utilità di una simile azione in relazione ad un patto per arbitrato estero si coglie anche sotto un altro profilo: la parte vittoriosa in accertamento negativo potrà preconstituirsì un motivo di rifiuto del riconoscimento, in Italia, di un lodo fondato su quel medesimo patto, in virtù del quale un tribunale arbitrale, avente sede all'estero, avesse ritenuto ciononostante di pronunciarsi nel merito.

Del resto, che la mera presenza di un patto arbitrale per arbitrato estero non comporti l'automatica esclusione dell'applicabilità di norme o istituti di diritto domestico è testimoniato dalla recente presa di posizione della Suprema Corte che, con l'ordinanza n. 24153 del 25 ottobre 2013, ha sancito l'esperibilità del regolamento di giurisdizione *proprio in relazione a pattuizioni per arbitrato estero*. Parimenti a quanto osservato in precedenza sugli effetti di una statuizione giudiziale *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c., anche in relazione all'esperibilità del regolamento di giurisdizione in presenza di un patto per arbitrato estero la Cassazione ha avuto modo di precisare che: "(...) *l'oggetto della questione sottoponibile mediante regolamento di giurisdizione non 'è se la controversia debba essere decisa dal giudice italiano o da quello straniero'. Al contrario la questione è sempre quella dei limiti della giurisdizione italiana*"²⁷⁸.

Va infine osservato, *ad abundantiam*, che, nell'ordinamento tedesco, in cui abbiamo visto sussistere una norma che limita espressamente l'applicabilità delle norme della legge arbitrale tedesca ad arbitrati svolgentisi in Germania, vien fatta salva l'applicabilità, anche ad arbitrati esteri, di alcune norme, tra cui rientra la Sezione 1032 ZPO, che contiene, *inter alia*, al par. 2, proprio la disciplina della domanda che costituisce l'omologo del nostro art. 819 *ter*, comma 3, c.p.c., cui il nostro legislatore si è ispirato²⁷⁹.

Alla luce di quanto precede, non appaiono perciò convincenti le posizioni di quella dottrina che, sull'assunto dell'impossibilità di vincolare un arbitro estero alle determinazioni sulla *potestas iudicandi* arbitrale compiute da un giudice italiano, ritiene che la norma di cui al comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c. non si appli-

²⁷⁸ V. l'ordinanza delle Sezioni Unite n. 24153 del 25 ottobre 2013, su cui ci si è ampiamente soffermati nel primo capitolo, spec. par. 6.3.

²⁷⁹ L'analogia, quantomeno "funzionale" tra i due tipi di domande di accertamento autonomo della percorribilità della via arbitrale, rispettivamente, nell'ordinamento tedesco e in quello italiano, è innegabile, nonostante la norma tedesca faccia riferimento alla nozione di (in)ammissibilità ((Un)Zulässigkeit), anziché a quella di (in)validità o (in)efficacia. La norma di cui al par. 2 della Sezione 1032 ZPO recita, infatti, come segue: "*Bei Gericht kann bis zur Bildung des Schiedsgerichts Antrag auf Feststellung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines schiedsrichterlichen Verfahrens gestellt werden*".

chi nei casi in cui l'azione sia instaurata al fine di ottenere una statuizione giudiziale su una convenzione per arbitrato estero²⁸⁰.

4.3.3. *L'inquadramento dogmatico e sistematico dell'istituto, in relazione al tema della qualificazione dell'oggetto delle decisioni, del giudice e dell'arbitro, rese sulla potestas iudicandi arbitrale, nell'ambito di un giudizio sul merito della lite (e della loro efficacia)*

Ad ogni modo, come si diceva in apertura del presente paragrafo, il profilo forse più rilevante dal punto di vista sistematico, in relazione all'istituto di nuovo conio, è rappresentato dall'*inquadramento dogmatico dell'istituto* disciplinato dal comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c., soprattutto per le sue potenziali ricadute rispetto al tema dell'efficacia delle decisioni, del giudice e dell'arbitro, *bensi* sulla medesima questione della *potestas iudicandi* arbitrale (e, dunque, sulla questione dell'esistenza, validità ed efficacia della convenzione arbitrale), pronunciate *tuttavia* nell'ambito di un giudizio vertente sul merito sostanziale di una disputa, cui quella convenzione si riferisce²⁸¹.

²⁸⁰ In tal senso v. G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5ª ed., cit., 20 e 26; ID., *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.* 2014, 827 ss.; ID., *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*, nota a Cass. S.U. 25 ottobre 2013, n. 24153, ord., in *Corr. giur.* 2014, 89 ss., per il quale, dalla qualificazione, operata dalle Sezioni Unite con l'ordinanza n. 24153 del 2013, dell'eccezione di patto per arbitrato estero in termini di questione di giurisdizione, discenderebbe che l'accertamento compiuto in ordine alla convenzione arbitrale, strumentale alla decisione di una questione di giurisdizione, sarebbe *inidoneo* alla formazione di un giudicato vincolante nei confronti di un arbitro estero. Ritiene l'autore che tale posizione sia altresì quella recepita dal legislatore comunitario con l'adozione del Regolamento n. 1215 del 2012, dal cui *Considerando* n. 12 parrebbe discendere il principio della preclusione alla possibilità di invocare, con riferimento all'arbitrato, quanto stabilito dalla sentenza della Corte di Giustizia nel caso C-456/11, *Gothaer v. Samkip* del 2012, sulla circolazione extraterritoriale (e sulla loro efficacia extraprocessuale) delle pronunce rese in ordine alla validità degli accordi derogativi della competenza. Insomma, il *Considerando* n. 12 sancirebbe il principio *Kompetenz-Kompetenz*, in forza del quale le statuizioni del giudice nazionale, vertenti esclusivamente sul patto compromissorio, non possono vincolare né gli arbitri né i giudici stranieri. Su posizioni simili v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Giudice italiano ed exceptio compromissi per arbitrato estero*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2014, 2, 763 ss. (che peraltro si riferisce all'*inidoneità* delle pronunce – rese sul patto compromissorio, ma incidentalmente dal giudice che affermi la propria giurisdizione – ad esplicare effetti extraprocessuali e vincolanti); M. BOVE, *Ricadute sulla disciplina dell'arbitrato*, cit., 86.

²⁸¹ In tal senso v. anche P. BIANCHI, *La domanda giudiziale relativa alla invalidità e all'inefficacia della convenzione di arbitrato*, cit., 1083. Osserva F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, cit., 776, che, dalla disposizione di cui al comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c. discenderebbe l'impossibilità di negare che sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, allorché si presenti come questione pregiudiziale (pur variamente qualificata: diritto sostanziale o bene della vita processuale) nell'ambito di un giudizio, arbitrale o statale, vertente su un diverso oggetto sostanziale, si possa for-

Anche su questo profilo si registrano posizioni sensibilmente divergenti in dottrina. In questa sede procederemo ad una sintetica illustrazione di quegli orientamenti che hanno tentato di instaurare un parallelismo tra la norma di cui all'art. 819 *ter*, comma 3, c.p.c. e le decisioni, arbitrali e statali, sul medesimo oggetto, ma rese nell'ambito di giudizi vertenti su un merito "sostanziale"; nel prosieguo ci soffermeremo analiticamente sulle diverse ricostruzioni elaborate dalla dottrina per fondare l'efficacia extraprocessuale vincolante di quest'ultime.

Per alcuni autori, tale istituto sarebbe *incompatibile* con la tesi della riconduzione della questione della esistenza, validità ed efficacia di una convenzione arbitrale – e, in generale, dei rapporti arbitro-giudice, che la risoluzione di quella questione mirerebbe a regolare –, alla categoria della "competenza". Secondo questo orientamento, infatti (che non per questo approda necessariamente alla conclusione opposta di qualificate l'oggetto della decisione *ex art. 819 ter* c.p.c. in termini di *questione di merito*²⁸²), la tesi della "competenza" risulterebbe contraddetta dal vincolo, *assimilabile al giudicato sostanziale*, discendente da una pronuncia resa *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c., nei confronti di ogni successivo giudice o arbitro che si trovassero a confrontarsi con la medesima questione²⁸³.

Un'altra parte della dottrina rinviene, nella norma, una conferma della natura *squisitamente contrattuale* dell'accordo compromissorio (e quindi della questione attraverso cui quell'accordo viene dedotto autonomamente in giudizio *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c.), il quale, pur producendo effetti essenzialmente di carattere processuale (tra cui l'esclusione, rispetto a determinate controversie, della *potestas iudicandi* del giudice ordinario in favore di quella del giudice privato), rimarrebbe a tutti gli effetti – in particolare sotto il profilo genetico e strutturale – *un negozio*,

mare il giudicato, semplicemente adducendo la sua inidoneità ontologica o strutturale ad esso. Secondo F.P. LUISO, si tratterà di vedere a che condizioni si possa formare il giudicato sul potere degli arbitri (e del giudice statale) di decidere la disputa di merito, ma: "(...) tale eventualità non può esser esclusa *a priori*".

²⁸² Osserva F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, cit., 775, che la domanda *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c. ha bensì ad oggetto, *mediato*, l'esistenza, validità ed efficacia di una convenzione di arbitrato, ma il suo oggetto *immediato* continuerebbe ad essere la sussistenza o meno del potere decisorio degli arbitri e, specularmente, del giudice statale. Del resto, producendo la convenzione di arbitrato essenzialmente effetti processuali (v., in proposito, M. BOVE, *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. civ.* 2002, 418, per il quale, con particolare riferimento ai suoi effetti *negativi* – i.e., di sottrazione del potere decisorio al giudice statale –: "(...) il patto compromissorio manifesta tutta la sua processualità"), una decisione vertente esclusivamente sulla stessa non potrebbe che avere ad oggetto (anche) quegli effetti e, dunque, statuire sulla sussistenza o insussistenza del potere decisorio dell'arbitro e del giudice statale.

²⁸³ Così G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter* c.p.c., in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 366 ss.; B. CAPPONI, *Arbitrato e giurisdizione*, in www.judicium.it, che sottolinea come la c.d. "competenza" dell'arbitro: "(...) presuppone sempre non l'esame di una norma, bensì di un negozio, del quale vanno verificate 'validità ed efficacia'".

soggetto come tale all'esperibilità di tutte le azioni (non solo di mero accertamento, ma altresì *constitutive*) ammesse dalla legge avverso i negozi²⁸⁴.

Secondo un orientamento ancora diverso, la disposizione di cui all'art. 819 *ter*, comma 3, c.p.c. legittimerebbe l'idea che *l'arbitrabilità della controversia, lato sensu* intesa, rappresenti un *bene della vita a sé stante*, autonomo rispetto al rapporto giuridico sostanziale cui accede la convenzione arbitrale e proprio per questo *autonomamente azionabile in giudizio*²⁸⁵.

Per altra parte della dottrina il legislatore, riconoscendo alla questione inerente alla sussistenza della *potestas iudicandi* arbitrale un'autonomia tale da giustificarne la deduzione in giudizio anche separatamente dalla controversia sostanziale cui il patto arbitrale si riferisce, ne avrebbe determinato l'assimilazione alla categoria delle *questioni pregiudiziali di merito*²⁸⁶. Lo schema della pregiudizialità tecnica sarebbe integrato, in tal caso, dall'autonomia della fattispecie (tale, appunto, da legittimarne la deduzione in via principale) e dal fatto che essa ha ad oggetto un rapporto *diverso* da quello principale, dalla cui definizione dipenda l'esistenza di quest'ultimo. Il rapporto di pregiudizialità non interesserebbe, in tal caso, il diritto azionato, *ma il diritto all'azione*²⁸⁷. La pronuncia sulla *potestas iudicandi* arbitrale, dunque, oltre a configurarsi (allorché sorga nell'ambito di un giudizio ver-tente su un merito *sostanziale*) come *pronuncia di rito* in ordine alla possibilità o all'impossibilità, per il giudice, di proseguire con la trattazione della causa, si qualificerebbe altresì quale *pronuncia di merito* sull'esistenza, validità e interpretazione di un accordo contrattuale qual è la convenzione arbitrale²⁸⁸. Se questa è la

²⁸⁴ In tal senso v. C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., I, 2012, 674, per il quale, nei confronti del patto compromissorio, sarebbe esperibile financo l'azione di risoluzione (in particolare quando la parte destinataria della domanda d'arbitrato rimanga inerte e l'attore non intenda avvalersi del meccanismo di nomina suppletiva previsto dall'art. 810 c.p.c.); in tal senso, prima della riforma, v. L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, 4^a ed., Milano 1922, 88. Ma v., in senso contrario all'esperibilità dell'azione di risoluzione avente ad oggetto la convenzione di arbitrato, S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 109 ss.

²⁸⁵ Così E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 658. In tal senso, prima della riforma, v. anche C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione*, cit., 671.

²⁸⁶ Così F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, cit., 778; L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 589; F. GODIO, *(In)competenza e (in)validità della clausola compromissoria: accertamento sempre incidenter tantum ad opera degli arbitri? Note (quasi) a margine di Sez un. 23463/2016*, nota a Cass. S.U. 18 novembre 2016, n. 23463, in *Giur. it.* 2017, 158 ss.

²⁸⁷ Così L. SALVANESCHI, *ibidem*; S. IZZO, *Appunti sull'eccezione di compromesso*, cit., 460 ss.

²⁸⁸ S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 128; L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 588; ID., *Ancora sull'arbitrabilità delle impugnative di delibere assembleari e sulla competenza a deciderle*, nota a Cass. 30 ottobre 2012, n. 18671, in *Riv. arb.* 2013, 924 ss.; così, prima della riforma, F. DANOVÌ, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, cit., 104.

duplice natura o essenza della questione dedotta in un giudizio *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c., il medesimo inquadramento dovrebbe valere con riferimento all'oggetto dell'accertamento, compiuto *incidentalmente* dall'arbitro o dal giudice statale, nell'ambito di un giudizio vertente sul merito di una lite rientrante nell'ambito di applicazione del patto arbitrale, perché la tipologia: "(...) del provvedimento giudiziale di merito o meramente processuale non può mutare solo perché il giudizio sulla convenzione sia stato richiesto in via principale, ovvero nell'ambito di un processo a contenuto più ampio"²⁸⁹.

In tale ottica, la *medesima efficacia extraprocessuale e vincolante*, discendente da una decisione incontrovertibile resa *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c. su una determinata pattuizione arbitrale, dovrebbe potersi attribuire anche alle decisioni, giudiziali e arbitrali, rese su quel medesimo patto, ma nell'ambito di giudizi vertenti sul merito della disputa cui quel patto si riferisca. Come si vedrà subito appresso, nell'ambito di quest'ultima ricostruzione sussistono peraltro posizioni differenti quanto alle modalità attraverso cui pervenire, nell'ambito di quei giudizi, vertenti su un merito sostanziale, ad una statuizione incontrovertibile ed extraprocessualmente vincolante sulla questione della esistenza, validità e interpretazione di un accordo arbitrale per taluni, quell'efficacia si produce fisiologicamente ed automaticamente ogniqualvolta il giudice o l'arbitro conoscano e decidano della questione; per altri se essa presuppone, secondo lo schema di cui all'art. 34 c.p.c. – applicato in via analogica ad un rapporto pregiudiziale tra una questione *lato sensu* di rito o processuale e la disputa sul merito – la proposizione, ad opera della parte interessata, di una esplicita domanda di accertamento incidentale in ordine al patto compromissorio; con la conseguenza che, in mancanza di domanda di accertamento incidentale espressamente formulata nei termini consentiti dalla legge, la determinazione sulla convenzione arbitrale verrebbe assunta *ai soli fini della competenza* (in modo non dissimile da quanto previsto dall'art. 38 c.p.c.) e non esplicherebbe alcun effetto extraprocessuale²⁹⁰.

Vi sono, tuttavia, autori per i quali l'autonoma deducibilità in giudizio della questione della *potestas iudicandi* arbitrale, oggi consentita dall'art. 819 *ter*, comma 3, c.p.c., non la trasformerebbe da questione pregiudiziale di rito in una questione di merito²⁹¹.

Al tema dell'efficacia (meramente endoprocessuale o anche extraprocessuale) delle decisioni, arbitrali e giudiziali, rese *bensì* sul medesimo oggetto su cui si pro-

²⁸⁹ Così S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 84.

²⁹⁰ In tal senso, come si vedrà più analiticamente *infra*, S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 142; L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 589.

²⁹¹ Così E. MARINUCCI, *Note sul contrasto fra lodo non definitivo e lodo definitivo nel giudizio di impugnazione per nullità*, nota a App. Roma 11 aprile 2013, in *Riv. arb.* 2013, 967.

nuncia il giudice statale adito *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c., *ma* nell'ambito di giudizi vertenti sul merito sostanziale della disputa (cui si riferisca un patto arbitrale autonomamente deducibile in un giudizio *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c.), andiamo ora a rivolgere la nostra attenzione.

4.4. *Gli effetti delle decisioni, del giudice e dell'arbitro, sulla potestas iudicandi arbitrale, pronunciate nell'ambito di un giudizio vertente sul "merito" di una disputa sostanziale*

Si è già avuto modo di evidenziare più volte che il punto debole del sistema delle "vie parallele" consiste nel non prevedere *meccanismi di coordinamento preventivo "strutturali"* per evitare sia i conflitti *positivi* di competenza (e, dunque, il parallelismo di procedure, in sede, rispettivamente, arbitrale e giudiziale, sulla medesima causa), sia i conflitti *negativi* di competenza (e, dunque, la perdita degli effetti sostanziali e processuali discendenti dalla proposizione di una domanda dinanzi ad un organo, rispettivamente arbitrale o giudiziale, che declini la propria competenza, e il correlato rischio di un diniego di giustizia)²⁹².

È questa la ragione per cui la possibile efficacia extraprocessuale delle decisioni, arbitrali e giudiziali, rese bensì sul medesimo oggetto su cui si pronuncia il giudice statale adito *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c., ma nell'ambito di un giudizio vertente sul merito sostanziale della disputa (cui si riferisca un patto arbitrale autonomamente deducibile in un giudizio *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c.), assume un'importanza sistematica decisiva²⁹³. Solo essa consentirebbe, con i dovuti accorgimenti procedurali, di definire una volta per tutte, e in una fase tendenzialmente preliminare della procedura, la questione della sussistenza o meno della *potestas iudicandi* arbitrale, da un lato evitando che sulla medesima causa si celebri-no contemporaneamente o in momenti successivi, due procedure in due fori diversi; dall'altro puntellando, con il vincolo all'accertamento compiuto dall'organo *a quo*, la conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda nel passaggio della causa da una sede all'altra.

D'altra parte, la risoluzione di tale problematica consentirebbe anche di disciplinare i rapporti arbitro-giudice in conformità al principio di *effettività della tutela* di cui all'art. 24 Cost. e di quello di ragionevolezza desumibile dall'art. 3 Cost., perché

²⁹² V., in tal senso, S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 240 ss., che rileva la: "(...) codificata impossibilità di utilizzare meccanismi preventivi, volti ad evitare il conflitto negativo o positivo di competenza e l'insufficienza, in questa seconda ipotesi, di quelli successivi fondati sul coordinamento o la prevalenza di un provvedimento rispetto all'altro".

²⁹³ Così anche S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 240 ss., per la quale l'efficacia della pronuncia (giudiziale e arbitrale) sulla convenzione di arbitrato ha rilevanza centrale per la disamina del tema dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale.

risulterebbe pregiudizievole e discriminatorio (rispetto ai rapporti tra giudici statali) un sistema che consentisse a due organi di dichiararsi entrambi incompetenti, senza trovare il modo che la causa possa definitivamente incardinarsi dinanzi ad uno dei due²⁹⁴. Tanto più che, nei rapporti arbitro-giudice, non è contemplabile il meccanismo del regolamento di competenza d'ufficio, che rappresenta un'altra via per pervenire ad una definizione, una volta per tutte, della questione dell'allocazione della *potestas iudicandi* tra organo *a quo* e organo *ad quem*.

Esaminando separatamente, nel primo capitolo, gli artt. 817 e 819 *ter* c.p.c., è emerso come i rispettivi regimi di rilevanza dell'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* dell'organo adito, della relativa decisione e dei rimedi impugnatori esperibili avverso essa siano, nelle due sedi (arbitrale e giudiziale), profondamente diversi. Riteniamo opportuno, tuttavia, affrontare *unitariamente* il tema dell'efficacia di un lodo arbitrale e di una decisione giudiziale che abbiano pronunciato sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, dal momento che, dal punto di vista contenutistico, strutturale e funzionale, non può negarsi che entrambe le decisioni vertano *sul medesimo oggetto* e che il tema della loro efficacia (extraprocessuale o solo endoprocessuale) implichi la risoluzione delle stesse problematiche di carattere teorico-sistematico²⁹⁵.

Nei due paragrafi che seguono, riprendendo in maniera più approfondita quanto esposto solo per brevi cenni nel paragrafo dedicato all'inquadramento dogmatico e sistematico della norma di cui all'art. 819 *ter*, comma 3, c.p.c., daremo dunque conto delle ricostruzioni proposte dalla dottrina e dalla giurisprudenza su questi profili.

²⁹⁴ V., in tal senso, M. ACONE, *Translatio iudicii tra giudice ed arbitro*, cit., 2699 ss.; BOVE, *Sulla dichiarazione di parziale incostituzionalità*, cit., 1120, per il quale l'attuale inapplicabilità dell'art. 44 c.p.c. ai rapporti arbitro-giudice: "(...) consente al medesimo convenuto di difendersi slealmente, sostenendo prima di fronte al giudice dello Stato l'esistenza di un valido patto compromissorio e poi di fronte all'arbitro l'inesistenza di quello stesso patto compromissorio (...)". Secondo F.G. DEL ROSSO, *Note in tema di translatio iudicii tra arbitrato e processo*, cit., 558 ss. proprio tale disparità di trattamento tra disciplina dei rapporti tra giudici statali e disciplina dei rapporti arbitro-giudice dovrebbe condurre alla dichiarazione di incostituzionalità *anche della parte rimanente del comma 2* dell'art. 819 *ter* c.p.c., atteso: "(...) l'evidente contrasto della norma con gli artt. 3 e 24 Cost."

²⁹⁵ In tal senso v. anche L. SALVANESCHI, *Ancora sull'arbitrabilità delle impugnative di deliberare assembleari*, cit., 920; S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., par. 5.

4.4.1. *Effetti del lodo e della sentenza* definitivi sulla potestas iudicandi arbitrale

4.4.1.1. *L'orientamento contrario ad ammettere qualsivoglia efficacia extraprocessuale e vincolante alle decisioni, del giudice e dell'arbitro, rese sulla potestas iudicandi arbitrale*

Una parte della dottrina nega qualsivoglia efficacia vincolante alle decisioni, sia arbitrali, che giudiziali, sulla *potestas iudicandi* arbitrale, rese nell'ambito di giudizi vertenti su un merito *sostanziale*. Uno dei principali argomenti di questa dottrina è rappresentato dalla convinzione che il loro oggetto abbia un carattere *meramente processuale*, come emergerebbe dal tenore degli artt. 817 e 819 *ter* c.p.c., che assimilano l'*exceptio compromissi* e l'eccezione di difetto di *potestas* arbitrale ad un'*eccezione di incompetenza*.

Tale orientamento ritiene, dunque, anche alla luce della non applicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, dell'art. 44 c.p.c., che nessuna efficacia extraprocessuale possa attribuirsi a tali decisioni²⁹⁶, sulla scia della nota impostazione chiovendiana, che ha sempre escluso che la forza del giudicato, produttiva di effetti extraprocessuali e vincolanti (che presupporrebbe l'affermazione di una volontà di legge che garantisca l'attribuzione di un *bene della vita*²⁹⁷), possa attagliarsi a decisioni su questioni di rito²⁹⁸, tra cui quelle sulla competenza, con l'unica eccezione

²⁹⁶ In tal senso v. E. MARINUCCI, *Note sul contrasto fra lodo non definitivo e lodo definitivo nel giudizio di impugnazione per nullità*, in *Riv. arb.* 2013, 970; B. CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI, *Commentario alle riforme*, cit., 879 ss.; G.F. RICCI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 508 e 512; P.L. NELA, *Sub art. 817 c.p.c. e sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme*, cit., 1711 e 1814; B. CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme*, cit., 879 ss.

²⁹⁷ Per riferimenti v. S. MENCHINI, *Regiudicata civile*, cit., 417 ss., secondo cui: "(...) l'art. 2909 c.c. (...) non lascia margini di incertezza sulla essenza del giudicato civile; questo consiste nella obbligatorietà dell'accertamento dei diritti soggettivi contenuto nella sentenza divenuta (relativamente) definitiva, perché passata formalmente in giudicato ai sensi dell'art. 324 c.p.c. (...) resta ferma la configurazione dell'autorità di cosa giudicata come vincolatività (futura) della decisione di merito e degli effetti da essa provocati nel patrimonio delle parti, dopo la conclusione del processo ex art. 324 c.p.c. La legge pone una correlazione strettissima tra tutela delle situazioni soggettive, sentenza conclusiva del processo a cognizione ordinaria che tali situazioni accerta ed autorità del giudicato (...)".

²⁹⁸ Come già ampiamente illustrato nel secondo capitolo, in particolare al par. 1.2.4., per G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e competenza*, in *Studi in onore di Carlo Fadda*, 1905, ripubblicato in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma 1930, 412, le sentenze di rito riguardavano solo: "(...) un rapporto che si consuma nel processo stesso". Nello stesso senso v., *ex multis*, Cass. 8 marzo 1995, n. 2697, in *RFI* 1995, n. 6, per cui: "(...) l'autorità del giudicato copre la sola statuizione finale, capace di incidere nella sfera giuridica – patrimoniale delle parti, mentre non si estende alle decisioni strumentali e preparatorie adottate nel processo in funzione dell'emanazione della sentenza definitiva di merito; pertanto, le decisioni sui presupposti del processo, sugli elementi dello stes-

rappresentata (ai sensi dell'art. 310, comma 2, c.p.c.) – per il caso di estinzione del processo – dalle sentenze pronunciate, in sede di regolamento di competenza, dalla Corte di cassazione.

Lo stesso art. 44 c.p.c., disponendo che la sentenza dichiarativa di incompetenza, non impugnata, produce l'incontestabilità dell'incompetenza dichiarata (e della competenza del giudice in essa designato) *solamente quando il processo sia riassunto tempestivamente dinanzi al giudice dichiarato competente*, dimostrerebbe come una simile pronuncia *perda efficacia* se il processo si estingue, proprio in quanto strutturalmente inidonea alla produzione di effetti extraprocessuali²⁹⁹.

Si argomenta altresì nel senso che il legislatore, avendo optato per il sistema delle "vie parallele", avrebbe inteso soprattutto garantire la reciproca autonomia e indipendenza dei giudizi arbitrale e statale, a scapito di altre esigenze (tra cui il coordinamento preventivo tra le procedure), bensì meritevoli di tutela, ma inevitabilmente confliggenti con i principi sottesi a quel sistema.³⁰⁰

Un'altra parte della dottrina si limita a ricollegare l'inidoneità delle pronunce declinatorie del giudice statale e dell'arbitro ad esplicitare un'efficacia extraprocessuale all'inapplicabilità, nei rapporti arbitro-giudice, degli artt. 44 e 45 c.p.c.³⁰¹;

so non acquistano autorità di cosa giudicata, ma restano atti strumentali"; così anche Cass. 7 gennaio 1983, n. 112, in *Giur. it. Rep.* 1982, voce *Regiudicata civile*, n. 15; Cass. 18 novembre 1982, n. 6206, in *Giur. it. Rep.* 1982, voce *Procedimento civile*, n. 190. Nel senso che l'oggetto di un lodo che abbia affermato o negato la "competenza" degli arbitri sia: "(...) comunque (e solo) la questione pregiudiziale di rito della competenza arbitrale, di cui la validità della convenzione arbitrale è questione (pregiudiziale di merito), che gli arbitri affrontano e risolvono con accertamento *incidenter tantum*, al solo limitato fine di decidere sulla loro *potestas decidendi*" v. F. GODIO, (*In*)*competenza e (in)validità della clausola compromissoria*, cit., 161.

²⁹⁹ V., per tutti, V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 1964, 163 ss.; R. VACCARELLA, *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, Napoli 1975, 344 ss.

³⁰⁰ Così, in particolare, P.L. NELA, *Sub art. 817 c.p.c. e sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme*, cit., 1711 e 1814, secondo il quale il rischio di un conflitto negativo di competenza rappresenterebbe il prezzo accettabile per garantire la reciproca autonomia dei due giudizi.

³⁰¹ Così P.L. NELA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme*, cit., 1770 ss., per il quale la norma di cui al comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c., nell'escludere l'applicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, degli artt. 44 ss. c.p.c., comporterebbe che: "(...) non sia incontestabile la competenza fissata dal lodo, secondo quanto invece prescrive l'art. 44 c.p.c. per la sentenza e che possa sorgere un conflitto di competenza, quando il giudice, definito competente dagli arbitri, che declinano la loro competenza, non si ritenga a sua volta competente (a differenza di quanto prevede l'art. 45 c.p.c.)". Secondo P.L. NELA, gli effetti del lodo sulla "competenza" arbitrale si identificherebbero, dunque, semplicemente con l'affermazione o con la negazione della possibilità, per gli arbitri, di pronunciarsi nel merito, in quel singolo giudizio arbitrale: il giudice statale adito in relazione alla medesima domanda non ne sarà in alcun modo vincolato, potendo esaminare quella stessa questione in piena autonomia. Il rischio di un conflitto negativo di competenza che ne deriva sarebbe, per P.L.

da tale inapplicabilità discenderebbe l'impossibilità di concepire una vera e propria *translatio* nei rapporti arbitro-giudice statale³⁰², con la conseguenza che gli effetti del lodo si identificherebbero semplicemente con: "(...) l'affermazione o negazione della possibilità, per gli arbitri, di pronunciarsi nel merito, in quel singolo giudizio arbitrale"³⁰³. In tale ottica, il giudice statale, adito in un momento successivo sulla medesima questione, potrebbe valutarla in piena autonomia, senza essere in alcun modo influenzato dall'accertamento compiuto in precedenza dall'arbitro. Specularmente, gli arbitri sarebbero liberi di declinare la propria competenza, pur a fronte di una precedente decisione giudiziale con cui fosse stata affermata l'esistenza di un valido patto arbitrale, dando così luogo ad un conflitto *negativo* di decisioni³⁰⁴.

4.4.1.2. *Gli autori contrari ad ammettere un'efficacia extraprocessuale generalizzata per tutte le decisioni, del giudice e dell'arbitro, rese sulla potestas iudicandi arbitrale*

Altri autori non escludono del tutto la possibilità che una decisione sulla *pote-*

NELA, il prezzo (accettabile) da pagare per garantire la reciproca autonomia ed indipendenza dei due giudizi. Per alcuni autori, l'impossibilità di concepire una vera e propria *translatio iudicii* tra arbitrato e giurisdizione statale escluderebbe in radice la possibilità di pensare ad un'efficacia vincolante, per l'arbitro, della sentenza declinatoria emessa dal giudice togato, con cui questi abbia affermato la sussistenza della "competenza" arbitrale, come pure un'efficacia vincolante, per il giudice togato, del lodo con cui gli arbitri abbiano declinato la propria *potestas iudicandi*: v. M. RUBINO SAMMARTANO, *Il diritto dell'arbitrato*, 5ª ed., Padova 2006, 60 ss. V., su posizioni simili, E. MARINUCCI, *Note sul contrasto fra lodo non definitivo e lodo definitivo nel giudizio di impugnazione per nullità*, in *Riv. arb.* 2013, 967, per la quale, da un lato, il tenore degli artt. 817 e 819 *ter* c.p.c. (che inducono ad assimilare l'*exceptio compromissi* e l'eccezione di difetto di *potestas* arbitrale all'eccezione d'incompetenza, o comunque legittima la loro collocazione nella categoria delle eccezioni processuali) e, dall'altro, l'esclusione dell'applicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, dell'art. 44 c.p.c. porterebbero inevitabilmente ad escludere che la decisione resa in sede ordinaria o in sede arbitrale possa esplicitare efficacia *al di fuori del processo in cui venga emessa*. Per l'autrice, laddove gli arbitri non si conformino a una precedente decisione dell'autorità giudiziaria sulla *potestas iudicandi* arbitrale, il lodo dovrebbe ritenersi impugnabile soltanto per i motivi di cui all'art. 829, n. 1 e n. 10, c.p.c.

³⁰² Così M. BOVE, *Aspetti problematici nella nuova disciplina*, cit., 78; G.F. RICCI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 506 ss. e 511; così anche, sebbene prima del *revisement* della Corte costituzionale del 2013, C. ASPRELLA, *La translatio iudicii. Trasferimento del giudizio nel nuovo processo civile*, cit.

³⁰³ P.L. NELA, *Sub art. 817 c.p.c.*, cit., 1770.

³⁰⁴ V. anche la posizione di M. BOVE, *Aspetti problematici*, cit., 79 ss., per il quale l'assenza di vincolo degli arbitri rispetto ad una precedente decisione resa dal giudice sull'*exceptio compromissi* discenderebbe altresì dal tenore della prima parte del comma 2 dell'art. 817 c.p.c., che parrebbe attribuire *in via esclusiva* agli arbitri il potere di valutare la sussistenza o meno della propria *potestas iudicandi*, sì da renderlo immune rispetto a precedenti o coevi pronunciamenti giudiziali.

stas iudicandi arbitrale possa produrre effetti extraprocessuali, ma ne limitano sensibilmente l'ambito di operatività, rigettando ogni automatismo e circoscrivendo il fenomeno solo ad alcune fattispecie.

V'è chi, ad esempio, distingue, quanto all'idoneità ad esplicare effetti extraprocessuali, il lodo arbitrale dalla sentenza pronunciata dal giudice statale. Solo la seconda sarebbe idonea, una volta passata in giudicato, a vincolare, oltre che altri giudici statali, altresì gli arbitri (ma solo nel caso di accertamento incidentale sulla convenzione arbitrale conseguente ad una espressa istanza di parte, secondo lo schema di cui all'art. 34 c.p.c.³⁰⁵), al pari delle decisioni rese dalla Corte di cassazione in sede di regolamento di competenza, proposto avverso le decisioni del giudice di merito sull'*exceptio compromissi*³⁰⁶.

Un lodo non definitivo sulla competenza, invece, alla luce del combinato disposto degli artt. 827, commi 1 e 3³⁰⁷, 829, comma 1, n. 8³⁰⁸ e 830, comma

³⁰⁵ Così S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 257 ss., per la quale una cognizione meramente incidentale da parte del giudice statale, in assenza di un'espressa domanda di parte, sarebbe produttiva di effetti meramente endoprocessuali. In tal caso, nessun obbligo di conformazione potrebbe discendere dal provvedimento giudiziale, sia pur non impugnato (ma v., in proposito, la tesi di L. MONTESANO, *Questioni e cause pregiudiziali nella cognizione ordinaria del c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.* 1988, 326 ss., sui profili concernenti l'autorità logica della sentenza).

³⁰⁶ Per S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 254, la decisione giudiziale utile potrebbe infatti consistere solo in una pronuncia definitiva, ottenuta attraverso il riesame della sentenza di primo grado che abbia deciso sull'*exceptio compromissi*. In assenza di tale passaggio, la decisione del giudice statale sarebbe priva di efficacia vincolante.

³⁰⁷ Dal comma 1 dell'art. 827 c.p.c., ai sensi del quale il lodo è soggetto all'impugnazione per nullità, per revocazione o per opposizione di terzo, si tende a desumere la *non proponibilità del regolamento di competenza* avverso il lodo che abbia pronunciato, solo o anche, sulla *potestas iudicandi* arbitrale. Dal comma 3 della medesima norma, ai sensi del quale il lodo che decide parzialmente il merito della controversia è immediatamente impugnabile, ma il *lodo che risolve alcune delle questioni insorte* senza definire il giudizio arbitrale è *impugnabile solo unitamente al lodo definitivo*, si desume che il lodo che abbia pronunciato solo sulla *potestas iudicandi* arbitrale non sia impugnabile immediatamente, ma solo insieme al lodo definitivo sul merito della lite. Osserva S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 228, che la collocazione della pronuncia arbitrale sulla "competenza" degli arbitri fra i lodi interlocutori impedisce di attivare immediatamente il controllo giudiziale su quella pronuncia. Il legislatore avrebbe così previsto, per la pronuncia arbitrale sulla "competenza" degli arbitri, una disciplina differente *tanto* rispetto a quella che governa le decisioni (giudiziali) sulla "competenza" tecnicamente intese (come quella sulla convenzione arbitrale), *quanto* rispetto a quella, *generale*, sulle questioni pregiudiziali di rito in primo grado.

³⁰⁸ In generale, la persistente diversità di regime tra pronunce arbitrali e pronunce giurisdizionali troverebbe conferma, secondo alcuni autori (v., in tal senso, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 756, nt. 202), in alcune delle disposizioni rilevanti in tema di conflitto arbitrato-giurisdizione statale, quali, ad esempio, l'art. 829, comma 1, n. 8, c.p.c. che, continuando a distinguere fra lodo *non più impugnabile* e sentenza *passata in giudicato*, mostrerebbe di: "(...) non voler accordare al lodo la forza incontrovertibile tipica della pro-

3³⁰⁹, c.p.c., *sarebbe sempre inidoneo a spiegare effetti extraprocessuali*. Un tale lodo, d'altra parte, sebbene si configuri, dal punto di vista descrittivo, come una "decisione su competenza", espressione del potere spettante a ciascun giudicante di verificare la correttezza della propria investitura³¹⁰, e sebbene con esso gli arbitri *decidano* sulla propria *potestas iudicandi* arbitrale, non limitandosi meramente a *conoscere*³¹¹ (ragion per cui la forma del provvedimento assunto è quella del lodo e non dell'ordinanza³¹² e la parte è onerata dell'impugnazione, seppur unitamente al lodo definitivo, con esclusione della possibilità di una sua contestazione: "(...) in

nuncia autoritativa ed, in ultima analisi, di non voler recepire acriticamente, per il lodo, il regime della cosa giudicata".

³⁰⁹ Ai sensi del quale, allorché la corte d'appello non decida nel merito della lite, alla controversia si applica la convenzione di arbitrato, salvo che la nullità dipenda dalla sua invalidità o inefficacia.

³¹⁰ Così A. MOTTO, *In tema di clausola compromissoria*, cit., 92.

³¹¹ Il dubbio se l'arbitro, nel pronunciarsi sulla propria "competenza", effettivamente *decida* la questione o si limiti a *conoscerla incidenter tantum*, deriva dal fatto che il legislatore utilizza diverse espressioni in corrispondenza di vari istituti (es. art. 817, comma 1, c.p.c.: "(...) gli arbitri *decidono* sulla propria competenza"; art. 817 *bis* c.p.c.: "Gli arbitri sono competenti a *conoscere* dell'eccezione di compensazione (...)"); art. 827, comma 3, c.p.c.: "(...) il lodo che *risolve* alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio arbitrale è impugnabile solo unitamente al lodo definitivo"; art. 819 c.p.c.: "Gli arbitri *risolvono* senza autorità di giudicato tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia (...)"), generando così confusione sull'esatta portata (e, dunque, sui relativi effetti) delle pronunce arbitrali, in generale, e di quelle sulla questione della loro *potestas iudicandi*, in particolare. Osserva in proposito S. LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., 159, che alla distinzione tra *risolvere* e *decidere* non possa essere attribuito valore sistematico, dal momento che il legislatore non è stato costante nell'utilizzarla: emblematico, in tal senso, sarebbe l'art. 819 c.p.c.: "(...) destinato ad intorbidare il linguaggio", al pari dell'art. 827, comma 3, c.p.c., a tenore del quale, come visto, il lodo non definitivo: "(...) *risolve* alcune delle questioni (...)". Anche per S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 228, il riferimento testuale dell'art. 827, comma 3, c.p.c. all'attività del *risolvere* non andrebbe contrapposto a quella del *decidere* riferita al lodo parziale di merito. Infatti, al di là della terminologia utilizzata dal legislatore, che non è punto risolutiva dei problemi di inquadramento teorico dei diversi istituti, vi sarebbe una differenza strutturale e funzionale corrente tra un lodo non definitivo e un lodo interlocutorio: l'oggetto del primo coinciderebbe con la pronuncia: "(...) su almeno una domanda, attribuendo ad una delle parti un bene della vita autonomamente rilevante", che lo renderebbe di norma: "(...) idoneo ad essere portato ad esecuzione nelle forme di cui all'art. 825 c.p.c." (così G.P. CALIFANO, *Le vicende del lodo: impugnazione e correzione*, in G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato*, cit., 468), mentre, secondo IZZO, appunto per limiti strutturali e logici propri del giudizio arbitrale, la questione relativa alla valida esistenza di una convenzione di arbitrato non sarebbe suscettibile di tradursi in controversia nel contesto di un giudizio arbitrale. Per approfondimenti v. D. DALFINO, *Lodi non definitivi su questioni preliminari di merito*, in *Il Giusto proc. civ.* 2010, 1041 ss.

³¹² In tal senso S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 227; N. RASCIO, *La decisione*, in G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato*, cit., 403. *Contra* (sebbene prima della riforma) C. CAVALLINI, *Questioni preliminari di merito e lodo non definitivo nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 1995, 1138 ss.

qualunque sede, da parte di chiunque ed in qualunque tempo”³¹³), dal punto di vista tecnico non potrebbe essere assimilato alle classiche decisioni sulla competenza, come emergerebbe dalla disposizione legislativa che ne consente l’impugnazione solo assieme al lodo definitivo sul merito della lite e dall’esclusione dell’applicabilità delle norme indicate dal comma 2 dell’art. 819 *ter* c.p.c.³¹⁴.

Secondo questa prospettiva, *senza la mediazione di un provvedimento statale* non sarebbe concepibile alcuna efficacia extraprocessuale del lodo sulla *potestas iudicandi* arbitrale, nemmeno quando divenuto inoppugnabile³¹⁵, perché la formazione di un accertamento vincolante spendibile *aliunde* sarebbe subordinata alla conclusione del procedimento arbitrale e alla sua (naturale) appendice, rappresentata dalla progressione del processo nelle fasi di impugnazione del lodo³¹⁶.

D’altra parte, un “giudicato arbitrale” di carattere sostanziale sul patto arbitrale, in forza di specifiche pattuizioni delle parti in tal senso o di loro apposita domanda sarebbe in ogni caso precluso dal sistema³¹⁷, in particolare dalla disposi-

³¹³ F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, cit., 156; S. BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, cit., 321; M. BOVE, *Ancora sui rapporti*, cit., 786.

³¹⁴ *Contra* M. ACONE, *Arbitrato e translatio iudicii*, cit., 4; S. BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina*, cit., 323 ss.; P.L. NELA, *Sub art. 817 c.p.c.*, cit., *passim*.

³¹⁵ Così anche F. AULETTA, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale*, cit., 1395, per il quale, con riferimento alla configurabilità di un vincolo, per il giudice statale successivamente adito, rispetto alla pronuncia arbitrale sulla *potestas iudicandi* degli arbitri: “(...) non può parimenti riuscire generale, ma postula una particolare mediazione del pubblico potere”. L’autore individua la differenza tra lodo e sentenza, pur nel rispetto dell’equiparazione *quoad effectum* tra i due provvedimenti, sancita dall’art. 824 *bis* c.p.c., nella circostanza che: “(...) sempre occorre una particolare mediazione dell’autorità (senza però riserva di legge, di giurisdizione, né di amministrazione) per la costituzione di situazioni di vincolo legittimo, per quei soggetti diversi dalle parti di un atto giuridico privato e che si vengano a trovare in posizione differenziata e qualificata rispetto all’atto medesimo”; con la conseguenza che: “(...) mentre tra le parti di un atto privato (il genere proprio dell’arbitrato) l’ordinamento riconosce e garantisce in generale la produzione di situazioni effettuali omologabili a quelle che si producono mediante esercizi di *imperium* (come la ‘forza di legge’ del contratto o la ‘cosa giudicata’ del lodo), viceversa, nei confronti dei terzi, il riconoscimento non può parimenti riuscire generale, ma postula una particolare mediazione del pubblico potere”.

³¹⁶ Secondo S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 256, alla sentenza pronunciata dalla Corte d’appello, pendente l’impugnazione avverso essa, potrebbe al più riconoscersi un effetto *precario* in applicazione dell’art. 337, comma 2, c.p.c., che equivarrebbe: “(...) non certo un’efficacia di accertamento sostanziale”, ma, quantomeno, un vincolo sull’oggetto processuale. V. anche C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze*, cit., 392.

³¹⁷ V., in proposito, Cass. 24 settembre 1996, n. 8407, in *Rep. Foro it.* 1996, voce *Arbitrato* (0480), n. 136, per la quale: “Qualora gli arbitri esauriscano la loro pronuncia in una declinatoria di competenza, emettono una decisione non suscettibile di passare in giudicato (perché emessa da arbitri incompetenti) che non si sottrae all’impugnazione di nullità, in quanto fondata non già su di un *error in iudicando*, alla cui sindacabilità le parti possono liberamente rinunciare, pattuendo la

zione di cui agli artt. 829, comma 1, n. 1, c.p.c., per la quale: “L’impugnazione per nullità è ammessa, *nonostante qualunque preventiva rinuncia* (...): 1) se la convenzione d’arbitrato è invalida, ferma la disposizione dell’articolo 817, terzo comma”. Ammettere, in via interpretativa, un “naturale” effetto vincolante extra-processuale del lodo pronunciatosi sulla questione della “competenza” degli arbitri significherebbe, secondo Izzo, riconoscere al provvedimento un’autorità che lo stesso non può assumere, *neppure ove siano le parti a domandare agli arbitri un accertamento pieno sulla convenzione arbitrale*³¹⁸.

Insomma, non potrebbe concepirsi alcun vincolo, per i futuri arbitri o per il giudice statale, quale riflesso di quello determinatosi, a seguito dell’incontrovertibilità della decisione arbitrale sulla *potestas iudicandi* arbitrale³¹⁹, in capo alle parti³²⁰, perché solo *attraverso il filtro di una decisione resa in sede di impugnazione* del lodo potrebbe prodursi un vincolo “esterno”³²¹. Le uniche decisioni, nell’ambito di un giudizio arbitrale, idonee a spiegare un’efficacia conformativa su un giudizio statale introdotto sul merito rientrante nell’ambito di applicazione del patto arbitrale, sarebbero, allora, da un lato, quella definitiva resa in sede di im-

non impugnabilità del lodo, ma omettono di pronunciare sulle domande sottoposte al loro esame, onde la pronuncia stessa è impugnabile ai sensi dell’art. 829 n. 4 c.p.c.”.

³¹⁸ S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 243.

³¹⁹ Secondo S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 240 ss., nessun argomento in favore di un’efficacia vincolante derivante da un lodo sulla *potestas iudicandi*, definitivo perché non impugnato e non più impugnabile, potrebbe desumersi dall’art. 830, comma 3, c.p.c., ai sensi del quale: “Quando la corte d’appello non decide nel merito, alla controversia si applica la convenzione di arbitrato, salvo che la nullità dipenda dalla sua invalidità o inefficacia”. Ciò perché trattasi di previsione eccezionale, che rappresenterebbe una espressa deroga alla normale efficacia endoprocessuale delle decisioni su questioni di rito, non applicabile per analogia. Gli effetti previsti dalla norma, del resto, sono ricollegati ad una pronuncia di un giudice dello Stato (la cui competenza a decidere nel merito non è in discussione), e sono effetti caratteristici di una sentenza, ossia di un provvedimento rispetto al quale ben può predicarsi un’efficacia non solo nei confronti delle parti, ma altresì nei confronti di: “(...) coloro che non sono soggetti all’autorità della cosa giudicata”. Ciò che non potrebbe valere, al di là di quanto dispone l’art. 824 *bis* c.p.c., per un lodo.

³²⁰ Come invece sostenuto a suo tempo da F.P. LUISO, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, in *Riv. arb.* 1997, 526, per il quale gli organi giudicanti successivamente aditi dovrebbero rispettare il precedente giudicato, nella misura in cui esso: “(...) vincola le parti”.

³²¹ Già Cass. 25 luglio 1997, n. 6950, in *Giust. civ.* 1998, I, 476 e in *Foro it.* 1998, I, 898 statuiva, dopo aver escluso qualsivoglia vincolo, per il giudice statale, discendente dalle statuizioni degli arbitri sulla loro *potestas iudicandi*, come spettasse solo al giudice investito della nullità del lodo: “(...) risolvere, in via definitiva, ogni questione relativa alla competenza arbitrale”, non potendo esso accogliere l’impugnazione di nullità in ragione dell’accertata insussistenza della “competenza” degli arbitri, affermando contestualmente che resterebbe: “(...) impregiudicata, nel giudizio davanti al giudice ordinario, la questione stessa della competenza arbitrale”; per un commento a tali statuizioni v. C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione*, cit., 673.

pugnazione per nullità del lodo, ossia la sentenza della Corte d'appello³²² e, dall'altro, la decisione della Cassazione resa in sede di impugnazione proposta avverso la sentenza della Corte d'appello.

Sempre nel quadro delle ricostruzioni che tendono a negare ogni automatismo tra inoppugnabilità della decisione sulla *potestas iudicandi* e sua efficacia extraprocessuale, circoscrivendo il fenomeno solo ad alcune fattispecie, ad esclusione di altre, v'è chi ritiene che, in linea di principio, nessuna efficacia extraprocessuale possa discendere da una pronuncia con cui il giudice o l'arbitro si limitino a rilevare, a seguito dell'eccezione proposta da una parte, che *esiste o non esiste* una convenzione di arbitrato, oppure che, essendo sorto un contrasto tra le parti sul punto, la controversia *rientra o meno* fra quelle deferite agli arbitri³²³; in tali casi la decisione avrebbe per oggetto la sola questione di competenza, insuscettibile di acquisire la forza del giudicato materiale. Allorquando, invece, una decisione, giudiziale o arbitrale, affermi la validità o l'efficacia e, specularmente, l'invalidità e l'inefficacia di una convenzione di arbitrato contestata, essa sarebbe idonea alla produzione di effetti extraprocessuali e vincolanti³²⁴, ma solo se le parti abbiano chiesto espressamente una pronuncia idonea al giudicato (negli stessi termini in cui avrebbero potuto chiederla anche in un giudizio in via principale); in tale ultimo caso, infatti, la decisione sulla "competenza" sarebbe mediata da una piena cognizione e da una apposita decisione, che non potrebbe non rientrare nella logica di cui all'art. 2909 c.c. (e quindi produrre gli effetti del giudicato sostanziale, tra cui il vincolo extraprocessuale, una volta divenuta irretrattabile)³²⁵. In caso contrario, si avrebbe una mera decisione incidentale su questione, priva di qualsivoglia efficacia esterna³²⁶.

Permarrebbero, ovviamente, alcune differenze tra le pronunce del giudice statale e dell'arbitro aventi ad oggetto la convenzione arbitrale, dovute, tuttavia, più

³²² S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 256, per la quale, come già ricordato in precedenza, alla sentenza della Corte d'appello potrebbe riconoscersi, ove impugnata, quantomeno l'autorità di cui all'art. 337, comma 2, c.p.c., consentendo al giudice dinanzi al quale venisse invocata di sospendere il giudizio in attesa dell'esito del giudizio di cassazione (salvo ritenere tale sospensione *necessaria* in base al ripensamento operato dalle Sezioni Unite con la decisione n. 10027 del 9 giugno 2012, come alternativa obbligata ogniqualvolta il giudice decida di non conformarsi spontaneamente al contenuto della sentenza impugnata ed invocata dinanzi ad esso).

³²³ G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5ª ed., cit., 20 ss.

³²⁴ G. VERDE, *ibidem*.

³²⁵ G. VERDE, *ibidem*.

³²⁶ M. BOVE, *Aspetti problematici*, cit., 79; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5ª ed., cit., 24 ss. per il quale l'inapplicabilità dell'art. 45 c.p.c. (e dunque dell'istituto del regolamento di competenza d'ufficio) ai rapporti arbitro-giudice implica che il giudice o l'arbitro dinanzi al quale la causa sia riassunta, qualora si ritenga sfornito di competenza, possa a sua volta emanare una decisione di incompetenza, impugnabile secondo le previsioni di legge.

alle particolari regole che ne determinano la forma e la tempistica, che non al loro contenuto ed efficacia. Con riferimento al lodo arbitrale, in particolare, l'art. 817, comma 1, c.p.c. si limita a statuire che gli arbitri: "(...) decidono sulla propria competenza", senza disporre alcunché quanto alla forma, al contenuto o all'efficacia del loro provvedimento. Tuttavia, un insieme di altre norme concorrono a definire lo spettro di provvedimenti da essi adottabili, nel caso in cui debbano pronunciarsi su contestazioni attinenti a validità, contenuto e ampiezza della convenzione d'arbitrato o alla loro regolare costituzione. Da un lato, l'art. 819 c.p.c. dispone che: "Gli arbitri *risolvono* senza autorità di giudicato tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia, anche se vertono su materie che non possono essere oggetto di convenzione di arbitrato, salvo che debbano essere decise con efficacia di giudicato per legge"; dall'altro, l'art. 820, comma 4, lett. c), c.p.c., in relazione al profilo del termine per la pronuncia del lodo, distingue tra *lodo non definitivo* e *lodo parziale*.

Secondo Verde, in linea di principio, qualora ritengano di essere forniti di *potestas iudicandi* e intendano risolvere separatamente, ma sempre *incidenter tantum*, la questione, gli arbitri dovrebbero adottare un *lodo non definitivo*, che assumerebbe tuttavia la forma di un *lodo definitivo* nel caso in cui, ritenendosi sforniti del potere decisorio, decidano di terminare il giudizio. L'art. 816 *bis*, ultimo comma, c.p.c., tuttavia, consentirebbe loro di limitarsi a pronunciare ordinanza³²⁷, qualora ritengano di affermare separatamente la sussistenza della propria competenza³²⁸ (sebbene tale opzione non appaia condivisa dalla prevalente giurisprudenza³²⁹).

Una decisione affermativa della loro "competenza" dovrebbe poter essere

³²⁷ *Contra* G.P. CALIFANO, *Sul provvedimento dell'arbitro che afferma la propria competenza*, in *Riv. arb.* 2017, 493 e 495, per il quale: "I provvedimenti del giudice togato, dichiarativi o declinatori della propria competenza in relazione ad una convenzione di arbitrato (...) acquistano, per espressa previsione di legge (...) la forma di sentenza (...). E, dunque, non meraviglia che anche gli arbitri sulle medesime questioni si pronuncino con lodo (definitivo o non definitivo) e non con ordinanza".

³²⁸ Ai sensi del quale su tutte le questioni che si presentano nel corso del giudizio gli arbitri, ove non ritengano di provvedere con lodo non definitivo, provvedono con ordinanza revocabile non soggetta a deposito.

³²⁹ V., *ex multis*, Cass. 10 aprile 2014, n. 8457; Cass. 7 novembre 2012, n. 19268; Cass. 6 aprile 2012, n. 5684, secondo cui gli arbitri dovrebbero, in tal caso (perpetuando una confusione di qualificazione tra questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali di carattere processuale: su cui v. Cass. 14 luglio 2011, n. 15474), pronunciare sempre un lodo parziale. Il tema della forma dei provvedimenti arbitrali, allorché decidano non su domande, ma su questioni, è stato da sempre molto dibattuto. Per una rassegna delle diverse posizioni sostenute v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 802 ss.; F. GHIRGA, *Sub art. 816 bis c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Padova 2010, 212 ss.; P. COMOGLIO, *Lodo parziale e lodo non definitivo dopo l'ultima riforma*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 615.

adottata, invece, con *lodo parziale*³³⁰, tutte le volte in cui una parte abbia formulato esplicita domanda di accertamento incidentale in relazione alla questione della validità od efficacia del patto arbitrale, in quanto l'art. 819 c.p.c., che pure prevede che gli arbitri decidano con efficacia di giudicato solo quando ciò sia espressamente previsto dalla legge, dovrebbe fare i conti con l'art. 34 c.p.c. e con il principio della domanda, di cui costituisce applicazione³³¹. Secondo Verde, solo nel caso da ultimo menzionato la decisione degli arbitri sulla propria "competenza" sarebbe idonea ad esplicare efficacia esterna e vincolante, seppur limitatamente ai profili attinenti alla *validità* o all'*efficacia* della convenzione arbitrale, non, invece, a quelli relativi all'*esistenza* o all'*ambito, oggettivo o soggettivo, di applicazione* della stessa, per i quali si avrebbe sempre e solo un accertamento *meramente incidentale*.

4.4.1.3. *L'orientamento prevalente in giurisprudenza, contrario ad ammettere qualsivoglia efficacia extraprocessuale e vincolante alle decisioni, del giudice e dell'arbitro, rese sulla potestas iudicandi arbitrale*

Per quanto riguarda la giurisprudenza, si è visto che la posizione tradizionale è sempre stata nel senso dell'inidoneità delle decisioni, arbitrali e giudiziali, sulla *potestas iudicandi* arbitrale, ad esplicare qualsivoglia efficacia esterna e vincolante, in quanto ritenute decisioni su una questione di "competenza", e dunque di mero rito³³².

A ciò si aggiungeva la convinzione che gli arbitri, in quanto "giudici privati" operanti *al di fuori* della giurisdizione statale, non potessero essere vincolati non solo gli accertamenti compiuti dai giudici di merito, ma financo alle pronunce regolatrici della competenza pronunciate dalla Suprema Corte.

Nemmeno a seguito del noto *revirement* del 2000, con cui le Sezioni Unite hanno ricondotto l'*exceptio compromissi* alla categoria delle *eccezioni di natura sostanziale* e la decisione su di essa alla categoria delle *pronunce di merito*, la giurisprudenza si è mai spinta sino a ricondurre l'oggetto di queste decisioni nell'alveo della previsione di cui all'art. 34 c.p.c.³³³.

Le posizioni della giurisprudenza prevalente non sono mutate a seguito del

³³⁰ Sebbene, sotto il profilo delle modalità di proposizione della questione di competenza, non sussista alcuna significativa distinzione di regime tra mera eccezione e domanda con cui si chiedi un accertamento pieno sulla validità o l'efficacia del patto (v. in tal senso il comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c. e il comma 2 dell'art. 817 c.p.c.), solo il lodo parziale sarebbe immediatamente impugnabile: non, però, con regolamento di competenza, bensì con l'impugnazione di nullità.

³³¹ Così G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5^a ed., cit., 25.

³³² V., *supra*, il capitolo secondo.

³³³ V., *ex multis*, Cass. S.U. 6 luglio 2005, n. 14205.

nuovo contesto normativo introdotto dalla riforma del 2006. I giudici di legittimità, infatti, nonostante qualche sporadica pronuncia in senso contrario³³⁴, continuano a ribadire *l'inidoneità della decisione resa sul patto compromissorio ad esplicare effetti al di fuori del giudizio in cui sia stata resa*. Emblematica, in tal senso, Cass. 8 giugno 2007, n. 13508, secondo la quale: “(...) la mancata impugnazione della pronuncia sulla competenza dà luogo soltanto a giudicato formale che preclude la riproposizione della questione davanti al giudice dello stesso processo, ma non fa stato in un diverso processo promosso dalle parti dinanzi a un giudice diverso e, meno che mai, nel giudizio arbitrale (...)”³³⁵.

³³⁴ V., in particolare, Cass. 25 ottobre 2017, n. 25254, ord., in *Riv. arb.* 2018, 679 ss., nt. D. AMADEI, *Giudicato implicito anche per la questione relativa alla convenzione d'arbitrato*, cit., per la quale: “(...) qualora il giudice ritenga di non pronunciare sulla eccezione di clausola arbitrale e si limiti a pronunciare sulla eccezione subordinata di incompetenza territoriale in tal modo affermando la ‘*potestas decidendi*’ del giudice statale e ritenendo con decisione implicita insussistente la competenza arbitrale, il relativo provvedimento in rito non è contestabile ‘*ex officio*’ dal giudice ‘*ad quem*’, stante i limiti invalicabili dell’art. 45 c.p.c. ed è suscettivo di impugnazione esclusivamente attraverso il rimedio del regolamento necessario di competenza ex art. 42 c.p.c. avverso l’ordinanza del primo giudice; in mancanza la questione relativa alla clausola arbitrale è ormai preclusa ed il regolamento di competenza deve essere dichiarato inammissibile”. V., anche, Trib. Milano 30 novembre 2012, in *Riv. arb.* 2014, 367 ss., nt. D. AMADEI, *Vie parallele ed efficacia del lodo sul processo giurisdizionale*, che ha statuito che la pronuncia, con la quale gli arbitri, ai sensi dell’art. 817, comma 1, c.p.c., dichiarano la propria competenza in forza della convenzione arbitrale, sarebbe, ai sensi dell’art. 282 c.p.c., *immediatamente produttiva di effetti sul giudizio statale parallelamente pendente sulla medesima causa, senza la necessità di attenderne il passaggio in giudicato formale*. Per App. Milano 28 settembre 2011, in www.ilcaso.it, la decisione definitiva, con cui un altro giudice, rilevando l’esistenza di un patto compromissorio, abbia affermato la sussistenza della *potestas iudicandi* arbitrale, *costituirebbe giudicato, idoneo a vincolare la diversa autorità giudiziaria dinanzi alla quale sia dedotta una controversia, relativa al rapporto giuridico cui acceda la medesima convenzione arbitrale*. Su posizioni analoghe sembrerebbe Cass. 26 novembre 2010, n. 24082, relativa a un caso in cui il giudice adito in primo grado aveva respinto l’*exceptio compromissi* e, al contempo, aveva declinato la propria competenza in favore di altro giudice. La statuizione sull’*exceptio compromissi* non era stata impugnata e, dinanzi al giudice *ad quem*, il convenuto in riassunzione aveva nuovamente fatto valere la sussistenza del patto compromissorio. Investita della questione ai sensi dell’art. 45 c.p.c., la Suprema Corte ha dichiarato l’inammissibilità dell’istanza, rilevando che, nel caso di specie, il giudice *ad quem* avrebbe potuto sollevare il conflitto di competenza solo per contestare il criterio attributivo della competenza “interna” all’ordinamento giudiziario, ma non anche mettere in discussione la questione inerente alla (in)competenza arbitrale. V., da ultimo, Cass. 12 novembre 2015, n. 23175, per la quale, a seguito della mancata impugnazione, con regolamento di competenza, della pronuncia resa dall’A.G.O. sull’eccezione di compromesso, si formerebbe un giudicato, che stabilisce irreversibilmente la competenza degli arbitri.

³³⁵ V. anche Cass. S.U. 12 gennaio 2007, n. 412, sia pur con riferimento ad una clausola per arbitrato estero. V. anche, in tal senso, Cass. 8 ottobre 2014, n. 21213, per la quale: “La sentenza dichiarativa della improponibilità della domanda, perché devoluta alla cognizione degli arbitri, non vincola questi ultimi quanto alla giuridica esistenza e alla validità della clausola compromissoria, spettando ad essi di verificare la regolarità della loro investitura ad opera dei contraenti. Ne consegue che il giudicato derivante dall’omessa impugnazione di quella statuizione è meramente formale, preclusivo

4.4.1.4. *L'orientamento favorevole ad attribuire efficacia extraprocessuale e vincolante alle decisioni, del giudice e dell'arbitro, rese sulla potestas iudicandi arbitrale*

In senso opposto alle posizioni, dottrinali e giurisprudenziali, sin qui illustrate, un'altra parte della dottrina (che nel corso degli anni è andata raccogliendo sempre maggiori adesioni) è invece favorevole ad attribuire in maniera tendenzialmente generalizzata un'efficacia extraprocessuale alle decisioni, arbitrali o giudiziali, sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, sebbene ciò avvenga sulla base di ricostruzioni teorico-sistematiche e percorsi argomentativi anche profondamente differenti tra loro.

4.4.1.4.1. *L'inquadramento lato sensu "meritale" dell'oggetto delle decisioni, giudiziali e arbitrali, sulla potestas iudicandi arbitrale*

Un primo gruppo di autori prende le mosse dalla disposizione di cui al comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c., da un lato, per sottolineare il carattere *lato sensu meritale* o *sostanziale* della questione della *potestas iudicandi* arbitrale, che altrimenti non potrebbe essere autonomamente dedotta in quel giudizio; dall'altro, per estendere gli stessi effetti, di accertamento incontrovertibile e vincolante, discendenti da una decisione definitiva resa *ex* comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c. anche alle pronunce, *arbitrali* e *giudiziali*, sulla medesima questione (pur se solo *sollevata in via di eccezione*), rese nell'ambito di giudizi vertenti sul merito di una lite, sull'assunto che la questione oggetto di decisione rimarrebbe, in entrambi le fattispecie, la medesima³³⁶.

Si ritiene, infatti, che in entrambi i casi la questione della *potestas iudicandi* arbitrale, lungi dal poter essere ridotta a mera questione di competenza (e, dunque, *di rito*), ché altrimenti non potrebbe, secondo i principi generali, essere dedotta in giudizio *in via principale* e formare oggetto di un autonomo accertamento³³⁷, as-

della riproposizione della medesima questione davanti al giudice dello stesso processo, ma non in un diverso giudizio promosso dalle parti dinanzi ad altro giudice, né spiega efficacia vincolante in un successivo procedimento arbitrale, che non è la prosecuzione di quello originariamente instaurato, ma costituisce una definizione negoziale della lite, la cui previsione comporta l'improponibilità suddetta per effetto della rinuncia delle parti alla giurisdizione"; Cass. 7 novembre 2012, n. 19268, ord.

³³⁶ In questo senso v. F.P. LUISO, *Rapporti tra arbitro e giudice*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, cit., 120 ss.; ID., *Ancora sui rapporti*, cit., 526; S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 84, per la quale, come già osservato in precedenza, la tipologia del provvedimento giudiziale (di merito o meramente processuale) non può mutare: "(...) solo perché il giudizio sulla convenzione sia stato richiesto in via principale, ovvero nell'ambito di un processo a contenuto più ampio".

³³⁷ Per G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 384; ID., *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale*, cit., 1365 ss., l'autonoma deducibilità in giudizio della convenzione arbitrale ai sensi del-

surgerebbe al rango di *bene della vita autonomo* (rispetto al rapporto giuridico sostanziale cui accede la convenzione arbitrale³³⁸), integrando le condizioni per poter essere trattata, sul piano processuale, come *vera e propria questione pregiudiziale di merito*³³⁹, e non già quale semplice questione preliminare di merito o mero elemento costitutivo del rapporto principale³⁴⁰.

l'art. 819 *ter*, comma 3, c.p.c. sarebbe una prova del fatto che i rapporti tra arbitrato e giurisdizione ordinaria non possono essere ricondotti alla categoria della competenza in senso tecnico, non essendo altrimenti giuridicamente concepibile una domanda di questo tipo; così anche B. CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme*, cit., 875; ID., *Arbitrato e giurisdizione*, in *www.judicium.it*, per il quale la c.d. "competenza" degli arbitri presupporrebbe sempre: "(...) non l'esame di una norma, bensì di un negozio, del quale vanno verificate 'validità ed efficacia'". La necessità di uscire "dalle secche" in cui si cade volendo a tutti i costi ricondurre la pronuncia (arbitrale e giudiziale) sulla convenzione di arbitrato entro lo schema della competenza, facendo applicazione della relativa disciplina, è avvertita anche da B. SASSANI, nota a Corte cost. 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. arb.* 2014, 113 e da R. FRASCA, *Corte cost. n. 223 del 2013 e art. 819 ter c.p.c.: una dichiarazione di incostituzionalità veramente necessaria?*, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Foro it.* 2013, I, 2705.

³³⁸ Così E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 658; L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 587 ss., spec. 589; ID., *Il rapporto tra arbitro e giudice dopo la decisione della Consulta*, cit., 389. Secondo l'autrice, la questione di cui si discute, per quanto miri alla ripartizione del potere decisorio tra due organi che appartengono al medesimo ordinamento *lato sensu* inteso, non dovrebbe essere assimilata ad una questione di rito *tout court*, integrando l'oggetto della decisione, al di là o comunque tramite la valutazione della esistenza, validità ed efficacia di un patto arbitrale, *un autonomo bene della vita*, consistente nella scelta di uno strumento di risoluzione delle controversie dalle caratteristiche, modalità e benefici non comparabili con quello giurisdizionale. In tal senso, già prima della riforma, C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione*, cit., 671.

³³⁹ S. IZZO, *Appunti sull'eccezione di compromesso*, cit., 460 ss., per la quale lo schema della pregiudizialità *tecnica* sarebbe in tal caso integrato dall'autonomia della fattispecie (tale da legittimare la deduzione in un autonomo giudizio) e dal fatto che essa abbia ad oggetto un rapporto *diverso* da quello principale e, al contempo, che dalla sua definizione dipenda l'esistenza di quest'ultimo. Evidentemente, il rapporto di pregiudizialità non interesserebbe, in tal caso, il diritto azionato, ma *il diritto all'azione*.

³⁴⁰ Le questioni *preliminari* di merito condividono con le questioni *pregiudiziali* di merito il fatto che dalla loro definizione dipende la decisione della causa. Per il resto le prime si differenziano dalle seconde nella misura in cui non sono dotate di intrinseca autonomia, suscettibili cioè di divenire causa autonoma (come tale azionabili anche in separato giudizio), non avendo ad oggetto un rapporto giuridico sostanziale *diverso* da quello principale, dalla cui esistenza dipenda l'esistenza di quest'ultimo e la cui inesistenza renda superfluo l'esame degli altri elementi della fattispecie, ma solo un elemento costitutivo della fattispecie. Come tali non possono essere trasformate, nel corso di un giudizio e ai sensi dell'art. 34 c.p.c., in cause pregiudiziali, sì da poter essere decise con efficacia di giudicato ai sensi dell'art. 2909 c.c. Un'eventuale sentenza non definitiva su questione preliminare di merito potrebbe al più godere della c.d. efficacia panprocessuale, nel senso che, in caso di estinzione, essa può valere solo nei successivi giudizi fra le parti aventi ad oggetto la medesima controversia. Tuttavia, nel contesto arbitrale si ritiene che una

In tale ottica, una decisione, arbitrale e giudiziale, sulla *potestas iudicandi* arbitrale, resa nell'ambito di un giudizio sul merito della lite, sarebbe idonea, negli stessi termini di una decisione resa *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c., al giudicato sostanziale ai sensi e per gli effetti dell'art. 2909 c.c., tra cui rientra anche il vincolo nei confronti di tutti i giudici e gli arbitri chiamati in un momento successivo a confrontarsi con la medesima questione³⁴¹.

A questa impostazione ricostruttiva è stato peraltro obiettato che la mera previsione dell'autonoma deducibilità della questione in un giudizio statale non implica necessariamente che quella questione si presenti, sempre e in ogni caso, con la *medesima consistenza e nei medesimi termini*, pur se in contesti processuali diversi. Bove, in particolare, che più di tutti ha cercato di contestare la fondatezza logico-sistematica di questo approccio, ha osservato che, da un lato, non si potrebbe parlare di oggetto sostanziale o di merito allorquando quella questione si ponga *solo incidentalmente* nell'ambito di un giudizio vertente su una diversa situazione giuridica sostanziale (che rappresenta l'unico vero "merito" della controversia) rispetto alla quale la questione della sussistenza del potere decisorio dell'organo adito si configurerebbe nulla più che come *questione preliminare*³⁴²; dall'altro, che il mero fatto che un determinato oggetto o questione siano autonomamente deducibili in un giudizio statale non sarebbe di per sé indice della natura sostanziale di

decisione arbitrale su una questione preliminare di merito sia incapace financo di sopravvivere all'estinzione del procedimento: v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 670. Per approfondimenti v. A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 5ª ed., Napoli 2006, 195; E. GARBAGNATI, *Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali*, in *Riv. dir. proc.* 1976, 257 ss.

³⁴¹G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 366 ss. e 384 ss.; B. CAPPONI, *Arbitrato e giurisdizione*, in www.judicium.it; OE. OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri sui presupposti dell'arbitrato*, cit., 59; C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, III, 2ª ed., Torino 2010, 192; A. BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite e la eccezione fondata su accordo compromissorio*, cit., 46; C. CONSOLO, R. MURONI, *L'eccezione di arbitrato rituale come eccezione "di merito"*, cit., 1458.

³⁴²M. BOVE, *La giustizia privata*, 4ª ed., cit., 77 e 80, per il quale altrimenti si correrebbe il rischio di "far saltare" i rapporti tra rito e merito. V. anche ID., *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. civ.* 2002, 418, per il quale, con particolare riferimento agli effetti negativi del patto arbitrale (i.e. l'esclusione della concorrente "competenza" del giudice statale): "(...) il patto compromissorio manifesta tutta la sua processualità, perché è evidente che con esso i privati non hanno disposto del rapporto sostanziale, in ipotesi intercorrente tra loro, ma hanno inciso solo sulla 'via' da percorrere al fine di ottenere tutela per quel rapporto". Parzialmente in tal senso v. anche F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, cit., 775, il quale osserva che, se la convenzione di arbitrato è un atto che produce *essenzialmente effetti processuali* (*positivo*, nella misura in cui fonda il potere degli arbitri di decidere su una determinata lite; *negativo*, nella misura in cui esclude il potere decisorio del giudice statale su quella medesima lite), la pronuncia (arbitrale o giudiziale) che decide sulla convenzione di arbitrato *non potrà che avere ad oggetto quegli stessi effetti*, ossia connotarsi per la funzione di fondare o escludere il potere decisorio, rispettivamente, del giudice o dell'arbitro.

quell'oggetto o di quella questione, sia perché l'ordinamento conosce ipotesi di processi dichiarativi aventi ad oggetto questioni meramente processuali³⁴³, sia perché l'ordinamento contempla fattispecie che possono *bensì* costituire oggetto autonomo ed esclusivo di un giudizio statale dichiarativo (nel cui ambito detta questione verrebbe senz'altro accertata e dichiarata con efficacia di giudicato, dunque vincolante tendenzialmente *erga omnes*), ma che potrebbero anche sorgere come mero incidente nell'ambito di un giudizio avente un diverso oggetto.

È quanto accadrebbe, secondo Bove, nei casi di riconoscibilità, in Italia, di un giudicato straniero, che potrebbe non essere dedotto in via principale al fine di opporsi al riconoscimento, ma solo invocato, sotto forma di eccezione, nell'ambito di un giudizio già pendente, per paralizzarne la proseguibilità del giudizio o, quantomeno, per imporre al giudice adito di conformarvisi.

La cognizione del giudice statale sarebbe in tal caso limitata alla valutazione della fondatezza o meno di quella eccezione³⁴⁴, che rimarrebbe in ogni caso *di rito* (come la relativa decisione, nella misura in cui atterrebbe unicamente alla verifica del potere decisorio del giudice rispetto al diritto sostanziale dinanzi ad esso dedotto), senza trasformarsi in *eccezione di merito* per il sol fatto che la questione ad essa sottesa potrebbe essere (stata) dedotta in via principale in un giudizio di cui andrebbe a costituire l'oggetto esclusivo³⁴⁵.

Bove adduce poi una serie di ulteriori argomentazioni, potenzialmente ostative ai tentativi di far discendere, dalla norma di cui al comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c., inquadramenti e qualificazioni generali, asseritamente applicabili *in ogni caso* alla questione dedotta ai sensi di quella norma e indipendentemente dal contesto in cui essa concretamente sorga. Da un lato, il fatto che l'autonoma deducibilità, in via principale, di quella questione sia ritenuta *bensì* ammissibile dinanzi al giudice statale, *ma non dinanzi all'arbitro* (come si ricaverebbe, *a contrario*, dal combinato disposto degli artt. 24 Cost. e 829, comma 1, c.p.c., che per lo stesso motivo osterebbero all'ammissibilità, nel nostro ordinamento, di un istituto quale la *Kompetenz Kompetenz Klausel*, in voga, quantomeno in passato, nell'ordinamento tedesco). Dall'altro, il fatto che l'inquadramento, sulla base del comma 3

³⁴³ Così M. BOVE, *La giustizia privata*, 4^a ed., cit., 77 e 80, che menziona il caso dell'opposizione agli atti esecutivi di cui all'art. 617 c.p.c. e quello del processo in cui si chiede l'accertamento, in via principale e con forza di giudicato, della questione della riconoscibilità di un giudicato straniero ai sensi dell'art. 67, l. n. 218 del 1995; nonché quello del giudizio *ex artt.* 828 ss. c.p.c., in cui si facciano valere i vizi di un lodo arbitrale (rituale) che, lungi dal configurarsi quale gravame in cui si chieda una nuova decisione di una lite sostanziale già decisa dall'arbitro, ha ad oggetto la questione relativa all'annullabilità del lodo: così anche Cass. 15 ottobre 2014, n. 21836; Cass. 25 luglio 2008 n. 20468.

³⁴⁴ V., espressamente, in tal senso, l'art. 67, comma 1, l. n. 218 del 1995, che recita: "(...) se la contestazione ha luogo nel corso di un processo, il giudice adito pronuncia con efficacia limitata al giudizio".

³⁴⁵ M. BOVE, *La giustizia privata*, cit., 77.

dell'art. 819 *ter* c.p.c., della pronuncia dell'arbitro sulla *propria potestas iudicandi* in termini di decisione di merito, ove resa su detta questione anche quando sollevata incidentalmente nel corso di un arbitrato vertente su un *diverso* "merito sostanziale", avrebbe come conseguenza la sua soggezione, in sede di successiva impugnazione per nullità, *ad un diverso e più limitato sindacato giudiziale* (quello, appunto, riservato alle decisioni di merito dell'arbitro, tendenzialmente limitato ad un controllo, "estrinseco", della legittimità della condotta processuale degli arbitri, della logicità, completezza e non contraddittorietà della motivazione o della correttezza nell'applicazione delle regole sull'interpretazione dei contratti), rispetto a quello pieno, diretto e non filtrato dalla precedente valutazione compiuta dagli arbitri – di norma applicabile alle statuizioni degli arbitri attinenti alla propria "competenza"³⁴⁶.

Secondo Bove, tali rilievi dovrebbero indurre alla conclusione che la ricostruzione della questione della *potestas iudicandi* arbitrale in termini *meritali*, seppur in linea di principio predicabile, ma con le viste riserve, di fronte al giudice, non potrebbe invece mai valere in riferimento ad una decisione arbitrale, al fine di attribuire la forza del giudicato vincolante alla declinatoria di "competenza" pronunciata da un arbitro³⁴⁷.

Sempre nell'ambito di una prospettiva *lato sensu* meritale, un'altra parte della dottrina rinviene nella norma di cui al comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c. una conferma della natura irriducibilmente contrattuale dell'accordo compromissorio, il quale, pur caratterizzandosi per l'esplicazione di effetti prevalentemente sul piano processuale (tra cui, *in primis*, quello di escludere, in relazione alle controversie rientranti nel suo ambito di applicazione, la competenza del giudice ordinario, in favore di quella del giudice privato), non si discosterebbe, sotto il profilo genetico, contenutistico, strutturale e funzionale, da un comune negozio di diritto privato,

³⁴⁶ Secondo M. BOVE, *ibidem*, infatti, ove la decisione arbitrale sulla propria "competenza" fosse ricondotta *al merito* e non *al processo*, risulterebbe, in sede di impugnazione per nullità, al pari dei lodi definitivi che decidono sul merito della lite, *insindacabile* per errori di fatto e sindacabile per errori di diritto solo ove emerga la violazione di norme inderogabili (oltre che nel caso in cui le parti si siano preventivamente accordate in tal senso), con il risultato di escludere un vero controllo statale sulla sussistenza o meno dei presupposti per l'esercizio del potere decisorio da parte degli arbitri: ciò, secondo l'autore, contrasterebbe non solo con l'art. 829, comma 1, c.p.c. (divieto di rinuncia preventiva all'impugnazione per i motivi elencati da quella stessa norma), ma altresì con i principi costituzionali, tra cui, *in primis*, il comma 1 dell'art. 24 Cost.

³⁴⁷ Secondo M. BOVE, *ibidem*, la ricostruzione criticata parrebbe in contrasto financo con l'art. 34 c.p.c., ai sensi del quale una questione pregiudiziale di merito è di regola conosciuta *solo incidentalmente* nell'ambito di un giudizio su un oggetto più ampio, potendo essere decisa con efficacia di giudicato solo per espressa previsione di legge o su esplicita domanda di una delle parti. Non sussisterebbe dunque, alcuna norma che imponga al giudice statale di decidere sempre con efficacia di giudicato sull'*exceptio compromissi*. Su questo profilo si registra in effetti un contrasto tra i fautori della qualificazione "meritale" della questione della *potestas iudicandi* arbitrale, di cui si darà conto subito *infra*, nel testo.

soggetto, come tale, a tutte le azioni (di accertamento e/o costitutive) ammesse dalla legge con riferimento ai negozi giuridici e, in particolare, ai contratti³⁴⁸. Sarebbe proprio il carattere contrattuale-negoziale dell'accordo a determinare la natura meritale o sostanziale dell'oggetto del suo accertamento, in sede sia arbitrale che giudiziale, consentendo alla relativa pronuncia, divenuta inoppugnabile, di assumere la forza del giudicato (appunto, sostanziale), come tale assistita da un'efficacia extraprocessuale e vincolante, allo stesso modo in cui risulta idonea al giudicato la pronuncia resa bensì sulla medesima questione, ma nell'ambito di un giudizio instaurato *ex art. 819 ter c.p.c.*³⁴⁹.

Nell'ambito di questo filone interpretativo, Ruffini mette ad esempio l'accento sul fatto che, dall'attuale formulazione del comma 1 dell'art. 817 c.p.c., discenderebbe che la semplice insorgenza della questione attinente alla sussistenza della *potestas iudicandi* arbitrale (a seguito di contestazione sollevata dalla parte) sarebbe sufficiente a consentire agli arbitri di pronunciare una vera e propria *decisione* sulla propria *potestas iudicandi*, senza limitarsi, invece, ad una mera cognizione incidentale; il dato testuale sarebbe infatti chiaro ed univoco in tal senso, nella misura in cui utilizza l'espressione "decidere" e non, invece, quella di "risolvere ai fini di stabilire la sussistenza propria *potestas iudicandi*". A sua volta, l'idoneità di un lodo che abbia deciso sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, non solo a produrre, fra le parti, l'efficacia di cui all'art. 824 *bis* c.p.c., ma altresì a *vincolare* (qualsiasi sia il suo esito, affermativo o declinatorio della "competenza" arbitrale³⁵⁰), una volta divenuto inoppugnabile, un giudice statale dinanzi al quale dovesse venire sollevata, in un momento successivo, la medesima questione³⁵¹, di-

³⁴⁸ V., in tal senso, C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, 2ª ed., 2012, 674 e, prima della riforma, ID., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I e II, 2000, risp. 426 e 206 ss., nonché L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, cit., 88.

³⁴⁹ C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, Padova 2012, I, 204 ss.

³⁵⁰ Osservano S. SATTÀ, C. PUNZI, *Diritto processuale civile. Appendice di aggiornamento*, 2007, 178, che il lodo con cui gli arbitri abbiano declinato la propria "competenza" in ragione della ritenuta inesistenza o invalidità del patto arbitrale, avverso il quale non sia stata esperita o accolta l'impugnazione per nullità, impedirebbe: "(...) la riproposizione della medesima controversia dinanzi allo stesso o ad altro collegio arbitrale [sulla base di quel medesimo patto] ed esclude che il giudice statale possa dichiararsi incompetente, in favore degli arbitri, in relazione alla medesima controversia"; così anche F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, cit., 120 ss. A una conclusione simile perviene anche M. BOVE, *Aspetti problematici nella nuova disciplina*, cit., 79, che, se in linea di principio nega una vera e propria efficacia extraprocessuale al lodo con cui gli arbitri declinino la propria "competenza", ricollega a tale pronuncia declinatoria la sopravvenuta inefficacia del patto arbitrale.

³⁵¹ Così G. RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 285. Aderisce a questa conclusione, come visto, sebbene attraverso un diverso percorso argomentativo, anche F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, cit., 120 ss., secondo il quale il giudice sarebbe vincolato ad

scenderebbe dal combinato disposto dei commi 1 dell'art. 817 c.p.c. e 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c. (la cui lettura, *a contrario*, confermerebbe l'ammissibilità di un giudizio avente come esclusivo oggetto l'(in)validità o l'(in)efficacia di una convenzione di arbitrato³⁵²).

Non sarebbe in particolare necessario, secondo Ruffini, ricorrere alla teoria del c.d. *antecedente logico necessario*³⁵³, estendendone l'applicabilità anche a decisioni su *oggetti processuali*, "di rito", proprio perché sarebbe lo stesso dato normativo ad imporre un tale effetto, con la sola particolarità che, in deroga all'art. 819 c.p.c. (per il quale gli arbitri *risolvono*, di norma, *senza autorità di giudicato*, tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia: "(...) salvo che debbano essere decise con efficacia di giudicato per legge"), non sarebbe qui necessaria un'apposita domanda di parte, risultando sufficiente la semplice contestazione in via di eccezione³⁵⁴.

Allo stesso risultato dovrebbe pervenirsi, secondo Ruffini, a scenari invertiti, con riferimento, cioè, ad una decisione del giudice statale passata in giudicato sulla questione della sussistenza o meno della *potestas iudicandi* arbitrale³⁵⁵; e ciò sia per coerenza sistematica con il disposto di cui all'art. 819 *ter*, comma 3, c.p.c. e con la conclusione sopra illustrata circa l'efficacia extraprocessuale della decisione degli arbitri sulla convenzione di arbitrato³⁵⁶; sia per esigenze di coordinamento, perché escludere l'efficacia vincolante della decisione del giudice statale sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale vanificherebbe ogni possibilità di coordinamento preventivo tra le due procedure e tra le rispettive decisioni³⁵⁷; sia, infine,

un lodo arbitrale non impugnato (o rispetto al quale sia stata rigettata l'impugnazione) solo *indirettamente*, come conseguenza del vincolo *diretto* che tale lodo produce nei confronti delle parti. In favore di tale vincolo discendente da una pronuncia arbitrale non più impugnabile è anche S. MENCHINI, *Impugnazioni del lodo "rituale"*, in *Riv. arb.* 2005, 843 ss., *passim*; ID., *Impugnazioni del lodo "rituale"*, in AA.VV., *La riforma della disciplina dell'arbitrato* (a cura di E. FAZZALARI), 2006, 179 ss., spec. 185, nt. 11.

³⁵² F.P. LUIO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, cit., 114 ss.

³⁵³ Su cui v. subito *infra*, nel testo.

³⁵⁴ G. RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 285 ss.

³⁵⁵ G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 384; C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, 6^a ed., Padova 2008, 185 ss.; S. BOCCAGNA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in C. CONSOLO, F.P. LUIO (a cura di), *Codice di procedura commentato*, cit., par. 2, nt. 10.

³⁵⁶ F.P. LUIO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, cit., 128 ss.; *contra* M. BOVE, *Aspetti problematici*, cit., 79.

³⁵⁷ Si dovrebbe, infatti, postulare la mancanza di tale efficacia vincolante financo nei confronti dell'ordinanza resa dalla Corte di cassazione in sede di regolamento di competenza, arrivando dun-

perché l'istituto della domanda di mero accertamento vertente esclusivamente sulla convenzione arbitrale, destinata ad essere decisa con sentenza idonea a vincolare gli arbitri e i giudici successivamente aditi sulla medesima questione, osterebbe ad una lettura del disposto di cui al comma 2 dell'art. 817 c.p.c. (secondo cui il potere degli arbitri di decidere sulla propria competenza si applica: "(...) anche se i poteri degli arbitri sono contestati in qualsiasi sede per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento"), nel senso che gli arbitri *non sarebbero tenuti a rispettare nemmeno l'autorità di una sentenza passata in giudicato* del giudice statale, che abbia risolto una volta per tutte dette contestazioni³⁵⁸.

In linea di principio, la dottrina favorevole ad attribuire un'efficacia extraprocessuale alle decisioni del giudice e dell'arbitro sulla convenzione arbitrale, rese nell'ambito di un giudizio vertente sul merito della lite e divenute inoppugnabili, ritiene che a tale conclusione non osti il principio *Kompetenz Kompetenz*, la cui vigenza nel nostro ordinamento, anche con riferimento all'arbitrato, è espressamente codificata dall'art. 817 c.p.c. Si ritiene infatti che la *ratio* di tale principio sarebbe bensì quella di tutelare l'autonomia dell'arbitrato da indebite interferenze giudiziali (come dimostrerebbe il combinato disposto degli artt. 817, comma 2, parte prima e 819 *ter*, comma 1, c.p.c. che, ispirato alla medesima *ratio*, non fa venire meno la competenza degli arbitri, per il solo fatto che sulla medesima controversia penda un giudizio dinanzi ai giudici statali). Tuttavia, con l'introduzione della norma di cui all'art. 819 *ter*, comma 3, c.p.c. (che non potrebbe che presupporre un vincolo *erga omnes* scaturente da una decisione resa al termine del giudizio da essa disciplinato, pena, altrimenti, l'assurdità di concepire uno strumento del tutto privo di utilità), il legislatore avrebbe affermato la pari rilevanza e dignità del principio della certezza del diritto, imponendo che il principio *Kompetenz Kompetenz* vada coordinato con le esigenze di sistema: la tutela dell'autonomia dell'arbitrato, e nello specifico del potere degli arbitri di giudicare autonomamente della propria *potestas iudicandi*, non potrebbe che soccombere di fronte ad un accertamento definitivo e incontrovertibile della questione della *potestas iudi-*

que a prefigurare un insanabile contrasto tra le due procedure nell'ipotesi in cui la Cassazione neghi la competenza del giudice statale in ragione dell'esistenza di un valido patto arbitrale, con provvedimento vincolante per tutti i giudici dei successivi processi, *ma non vincolante per gli arbitri*, liberi di declinare, ciononostante, la propria "competenza" (così G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 383), rinviando così necessariamente, per una soluzione, al termine dei relativi processi e alle norme in tema di conflitti tra giudicati (con prevalenza, secondo l'orientamento prevalente, di quello formatosi per secondo: su cui v., *infra*, i parr. 8 ss. e, in generale, G. DELLA PIETRA, in G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato*, cit., 238 ss.).

³⁵⁸ G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 383 ss.

candi arbitrale, vincolante per tutti i soggetti all'ordinamento³⁵⁹. D'altra parte, come osservato in passato da autorevole dottrina, il principio *Kompetenz Kompetenz* risponderebbe all'idea che scopo del processo sia quello di stabilire la ragione e il torto, non, invece, quello di individuare il giudice competente³⁶⁰.

Nell'ambito dell'orientamento favorevole a riconoscere un'efficacia extraprocessuale alle decisioni, arbitrali e giudiziali, sulla *potestas iudicandi* arbitrale, in ragione, essenzialmente, della riconduzione dell'oggetto di quelle decisioni a una questione *lato sensu* di *merito* o, comunque, di *natura sostanziale*, si distinguono peraltro due diversi approcci quanto alle *modalità attraverso cui* quelle decisioni possono acquistare la forza del giudicato vincolante.

Da un lato, v'è chi ritiene che il combinato disposto degli artt. 817 e 819 *ter* c.p.c. (e, in particolare, il disposto di cui al comma 1 della prima delle norme citate, ai sensi del quale gli arbitri, a fronte di contestazioni circa la loro competenza, non si limitano a conoscere incidentalmente delle contestazioni, ma "(...) *decidono* sulla propria competenza") disciplini un'ipotesi in cui, *per legge*, a fronte delle contestazioni sollevate dalle parti sulla "competenza" dell'organo adito, *si avrebbe sempre una pronuncia, arbitrale o giudiziale, con efficacia di giudicato sulla questione, indipendentemente da una esplicita domanda di parte in tal senso*. La fattispecie sarebbe insomma coperta dalla norma generale di cui all'art. 34 c.p.c., integrando la questione della sussistenza della *potestas iudicandi* arbitrale non una mera questione pregiudiziale di rito o una questione preliminare di merito (ché sarebbe altrimenti inidonea a far scattare il meccanismo dell'accertamento pieno *ex lege* ai sensi di quella norma), ma, in quanto fattispecie dotata di una sua autonomia, una vera e propria *questione pregiudiziale di merito in senso tecnico* (ricostruzione maggiormente compatibile, del resto, con la sua autonoma deducibilità, in via principale, dinanzi ad un giudice statale ai sensi dell'art. 819 *ter*, comma 3, c.p.c.): la mera proposizione della contestazione sarebbe dunque idonea ad allargare il *thema decidendum* del processo, con l'ulteriore oggetto rappresentato dall'esistenza, validità o efficacia del patto arbitrale, che l'arbitro e il giudice non potrebbero limitarsi a *conoscere in via incidentale*, ma su cui sarebbero chiamati, per espressa disposizione di legge, *a decidere sempre con efficacia di giudicato*³⁶¹.

³⁵⁹ S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 117 ss. e 181 ss.

³⁶⁰ R. SANTULLI, M. ACONE, voce *Competenza (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma 1988, 15. V. anche Cass. 27 febbraio 2012, n. 2973.

³⁶¹ Così G. RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 285 ss., per il quale la legge dice che gli arbitri devono 'decidere', e non solo 'risolvere', la questione, al fine di stabilire la sussistenza della propria *potestas iudicandi*, sicché il semplice sorgere della questione nell'ambito del giudizio arbitrale sarebbe condizione sufficiente perché gli arbitri si pronuncino, con efficacia piena, sul patto arbitrale; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, 2ª ed., cit., 212 ss., per il quale il giudicato sulla convenzione arbitrale non presupporrebbe la proposizione di una espli-

Dall'altro lato, v'è chi ritiene che una corretta applicazione della disciplina codicistica in tema di *questioni pregiudiziali di merito* (cui sarebbe appunto riconducibile la questione della sussistenza della *potestas iudicandi* arbitrale) consenta l'attribuzione della forza del giudicato ad una decisione resa su di essa (in sede arbitrale o giudiziale) *solo a seguito della proposizione, ad opera della parte interessata, di una esplicita domanda di accertamento incidentale* (non vertendosi in un'ipotesi di accertamento incidentale *ex lege*): in mancanza, la questione dovrà essere risolta solo *incidenter tantum*, con determinazione assunta *ai soli fini della competenza* (in modo non dissimile da quanto previsto dall'art. 38 c.p.c.) e priva di qualsivoglia efficacia extraprocessuale vincolante³⁶².

cita domanda di accertamento, atteso che, nel regolare la decisione sull'eccezione di difetto di *potestas iudicandi*, il legislatore non avrebbe replicato il contenuto dell'art. 38 c.p.c., a mente del quale il giudice decide sull'eccezione d'incompetenza *ai meri fini della determinazione della competenza*; L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 590 ss., per la quale l'art. 817 c.p.c. sarebbe chiaro: "(...) nell'affidare alla 'decisione' degli arbitri quella stessa valutazione che, quando non è ancora pendente il giudizio arbitrale, può essere affidata al giudice ordinario come oggetto autonomo di decisione, in modo tale che è la disposizione stessa ad imporne una valutazione capace, una volta che sia divenuta definitiva, di vincolare le parti e ogni altro organo giudicante"; in tale ottica, secondo l'autrice, il fatto che la questione possa costituire autonomo oggetto di giudizio dinanzi al giudice statale *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c. la distinguerebbe dalle tradizionali questioni pregiudiziali di rito o di merito, assimilandola alle questioni che nascono da eccezioni di merito in senso proprio, capaci di formare oggetto autonomo di giudizio, in quanto deducibili anche *in via di azione*. V. in tal senso anche F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.* 2005, 791 ss. e S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 401 ss., per i quali, appunto, la pronuncia resa in via incidentale sulla convenzione d'arbitrato avrebbe la medesima efficacia di una pronuncia resa in via principale, indipendentemente dalla proposizione di una esplicita domanda di accertamento ad opera delle parti. Una tale pronuncia sul patto compromissorio sarebbe dunque in ogni caso vincolante per gli arbitri e i giudici investiti successivamente della questione, sia pur nei limiti della motivazione resa in tale pronuncia.

³⁶² Così S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 142 e 194 ss.; ID., S. IZZO, *Appunti sull'eccezione di compromesso*, cit., 462, per la quale, esclusa in ogni caso l'idoneità della pronuncia arbitrale sulla *potestas iudicandi* degli arbitri ad esplicitare una qualsivoglia efficacia extraprocessuale, ogni tentativo di predicare l'idoneità al giudicato di una decisione del giudice statale sulla convenzione arbitrale, sganciandola dalla necessità della formulazione, ad opera della parte interessata, di una domanda di accertamento incidentale si scontrerebbe con la previsione che individua nel regolamento di competenza necessario il mezzo d'impugnazione avverso quella sentenza; ciò perché, argomentando in senso opposto, quella previsione verrebbe privata di significato. In aggiunta, l'autrice ritiene che il carattere relativo dell'*exceptio compromissi* escluderebbe la sussistenza di un interesse di rilevanza pubblicistica a che la questione debba sempre esser risolta con efficacia di giudicato. Nello stesso senso R. MURONI, *La pendenza*, cit., 227; M. BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, cit., 372 ss.; ID., *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.* 1999, 421 ss. In tal senso v. anche Cass. 4 agosto 2011, n. 17019. C. DELLE DONNE, *Sub art. 817 c.p.c.*, cit., in P. COMOGLIO *et al.* (a cura di), *Commento del codice*, cit., 531 ss., nega l'automatismo tra insorgenza della questione nell'ambito di un giudizio, cognizione da parte del giudice e sua decisione con efficacia di giudicato; al pari di quando il giudice conosce dei presupposti processuali (ad esempio,

4.4.1.4.2. *L'inquadramento in termini processualistici dell'oggetto delle decisioni, giudiziali e arbitrali, sulla potestas iudicandi arbitrale: le tesi dell'antecedente logico necessario; dell'unitarietà degli effetti del giudicato; del motivo portante della decisione; dell'applicazione analogica dell'art. 59, l. n. 69 del 2009; delle insuperabili esigenze di funzionalità del sistema delle "vie parallele"*

Mutando completamente prospettiva, un'efficacia extraprocessuale alle decisioni, arbitrali e giudiziali, sulla *potestas iudicandi* arbitrale viene altresì riconosciuta da un'altra parte della dottrina, sulla base, tuttavia, di una qualificazione della questione, oggetto di quelle decisioni, *opposta* a quella poc'anzi illustrata: non questione di natura sostanziale o *lato sensu* meritale, ma intimamente e inaggirabilmente di *carattere e consistenza processuali*, ossia *di rito*. Prospettiva, da un punto di vista sistematico, più problematica, perché deve fare i conti con i più volte menzionati principi generali e orientamenti applicativi in materia di giudicato, che tendono ad escludere l'idoneità delle decisioni di rito a spiegare effetti *al di fuori* del processo in cui siano state rese³⁶³. Nell'ambito di questo comune approccio, si ravvisano tuttavia ricostruzioni non poco eterogenee.

Da un lato, v'è chi ritiene che l'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* dell'organo adito porrebbe sostanzialmente due questioni: un *nucleo primario*, rappresentato dall'esistenza e validità del patto arbitrale, a sua volta *antecedente logico necessario* rispetto ad un *secondo nucleo decisorio*, rappresentato dalla sussistenza o meno del potere degli arbitri e del giudice di conoscere e decidere nel merito. La questione dell'esistenza, validità o efficacia di un patto arbitrale verrebbe dunque *preliminarmente e preventivamente* conosciuta dall'arbitro, quale passaggio neces-

della sussistenza della propria giurisdizione, in caso di deroga convenzionale *ex art. 4, comma 2, l. n. 218 del 1995*) o valuta la sussistenza della legittimazione straordinaria *ex art. 2900 c.c.*, che impone l'accertamento preliminare della titolarità del diritto di credito dell'attore surrogante, anche quando conosce di un'eccezione di compromesso lo fa ai limitati fini di determinare la sussistenza o meno della propria *potestas iudicandi*; un più ampio contenuto di accertamento, ossia una cognizione piena con decisione idonea al giudicato, *presupporrebbe sempre una domanda riconvenzionale proposta dal convenuto o una domanda di accertamento incidentale proposta dall'attore in conseguenza delle difese del convenuto*. In tal senso, con specifico riferimento al lodo arbitrale che decida sulla validità ed efficacia di una convenzione arbitrale, v. anche F. GODIO, *(In)competenza e (in)validità della clausola compromissoria*, cit., 161, per la quale, appunto, la possibilità, per gli arbitri, di pronunciarsi in via principale, con efficacia di giudicato, presupporrebbe una domanda di accertamento di una parte, che andrebbe a saldarsi con la mancata eccezione avversaria circa la sua esorbitanza dal perimetro oggettivo della convenzione arbitrale, ai sensi dell'art. 817, comma 3, c.p.c. Nel senso della necessità di una domanda di accertamento esplicita ad opera della parte interessata v. anche, prima della riforma, S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, cit., 287 ss. Dubitativi C. CONSOLO, *Soprassalti delle S.U. intorno all'eccezione di arbitrato estero*, cit., 928 e A. BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite ed il regime dell'eccezione*, cit., 518.

³⁶³ Si veda, in proposito, quanto già esposto in apertura del presente paragrafo e altresì il par. 6.4. del primo capitolo.

sariamente prodromico (e inaggrabile presupposto) dell'accertamento di un suo – *per la verità, unico* – effetto (la sussistenza della *potestas iudicandi* dell'organo adito), rientrando così a pieno titolo nella categoria della pregiudizialità non tecnica, *ma logica*, coperta dal giudicato formatosi sulla sussistenza o meno del potere decisorio degli arbitri o del giudice statale (nella misura in cui rientrerebbe nell'ambito dei suoi limiti oggettivi)³⁶⁴.

Uno dei profili problematici di questa ricostruzione, come osservato da attenta dottrina, risiede nel fatto che essa darebbe luogo ad una (irrituale) estensione dell'applicazione della teoria dell'*antecedente logico necessario* a pronunce *a contenuto processuale*, sebbene detta teoria sia tradizionalmente utilizzata non per attribuire l'efficacia di giudicato a una decisione che ne sia strutturalmente (secondo, quantomeno, l'orientamento maggioritario) priva (come per il caso di una sentenza di "(in)competenza"³⁶⁵), ma per accrescere la portata di una precedente sentenza divenuta incontrovertibile, già di per sé stessa strutturalmente idonea al giudicato, estendendone, cioè, il perimetro dei limiti oggettivi (nello specifico, al rapporto fondamentale di cui siano stati fatti valere in giudizio i singoli effetti)³⁶⁶.

³⁶⁴ In questo senso v. F.P. LUISSO, B. SASSANI, *La riforma del processo civile: commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Milano 2006, 267; ID., *Diritto processuale civile*, V, 6^a ed., cit., 162 ss.; ID., *Rapporti fra arbitro e giudice*, cit., 791 ss. Prima della riforma, per un'analoga ricostruzione, v. Cass. 28 maggio 1998, n. 5280, in *Riv. arb.* 1999, 445, nt. F. LEPRI, *Spunti in tema di erronea impugnazione per nullità del lodo non rituale*. In tale decisione, la Suprema Corte, con riferimento al tema dell'impugnazione del lodo irrituale illegittimamente omologato, aveva affermato che la declaratoria d'inammissibilità dell'impugnazione per nullità proposta avverso tale lodo (per essere lo stesso sottoposto ad un diverso regime impugnatorio) avrebbe esplicitato un'efficacia vincolante in tutti i successivi giudizi, nei quali fosse sorta la questione della qualificazione della natura dell'arbitrato e del relativo lodo, precludendo così alle parti (nonché al giudice o all'arbitro) la possibilità di rimetterla in discussione. Questo perché, secondo la Corte, la sentenza d'inammissibilità aveva come: "(...) antecedente logico necessario il compiuto accertamento della effettiva volontà espressa dalle parti nel compromesso e la qualificazione giuridica in termini di compromesso irrituale", per cui sarebbe stato: "(...) contrario ad ogni esigenza logica e giuridica ammettere che un tale accertamento [potesse] essere messo nel nulla nell'ulteriore processo insorto tra le stesse parti davanti al giudice dell'impugnazione del lodo irrituale".

³⁶⁵ Come emergerebbe da Cass. 8 giugno 2007, n. 13508, in cui si statuisce che: "(...) la sentenza che declina la propria competenza, trattandosi di controversia devoluta ad arbitri, non contiene alcun accertamento vincolante in ordine alla giuridica esistenza e alla validità della clausola compromissoria, essendo rimessa agli arbitri la verifica della regolarità della loro investitura ad opera dei contraenti".

³⁶⁶ Così M. BOVE, *La giustizia privata*, 4^a ed., cit., 76; S. BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, cit., 332; R. MURONI, *La pendenza*, cit., 226 ss., secondo cui il ricorso a tale nozione sarebbe reso impossibile, *inter alia*, dalla mancanza di una previsione *ad hoc*. M. BOVE, *ibidem* e ID., *Ancora sui rapporti*, cit., 375, in particolare, ritiene che vi sarebbe un salto logico tra il rilevare che la questione attinente alla valida esistenza di un patto arbitrale possa essere oggetto di un autonomo processo e l'affermare che, allora, lo stesso varrebbe an-

Sempre sull'assunto del carattere processuale della questione oggetto dell'accertamento giudiziale ed arbitrale³⁶⁷, un'altra parte della dottrina giunge ai medesimi risultati, ma attraverso un diverso percorso argomentativo. Sulla scia di quel noto filone minoritario in dottrina (detto *dell'unitarietà degli effetti del giudicato*) per il quale, nel nostro ordinamento, non esisterebbe alcuna norma che espressamente impedisca di collegare, *anche alle sentenze processuali*, la medesima efficacia vincolante propria delle sentenze di merito, divenute incontrovertibili³⁶⁸, questa dottrina individua una serie di fattori che concorrerebbero alla produzione, anche da parte delle decisioni (arbitrali e giudiziali) sulla convenzione arbitrale, di effetti extraprocessuali e vincolanti: da un lato, l'equiparazione, *quoad effectum*, tra lodo e sentenza, oggi espressamente sancita dall'art. 824 *bis* c.p.c.; dall'altro, con particolare riferimento all'efficacia delle pronunce declinatorie, l'unitarietà della vicenda processuale considerata *nel suo complesso*, in ragione del fatto che, pur se attraverso la trasmigrazione della causa da una sede all'altra e il susseguirsi di due

che per la mera cognizione della stessa questione; e tale salto logico consisterebbe proprio: "(...) nel non aver dimostrato che la teoria dell'antecedente logico necessario sia spendibile anche per le pronunce di rito".

³⁶⁷ In tal senso v. S. BOCCAGNA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *Commentario*, cit., 1389, per il quale la natura di pronuncia di mero rito della pronuncia degli arbitri sulla propria competenza, si ricaverebbe dal coordinamento dell'art. 817 c.p.c. con l'art. 819 *ter* c.p.c.; nello stesso senso v. P.L. NELA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme*, cit., 1769 ss.

³⁶⁸ Per S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile*, cit., 414 nt. 36 e 418, ad esempio, nessuna indicazione in senso ostativo sarebbe dato desumere dalla lettera dell'art. 2909 c.c., in quanto: "(...) tale norma (...) non specifica quale oggetto debba avere tale accertamento per potere essere autoritativo". Secondo questo orientamento, in sostanza, sentenza di rito e sentenza di merito andrebbero accomunate sotto il profilo degli effetti di *immutabilità e di efficacia extraprocessuale vincolante del dictum* giudiziale (quindi non solo sotto il profilo del principio del *ne bis in idem* endoprocessuale, ma anche sotto quello del vincolo extraprocessuale), con la conseguenza che anche una sentenza resa su una questione pregiudiziale di rito sarebbe idonea a spiegare effetti in un giudizio diverso da quello in cui sia stata resa, anche se solo tra le stesse parti. In questo senso si erano espressi, tra l'altro, E. BETTI, *Se il passaggio in giudicato d'una sentenza interlocutoria precluda al contumace l'eccezione di incompetenza territoriale*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1927, II, 13; F. CARNELUTTI, *Efficacia, autorità ed immutabilità della sentenza*, in *Riv. dir. proc.* 1935, 212; E.T. LIEBMAN, voce *Giudicato*, cit., 3 ss.; ID., *Efficacia e autorità della sentenza*, cit., *passim*, spec. *Prefazione IV-VIII*, 25-30; ID., *Ancora sulla sentenza e sulla cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1936, I 237 ss., ora in *Efficacia e autorità della sentenza (e altri scritti sulla cosa giudicata)*, Milano 1983; G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile*, (*dir. vig.*), in *Enc. dir.*, XVIII, Milano 1969, 841 ss.; C. FERRI, *Sentenze a contenuto processuale e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.* 1966, 419 ss.; ID., *In tema di giudicato sulla giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.* 1964, 350 ss.; V. DENTI, *Sentenze non definitive su questioni preliminari di merito e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.* 1969, 213 ss.; M. FORNACIARI, *Presupposti processuali e giudizio di merito*, Torino 1996, 45-48, spec. nt. 91. Per ulteriori riferimenti v. S. MENCHINI, *Regiudicata civile*, cit., 414 ss.; A. ATTARDI, *La cosa giudicata*, in *Jus* 1961, I 29 ss. e II, 189 ss., spec. 193 ss.; ID., *Il giudicato e un recente progetto di riforma*, in *Riv. dir. civ.* 1979, I, 301.

fasi strutturalmente distinte, *apud iudicem* e *apud arbitros*, si sarebbe di fronte allo stesso processo che, iniziato in una sede, proseguirebbe nell'altra; dall'altro ancora, la combinazione della regola dell'immediata efficacia di tutte le sentenze, anche di rito, *all'interno del processo in cui siano state rese* (rispetto alla quale la diversa disciplina dettata dall'art. 45 c.p.c. con riguardo all'incompetenza per materia e per territorio inderogabile si configurerebbe come derogatoria) con la natura convenzionale e derogabile della competenza arbitrale, rispetto alla quale non si porrebbe la questione dell'istituto del regolamento d'ufficio³⁶⁹.

Ancora, una parte della dottrina, sempre nell'ambito di una prospettiva meramente processualistica dell'oggetto delle decisioni in esame (che, in linea di principio, non potrebbe che confinarne l'efficacia all'interno del processo³⁷⁰), al fine di predicarne un'efficacia extraprocessuale suggerisce di estendere ai rapporti tra arbitro e giurisdizione statale le riflessioni di Zeuner sul *motivo portante della decisione*³⁷¹. In tale prospettiva, nelle decisioni sulla *potestas iudicandi* rese dal giudice togato e dall'arbitro sarebbe ravvisabile (in maniera non dissimile da quanto avviene in relazione alle decisioni sulla competenza in senso tecnico) un *contenuto costante*, idoneo a conferire all'accertamento, compiuto in ordine ai presupposti di pronunce pur a contenuto processuale, un'efficacia vincolante e conformativa in tutti i successivi giudizi³⁷², legati al precedente da uno specifico legame logico-

³⁶⁹ S. BOCCAGNA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile*, 6^a ed., Milano 2018, 1414 ss.; ID., *Translatio iudicii tra giudice e arbitri: la decisione della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.* 2014, *passim*. In giurisprudenza v., da ultimo, Cass. 12 novembre 2015, n. 23176, per la quale, a seguito della mancata impugnazione con regolamento di competenza della pronuncia, declinatoria, resa dal giudice ordinario per accertata fondatezza dell'*exceptio compromissi*, quest'ultima acquisirebbe la forza del giudicato, stabilendo irreversibilmente la competenza degli arbitri.

³⁷⁰ Per riferimenti v. D. TURRONI, *La sentenza la sentenza civile sul processo. Profili sistematici*, Torino 2006, 201 ss.

³⁷¹ A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*, J.C.B. Mohr Verlag, Tubinga 1959, 74 ss., per il quale la necessità di ritenere efficace, nell'altro procedimento, la decisione avente ad oggetto la validità e l'efficacia di una convenzione di arbitro, aveva condotto la dottrina maggioritaria tedesca a derogare al principio secondo cui il giudicato non si estende alle premesse della decisione. V., in proposito (anche per ulteriori riferimenti), C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione*, cit., 673 ss.

³⁷² V., in tal senso, Cass. 25 ottobre 2017, n. 25254, ord., in *Riv. arb.* 2018, 679 ss., nt. D. AMADEI, *Giudicato implicito anche per la questione relativa alla convenzione d'arbitrato*, cit., che collega il profilo dell'efficacia extraprocessuale e vincolante della decisione del giudice statale sulla convenzione di arbitro al tema del giudicato implicito: v., in proposito, Cass. 12 novembre 2015, n. 23176, in *Rep. Foro it.* 2015, voce "*Competenza civile*", n. 108, per la quale: "(...) qualora non venga impugnata nelle forme stabilite dal codice di rito la pronuncia d'incompetenza, si forma un giudicato che stabilisce, irreversibilmente, la competenza degli arbitri". Proprio in base a tali considerazioni, secondo D. AMADEI, *Giudicato implicito anche per la questione relativa alla convenzione*

giuridico, in cui venga in rilievo lo stesso tema, nella stessa esatta configurazione e conformazione³⁷³.

In definitiva, non solo le decisioni di merito, ma anche quelle di rito (tra cui le decisioni del giudice e dell'arbitro sulla propria "competenza" in presenza di una convenzione di arbitrato), conterrebbero un *motivo portante*, idoneo ad operare nei giudizi successivi³⁷⁴, anche in forza dei legami intercorrenti tra giu-

d'arbitrato, cit., 692, sussisterebbe un interesse delle parti alla decisione sulla convenzione di arbitrato *prima di ogni altra questione*, proprio perché essa sarebbe in grado di vincolare, con efficacia extraprocessuale, anche in caso di riproposizione della domanda davanti agli arbitri o al giudice statale; in tal senso v. anche A. MOTTO, *Concorso di fattispecie*, ne bis in idem e ordine di esame delle questioni di rito, nota a Trib. Milano 28 settembre 2009, in *Riv. arb.* 2012, 340 ss., 358 ss.; ID., *L'ordine di esame delle questioni pregiudiziali di rito nel processo civile di primo grado*, in *Riv. dir. proc.* 2017, 617, 647. Ma v., in senso critico alla soluzione adottata da Cass. 25 ottobre 2017, n. 25254, F.P. LUISSO, *I guasti del giudicato implicito*, in *Giur. it.* 2018, 876.

³⁷³ Osserva C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione*, cit., 659 che fra l'istituto della litispendenza e un istituto che garantisca la salvezza degli effetti della domanda non sembra esservi una corrispondenza biunivoca, nel senso che l'assenza del primo non impedisce comunque di riconoscere alla pronuncia sulla questione di competenza un'efficacia vincolante, soprattutto quando lo strumento per assicurare tale risultato sia estraneo alla disciplina della competenza o della giurisdizione. Su questi profili v. anche le riflessioni di M. BOVE, *Sulla dichiarazione di parziale incostituzionalità*, cit., 1123; M. FORNACIARI, *Conservazione degli effetti dell'atto introduttivo*, cit., 898 ss. Secondo questa impostazione, il fatto che sulla medesima controversia possano pendere contemporaneamente due giudizi farà sì che gli effetti della declinatoria siano limitati all'efficacia vincolante dell'accertamento compiuto in ordine alla *potestas* arbitrale; insomma, il giudice o l'arbitro dinanzi al quale penda il procedimento dovranno conformarsi alla statuizione resa nell'altra sede ed esaminare il merito della lite. Per C. DELLE DONNE, *Sub art. 817 c.p.c.*, cit., in P. COMOGLIO *et al.* (a cura di), *Commento del codice*, cit., 536, tale ricostruzione rappresenterebbe un utile corroborante della lezione della Consulta impartita con la decisione n. 223 del 2013, che si era limitata ad affermare la necessità della conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda nel passaggio da una sede all'altra, lasciando in vita l'inapplicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, degli artt. 4 ss. c.p.c., ossia proprio di quelle norme che, nei rapporti tra giudici ordinari, assicurano il vincolo alla decisione del giudice *a quo*, impedendo il verificarsi di conflitti negativi di competenza. Si tratterebbe, in sostanza, di un espediente *per prescindere dall'applicabilità di quelle norme*, pervenendo, per altra via, al medesimo risultato. Osserva altresì l'autrice che, avendo il legislatore escluso l'applicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, anche dell'art. 45 c.p.c., ossia della norma che consente al giudice *ad quem* di ribellarsi all'indicazione sulla *potestas iudicandi* contenuta nel provvedimento declinatorio del giudice *a quo*, nulla dovrebbe impedire di attribuire ad una sentenza che pronunci incidentalmente sulla convenzione di arbitrato la stessa efficacia di una sentenza che, sulla medesima questione, pronunci *principaliter*.

³⁷⁴ Sul punto v. S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 398 ss., spec. 408, secondo il quale tale conclusione parrebbe oggi suffragata anche dalla decisione della Corte di Giustizia della UE del 25 novembre 2012, nel caso C-456/11, *Gothaer v. Samkip*, in *Foro it.* 2013, IV, 32, nt. E. D'ALESSANDRO, *Pronunce declinatorie di giurisdizione: la Corte di giustizia impone limiti di efficacia europei*, con cui i giudici di Lussemburgo hanno riconosciuto alla pronuncia resa sulla clausola elettiva del foro la stessa efficacia (e, dunque, la stessa idoneità a circolare nello spazio comunitario) di

dizio arbitrale e giudizio statale, integranti un “nesso di reciproco bilanciamento” tra gli stessi, nel senso che l’elezione dell’uno non potrebbe che escludere, in modo pressoché automatico, la procedibilità dell’altro³⁷⁵.

Rispetto agli orientamenti di cui si è sin qui dato conto, cui, pur nella diversità delle rispettive ricostruzioni, possono essere ricondotte le posizioni della maggioranza della dottrina, alcuni autori propongono delle ricostruzioni differenti.

Una parte della dottrina, ad esempio, mette al centro del tentativo di fondare un’efficacia extraprocessuale delle decisioni, sia giudiziali che arbitrali, sulla convenzione di arbitrato, la norma di cui all’art. 59, l. n. 69 del 2009, di cui, per la verità, già prima della declaratoria di incostituzionalità del comma 2 dell’art. 819 *ter* c.p.c. si era ventilata la possibile applicazione analogica – con il connesso istituto della *translatio iudicii* – anche ai rapporti arbitro-giudice: estensione che, però, all’epoca, appariva piuttosto forzata, ove non addirittura *contra legem*, stante l’inequivoco disposto di cui al comma 2 dell’art. 819 *ter* c.p.c. Bove, ad esempio, sull’assunto non solo della natura processuale della questione oggetto delle decisioni del giudice e dell’arbitro sulla propria *potestas iudicandi*, ma altresì di una tendenziale assimilabilità (già sostenuta prima della riforma del 2006³⁷⁶) dei rapporti giudici-arbitri ai rapporti tra giudici ordinari e giudici speciali (o ai rapporti tra giudici appartenenti a diversi ordinamenti, come quelli intercorrenti tra un giudice italiano ed un giudice straniero), ritiene che l’unico modo per attribuire un’efficacia extraprocessuale vincolante alla decisione del giudice statale, allor-

qualsiasi altra pronuncia di merito; C. CONSOLO, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di “competenza”*, cit., 1111. Nello stesso senso, prima della riforma, v. C. CONSOLO, *Raccordi o antifonie fra arbitrato e giudizio ordinario?*, cit., 3833; S. BOCCAGNA, *L’impugnazione per nullità del lodo*, cit., 288 e 523 ss. Con riferimento alla sentenza della CGUE nel caso *Gothaer v. Samkip* va tuttavia osservato che essa non chiarisce se l’idoneità della decisione contenente una declaratoria d’incompetenza in favore di un giudice straniero sia fondata sulla circostanza che, nell’ordinamento d’origine, quella sentenza avesse comunque un’efficacia extraprocessuale (presupposto per il riconoscimento ai sensi del Regolamento comunitario) o se essa sia il frutto dell’attribuzione, a livello comunitario, di un’efficacia extraprocessuale alla sentenze di rito; conclusione, quest’ultima, che sarebbe evidentemente più dirompente rispetto ai diversi regimi processualistici nazionali.

³⁷⁵ Così S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 398 ss.; C. CONSOLO, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di “competenza”*, cit., 1111.

³⁷⁶ Già *sub julio* M. BOVE, *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.* 1999, *passim*, rigettava la tesi della riconducibilità dei rapporti arbitro-giudice alla categoria della “competenza”, in ragione della loro non appartenenza al medesimo sistema della giurisdizione statale, avvicinandoli a quelli intercorrenti tra giudici di diversi ordinamenti, cui applicare, in via analogica, l’art. 4, comma 3, l. n. 218 del 1995, ai sensi del quale: “*La deroga [di giurisdizione] è inefficace se il giudice o gli arbitri incaricati declinano la giurisdizione o comunque non possono conoscere della causa*”. In tal modo l’autore giustificava il vincolo, per un giudice statale, di una decisione arbitrale declinatoria della propria *potestas iudicandi*.

quando sia resa nell'ambito di un giudizio vertente sul merito della lite, passi per un'applicazione analogica dell'art. 59, l. n. 69 del 2009, nonché dell'art. 11, d.lgs. n. 104 del 2010 (i.e. nuovo codice del processo amministrativo). Tali norme, in quanto: "(...) regole corrispondenti a quella di cui all'art. 50 c.p.c.", disciplinano gli effetti delle pronunce declinatorie tra giudici appartenenti ad ordini diversi³⁷⁷, disponendo la prosecuzione del giudizio dinanzi all'organo ritenuto fornito di giurisdizione, la conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda (ove la causa venga riassunta entro un determinato termine, decorrente dal passaggio in giudicato della pronuncia declinatoria) e il potenziale vincolo dell'organo *ad quem* all'accertamento sulla questione compiuto dall'organo *a quo*. È fatta salva la possibilità, per il primo, di sollevare un "conflitto di giurisdizione", che non sarebbe invece mai contemplabile nei rapporti arbitro-giudice, in ragione del carattere disponibile della questione della *potestas iudicandi* arbitrale e della sua ascrivibilità, dunque, alla categoria delle eccezioni in senso stretto³⁷⁸.

A supporto di tale ricostruzione vengono altresì addotte ragioni che attengono ora agli inaccettabili risvolti pratici della soluzione opposta, ora alla contrarietà alla buona fede processuale della condotta della parte che, nell'ambito di un secondo processo, sconfessi quanto, sul punto della validità ed efficacia di una convenzione di arbitrato, abbia sostenuto nel primo³⁷⁹.

Per quanto riguarda, invece, le decisioni dell'arbitro sulla propria *potestas iudicandi*, Bove le ritiene *inidonee al giudicato*, in quanto gli effetti del lodo si identificherebbero esclusivamente con l'affermazione o negazione della possibilità, per gli arbitri, di pronunciarsi nel merito, in quel singolo giudizio arbitrale. Prospettando, tuttavia, un'applicazione analogica del comma 3 dell'art. 4, l. n. 218 del 1995, e dunque facendo un parallelismo tra accordo derogativo della giurisdizione italiana e convenzione arbitrale, l'autore configura un possibile vincolo del giudice statale alla declinatoria arbitrale in forza della norma summenzionata, ai sensi della quale la deroga (alla giurisdizione italiana): "(...) è inefficace se (...) gli arbitri indicati declinano la giurisdizione o comunque non possono conoscere

³⁷⁷ M. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in M. BOVE, C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, cit., 82; ID., *Resta la confusione sulle liti transnazionali*, in *Guida al diritto* 2006, fasc. 8, 105.

³⁷⁸ Per quanto riguarda il vincolo dell'arbitro ad una statuizione sulla *potestas iudicandi* del giudice statale, M. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 83 ss. distingue tra arbitro domestico ed arbitro estero. Per quanto riguarda il secondo, l'autore ritiene che dovrebbe farsi riferimento a quella giurisprudenza, ai sensi della quale la pronuncia, con cui il giudice si sia spogliato della causa affermando la *potestas iudicandi* di un arbitro straniero non sarebbe comunque idonea a vincolare questo in ordine alla statuizione della validità della convenzione di arbitrato (Cass. S.U. 12 gennaio 2007, n. 412). Per quanto riguarda il primo, si veda quanto detto e quanto si dirà, subito *infra*, nel testo.

³⁷⁹ M. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 84; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, 6ª ed., cit., 163, che fa però salvi i giudizi litisconsortili.

della causa”: il giudice statale, non potendo a sua volta declinare la propria “competenza”, dovrebbe dunque conformarsi a quanto, sulla questione della esistenza di un valido patto arbitrale, abbiano in precedenza statuito gli arbitri.

Per finire, sul tema dell’efficacia delle pronunce, arbitrali e giudiziali, sulla convenzione di arbitrato, va menzionata un’impostazione più “pragmatica” che, pur non prescindendo del tutto da un inquadramento teorico-dogmatico della questione (in linea di principio affine alla teoria dell’antecedente logico necessario, anche se maggiormente incline ad enfatizzare la deducibilità, in via principale, della questione della *potestas iudicandi* arbitrale, quale autonomo oggetto di un giudizio statale, destinato, una volta deciso in maniera incontrovertibile, ad esplicare efficacia esterna³⁸⁰ e a prevalere sul principio secondo cui ciascun giudice è giudice della propria competenza), pone soprattutto l’accento sugli *inconvenienti pratico-applicativi e di coordinamento sistematico* tra la procedura arbitrale e quella giudiziale, derivanti dalla esclusione di detta efficacia. Luiso, per il quale, alla base della spendibilità, in un processo, di una decisione, arbitrale e giudiziale, sulla convenzione di arbitrato formatasi nell’altro e divenuta inoppugnabile, starebbero *insuperabili esigenze di funzionalità* del sistema delle “vie parallele”. Solo un sistema che, come quello francese, adotta l’effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz*, consentendo l’esame della convenzione di arbitrato *esclusivamente* in una delle due sedi, potrebbe fare a meno di ricorrere alla spendita, in un giudizio, della decisione su detta convenzione formatasi nell’altro, perché il rischio di un parallelismo di procedure sarebbe sventato *ab origine*³⁸¹; non, invece, un sistema come quello delle “vie parallele”, caratterizzato dalla possibile contemporanea pendenza di un processo arbitrale e di un processo giurisdizionale aventi lo stesso oggetto e dal potere riconosciuto a ciascun organo, nelle due diverse sedi, di valutare autonomamente le questioni relative all’esistenza, validità ed efficacia della convenzione di arbitrato. La reciproca indifferenza delle due procedure e delle decisioni ivi adottate sarebbe, altrimenti, foriera di conflitti positivi e negativi tra arbitrato e giurisdizione statale³⁸², con un aggravio di oneri difensivi e finanziari per le parti, il rischio di pronunciamenti confliggenti e, in generale, un aumento della disfunzionalità del sistema nel suo complesso³⁸³.

³⁸⁰ Anzi, secondo F.P. LUIISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, cit., 780 ss., gli effetti di una sentenza resa ai sensi dell’art. 819 *ter*, comma 3, c.p.c., dato il suo oggetto, non potrebbero che prodursi esclusivamente all’interno di successivi processi, vertenti sul merito di una lite sostanziale, che rientri nell’ambito di applicazione della convenzione arbitrale oggetto del primo giudizio, vincolando direttamente le parti e, indirettamente, gli arbitri e i giudici statali.

³⁸¹ F.P. LUIISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.* 2005, 790.

³⁸² F.P. LUIISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell’arbitrato*, cit., 128.

³⁸³ A questa impostazione è in linea di principio riferibile anche la posizione di A. BARLETTA,

L'incontestabilità degli accertamenti svolti nelle due sedi, che, ai sensi del comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c. e alla luce decisione della Consulta n. 223 del 2013, non può essere perseguita attraverso norme quali l'art. 44 ss. c.p.c., dovrebbe essere dunque garantita in ogni modo possibile, vuoi attribuendo alla questione oggetto delle rispettive decisioni in sede arbitrale e giudiziale *consistenza sostanziale o di merito*, vuoi, appunto, per le summenzionate *inaggirabili esigenze di sistema*³⁸⁴.

L'adesione della dottrina all'una o all'altra delle ricostruzioni che si sono sin qui illustrate non elimina il fatto che l'attuale quadro normativo risulti lacunoso proprio in relazione al profilo forse più importante relativo al tema dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione ordinaria; allo stato non si può negare che dette ricostruzioni scontano, chi più, chi meno, forzature interpretative, farraginosità ricostruttive o soluzioni discriminatorie.

Per questo v'è chi ritiene non più dilazionabile un intervento espresso del legislatore, per fare definitiva chiarezza sul punto, auspicando che venga normativamente sancito il vincolo, per il giudice *ad quem*³⁸⁵, all'accertamento sulla "compe-

Translatio iudicii e nuovi rapporti tra giudici ed arbitri, cit., 94 ss., il quale ritiene che la limitazione del principio *Kompetenz Kompetenz*, discendente dal giudicato interno formatosi sulle decisioni, degli arbitri e del giudice statale, sulla propria *potestas iudicandi*, rese nell'ambito di giudizi vertenti sul merito di una lite sostanziale (che consentirebbero di approdare ad un risultato non dissimile da quello stabilito nell'ambito dei giudici statali ai sensi dell'art. 44 c.p.c.), sarebbe: "(...) inevitabile nell'ambito di un sistema che preveda la possibilità di una 'osmosi' tra arbitrato e processo, in coerenza all'applicazione delle regole riferibili alla formazione del giudicato interno anche alle questioni di rito". Secondo A. BARLETTA, dall'inapplicabilità, nei rapporti arbitro-giudice, dell'art. 44 c.p.c., discenderebbe: "(...) l'effetto preclusivo delle pronunce dei giudici statali anche in relazione a questioni d'invalidità o inefficacia della convenzione di arbitrato sottratte alla disponibilità delle parti (...): il che si correla all'esclusione circa l'applicabilità del regolamento d'ufficio nei rapporti tra arbitrato e processo".

³⁸⁴ F.P. LUIISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, cit., 120 ss. Sulla stessa linea R. VACCARELLA, *La contemporanea pendenza*, cit., 192 che, prescindendo da un particolare inquadramento teorico dell'oggetto delle decisioni, rispettivamente, arbitrale e giudiziale, sulla convenzione di arbitrato, conviene sull'attribuzione di un'efficacia extraprocessuale vincolante e bilaterale, di quelle decisioni, parlando di soluzione "fisiologica". Tale efficacia, secondo l'autore, troverebbe sostanzialmente fondamento nel fatto che la legge, avendo consentito a ciascuna parte di rivolgersi in qualsiasi momento all'organo ritenuto competente, nonostante la pendenza della stessa causa davanti all'altro organo, avrebbe per ciò stesso escluso l'idoneità della regola di cui all'art. 44 c.p.c. a risolvere il conflitto, in quanto tale regola presupporrebbe che non vi sia contemporanea pendenza tra due giudizi. Solo il giudicato formatosi per primo sulla questione della *potestas iudicandi* nell'ambito di un giudizio sarà idoneo a vincolare l'organo dell'altro.

³⁸⁵ V. P. BIANCHI, *La domanda giudiziale relativa alla invalidità e all'inefficacia della convenzione di arbitrato*, cit., 1077, nt. 5 che, a proposito dell'attribuzione dell'efficacia extraprocessuale vincolante alla decisione sulla competenza (*rectius* alla decisione circa l'esistenza, la validità e l'esten-

tenza” contenuto nella decisione definitiva resa dal giudice *a quo*, prevedendo contestualmente uno *strumento omogeneo di controllo* della decisione degli arbitri e del giudice statale in ordine alla propria *potestas iudicandi*, o financo un *meccanismo di verifica preliminare*, più simile al regolamento di giurisdizione che al regolamento di competenza³⁸⁶, esperibile nelle fasi iniziali della procedura (in particolare di quella arbitrale). Ciò garantirebbe l’uniforme applicazione del principio stabilito dalla sentenza n. 223 del 2013 della Consulta³⁸⁷ e consentirebbe altresì alle parti: “(...) di ottenere una risposta celere, definitiva (tendenzialmente) non dispendiosa ed in seguito liberamente circolabile in ordine alla validità e all’efficacia dell’accordo arbitrale”. Tale risposta dovrebbe provenire: “(...) da un organo più accosto, per esperienza e dimestichezza, a questi temi e di grado superiore”, quali, appunto, le Sezioni Unite: “(...) in vista della prefigurata definitività del *dictum* che vi porrà capo”³⁸⁸.

Di recente si è financo ipotizzato – in una prospettiva *de iure condendo* – di eliminare il passaggio del giudizio di impugnazione di nullità del lodo, rendendolo impugnabile, per gli stessi motivi di cui all’art. 829 c.p.c., direttamente di fronte alla Corte di cassazione, dinanzi alla quale si svolgerebbe, in unico grado, un giudizio che sarebbe pur sempre: “(...) uno schietto giudizio di legittimità”³⁸⁹ o, in alternativa, di consentire la *revisio per saltum*, attribuendo cioè alle parti la possibilità di accordarsi fra loro, anche prima della pronuncia del lodo, per omettere il passaggio intermedio rappresentato dal giudizio di impugnazione per nullità del lodo, *ad instar* di quanto oggi previsto, ai sensi dell’art. 366, comma 3, c.p.c., per la sentenza pronunciata dall’autorità giudiziaria³⁹⁰.

Una tale modifica, che troverebbe corrispondenza in alcuni ordinamenti stra-

sione della clausola arbitrale) emanata in una sede nei confronti dell’altro organo, afferma che: “*De iure condendo* generalmente si auspica che si addivenga alla previsione di una siffatta disciplina (...)”.

³⁸⁶ In tal senso si è espresso C. CONSOLO, *Brussels I Regulation, Arbitration and Parallel Proceedings: a discussion of the Heidelberg proposal (in the light of West Tankers and Endesa)*, in AA.VV., *Sull’Arbitrato: Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli 2010, 254 ss.; C. CONSOLO, M. STELLA, *Brussels I Regulation. Amendment Proposals and Arbitration*, in F. POCAR, I. VIARENGO, F.C. VILLATA (a cura di), *Recasting Brussels I*, Padova 2012, 43 ss., in occasione delle proposte di riforma del Regolamento Bruxelles I *bis* e in relazione all’analogo problema che si pone, nello spazio giudiziario europeo, tra la competenza giurisdizionale delle autorità giudiziarie degli Stati membri in presenza di clausole arbitrali.

³⁸⁷ S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 204 ss., 263 ss.

³⁸⁸ C. CONSOLO, *Brussels I Regulation, Arbitration and Parallel Proceedings*, cit., 271.

³⁸⁹ Così A. BRIGUGLIO, *Il controllo del lodo: male necessario, perno essenziale di ogni indagine comparatistica sull’arbitrato, e chiave di volta della collocazione dell’arbitrato nel sistema e nella concreta esperienza*, in *Riv. arb.* 2016, 424 ss.

³⁹⁰ Così sempre A. BRIGUGLIO, *Il controllo del lodo: male necessario*, cit., 424 ss.

nieri (quali quello svizzero e quello spagnolo), imporrebbe un ripensamento dell'attuale articolazione, delineata dall'art. 830 c.p.c., tra giudizio meramente rescindente e giudizio rescissorio conseguente all'annullamento del lodo, nel senso che: "(...) si dovrà probabilmente tornare ad un maggior numero di ipotesi di rescissorio riaffidato agli arbitri"³⁹¹.

A tali proposte *de iure condendo* si affiancano quelle di chi auspica l'introduzione di una disciplina espressa sulla retrodatazione degli effetti della domanda proposta al giudice incompetente, l'onere di riproposizione della domanda (entro un termine perentorio e attraverso un atto conforme a quello introduttivo per il relativo giudizio) per la prosecuzione del giudizio e il vincolo per il giudice *ad quem* dell'indicazione contenuta nella declinatoria del giudice *a quo*, *ad instar* di quanto accade nell'ambito dei rapporti di competenza "debole" tra giudici ordinari³⁹².

5. *Il problema dell'impugnabilità del lodo arbitrale che abbia pronunciato, solo o anche, sulla potestas iudicandi arbitrale, affermandola o negandola (a fronte della pacifica impugnabilità, con il regolamento di competenza, della decisione del giudice statale sul medesimo oggetto)*

Le norme sulle impugnazioni delle decisioni, rispettivamente dell'arbitro e del giudice statale, sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, rivestono una significativa rilevanza per la tematica dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale, soprattutto nell'ambito del tentativo di ravvisare, in una prospettiva di coordinamento sistematico tra le due procedure, strumenti, meccanismi o snodi procedurali che consentano di eliminare i (o quantomeno di contenere gli effetti pregiudizievoli dei) conflitti positivi e negativi di competenza.

Mentre il tema dell'impugnabilità della decisione del giudice statale che si sia pronunciato sull'*exceptio compromissi*, affermando o declinando la propria *potestas iudicandi*, non pone soverchi problemi di inquadramento teorico e sotto il profilo pratico-applicativo, e su di esso torneremo in dettaglio nel quinto capitolo, in relazione al tema dell'impugnabilità del lodo arbitrale che abbia pronunciato (solo o anche) sulla *potestas iudicandi* arbitrale, affermandola o negandola, il dato normativo introdotto dalla riforma del 2006 non può dirsi risolutivo, lasciando, dunque, all'interprete, il compito di individuare con esattezza i mezzi di censura giudiziali più adeguati e conformi al sistema.

Come si è già avuto modo di illustrare nel secondo capitolo³⁹³, nel regime pre-

³⁹¹ A. BRIGUGLIO, *Il controllo del lodo: male necessario*, cit., 426.

³⁹² V., in tal senso, S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 263 ss.

³⁹³ V., in particolare, il par. 6.5.

riforma, l'orientamento assolutamente prevalente in giurisprudenza³⁹⁴ (generalmente supportato dalla dottrina, all'interno delle cui fila non sono peraltro mancate voci critiche³⁹⁵) era nel senso che, avverso il lodo che avesse pronunciato sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, non fosse esperibile il regolamento di competenza. Tale conclusione si fondava essenzialmente sul combinato disposto di cui ai commi 1 e 3 dell'art. 827 c.p.c. (nella versione post-riforma del 1994), ai sensi dei quali, da un lato, il lodo era soggetto *soltanto* all'impugnazione per nullità, per revocazione o per opposizione di terzo e, dall'altro, il lodo che risolveva alcune delle questioni insorte, senza definire il giudizio arbitrale, era impugnabile *solo unitamente al lodo definitivo*.

Da tali previsioni, che consentivano l'impugnazione *immediata*, oltre che del lodo definitivo, *solo del lodo che avesse deciso parzialmente il merito della controversia* (oltre che, evidentemente, del lodo declinativo), si desumeva la tassatività dell'elenco dei mezzi d'impugnazione ivi espressamente contemplati, tra cui non rientrava il regolamento di competenza³⁹⁶, nonché l'applicazione del principio

³⁹⁴ V., in tal senso, Cass. 9 ottobre 1987, n. 7513; Cass. 18 dicembre 1973, n. 3433, in *Giust. civ.* 1974, I, 1110; Cass. 20 maggio 1969, n. 1752, in *Foro it.*, 1969, I, 2198, nt. C.M. BARONE; Cass. 9 luglio 1965, n. 1431, in *Foro it.*, 1966, I, 571. In tal senso anche i giudici di merito: App. Roma 9 marzo 1992, n. 677, in *Riv. arb.* 1992, 705 ss., nt. R. MARENGO. In dottrina, nello stesso senso della giurisprudenza maggioritaria, v. R. VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 533 e 625; G. BONGIORNO, *Sulla "eccezione d'incompetenza" nel processo arbitrale*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1974, 135 ss.; C. PUNZI, voce *Arbitrato*, I) *Arbitrato rituale e irrituale*, cit., 26 e 27; ID., *Disegno sistematico*, 1ª ed., cit., II, 162; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, cit., 1954, III, 481.

³⁹⁵ Per riferimenti v., *supra*, il secondo capitolo. In estrema sintesi, la dottrina in linea di principio possibilista quanto all'esperibilità del rimedio del regolamento di competenza anche avverso un lodo arbitrale invocava, da un lato, la riconduzione della questione inerente alla sussistenza della *potestas iudicandi* arbitrale alla categoria della "competenza"; dall'altro, la difficoltà di sussumere sotto i motivi di nullità del lodo enucleati dall'allora vigente art. 829 c.p.c. le censure avverso un lodo declinatorio; dall'altro ancora, la collocazione del rimedio del regolamento di competenza nel libro primo del codice di rito, sicché solo le norme ivi contenute avrebbero potuto espressamente limitarne la proponibilità; infine, il ruolo apicale di giudice regolatore della competenza della Suprema Corte, che avrebbe dovuto conferirle il potere di conoscere di tutte le controversie riguardanti la competenza, *ivi comprese quelle inerenti al rapporto fra arbitri e giudici*.

³⁹⁶ In tal senso v., ad esempio, *ex multis*, Cass. 15 settembre 2000, n. 12175, in *Giur. it.* 2001, I, 1, 2037. V. anche App. Roma 9 marzo 1992, n. 677, in *Riv. arb.* 1992, 705 ss., per cui: "(...) l'espressa previsione dell'art. 827 c.p.c. – che limita i mezzi di impugnazione avverso le sentenze arbitrali all'impugnazione per nullità e alla revocazione – preclude l'applicabilità del rimedio generale del regolamento di competenza, senza che possa invocarsi la portata generale di tale mezzo di impugnazione fondato sul dettato dell'art. 323 c.p.c.; il regolamento di competenza, infatti, lungi dal costituire un rimedio di ordine generale, non è consentito sempre e in ogni caso contro le sentenze che pronunciano sempre sulla competenza, essendo espressamente escluso nei confronti delle sentenze del conciliatore (art. 46 c.p.c.)". In dottrina v. P.L. NELA, *Arbitrato rituale e regolamento*

della *conversione della causa d'incompetenza degli arbitri in motivi di nullità della sentenza arbitrale*, sicché ogni profilo di incompetenza dei giudici privati avrebbe dovuto essere fatto valere attraverso l'impugnazione per nullità di cui all'art. 827 ss. c.p.c.³⁹⁷.

Tuttavia, a puntellare la tesi sostenuta dall'orientamento maggioritario era soprattutto *l'impossibilità di ipotizzare un vincolo dell'arbitro alla decisione regolatrice della Suprema Corte*³⁹⁸, destinata a rimanere priva di ogni effetto, non essendo ipotizzabile alcun vincolo né nei confronti delle parti (di promuovere un nuovo giudizio arbitrale dinanzi agli arbitri precedentemente aditi che, con la pronuncia del lodo, avevano esaurito la loro funzione), né nei confronti di nuovi arbitri, per ipotesi aditi sulla base del patto oggetto della decisione della Cassazione (di sottostare al *dictum* di quest'ultima), ben potendo essi ribadire ed insistere nella declaratoria di incompetenza³⁹⁹.

Tale conclusione era costantemente ribadita dalla giurisprudenza dell'epoca. Si veda, ad esempio, Cass. 18 dicembre 1973, n. 3433, per la quale: "(...) questa Suprema Corte ha già avuto occasione di affermare (...) che 'le questioni di competenza relative al giudizio arbitrale restano attratte nella impugnazione [per nullità del lodo]. L'ammissibilità del regolamento di competenza, invero, è stata esclusa da tali pronunce e da altre precedenti (...) per la considerazione che la mancanza di ogni vincolo fra gli arbitri e la A.G.O. potrebbe rendere inoperante la stessa sentenza della Corte di Cassazione, in quanto gli arbitri potrebbero insistere nella propria decisione e rifiutarsi di giudicare'"⁴⁰⁰.

necessario di competenza, nota a Cass. 1° febbraio 2001, n. 1403; A. LEVONI, voce *Regolamento di competenza*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino 1997, 491; F.P. LUISO, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv. arb.* 1995, 14.

³⁹⁷ Così, *ex multis*, Cass. 30 gennaio 1995, n. 1079; Cass. 24 settembre 1996, n. 8407; Cass. 9 ottobre 1987, n. 7513; Cass. S.U. 31 luglio 1950, n. 2250.

³⁹⁸ L'orientamento tralaticio della Suprema Corte è stato ripreso ed efficacemente sintetizzato da Cass. 8 luglio 1996, n. 6205: la statuizione della Corte di cassazione, sia di quella pronunciata in sede di ricorso per cassazione, sia di quella resa in sede di regolamento per competenza, non comportava: "(...) alcuna preclusione per il collegio arbitrale, costituendo o già costituito, in ordine alla verifica della propria legittimazione a pronunciarsi sulla controversia ad essi deferita dai compromittenti, né, d'altro lato, impedi[va] che il lodo da essi emesso po[tesse] essere impugnato per nullità del compromesso, e cioè per motivi che esclud[evano] il valido conferimento agli arbitri del potere di decidere la controversia insorta tra le parti (...)".

³⁹⁹ Osservava Cass. 7 aprile 1997, n. 3001, che: "(...) il giudicato sulla competenza del giudice ordinario finirebbe con l'assumere la natura di un inammissibile regolamento preventivo di competenza, privando le parti dell'impugnativa per nullità del lodo emesso da arbitri non legittimamente investiti dalla loro potestas iudicandi, ai sensi dell'art. 829 c.p.c.". V. anche R. MARENGO, nota a App. Roma 9 marzo 1992, n. 677, in *Riv. arb.* 1992, 705 ss.

⁴⁰⁰ In *Giust. civ.* 1974, I, 1110. La decisione proseguiva poi statuendo che: "(...). Sia che gli arbitri omettano meramente di esaminare e risolvere alcuna delle questioni loro sottoposte con il compromesso, sia che essi impostando e resolvendo le questioni cosiddette di competenza, affermi-

5.1. *L'orientamento maggioritario contrario all'esperibilità del regolamento di competenza e le ragioni dei fautori dell'esperibilità, anche avverso il lodo che abbia pronunciato sulla potestas iudicandi arbitrale, del regolamento di competenza*

A seguito della riforma, la stragrande maggioranza della dottrina e della giurisprudenza, in considerazione di una serie di indici normativi ritenuti non agevolmente aggirabili, ribadisce la sua adesione alla tesi della non proponibilità del regolamento di competenza avverso il lodo che abbia pronunciato (solo o anche) sulla *potestas iudicandi* arbitrale, che rimarrebbe dunque soggetto, alle condizioni previste dalla legge, solo all'impugnazione per nullità, oltre che agli altri rimedi menzionati dall'art. 827 c.p.c.⁴⁰¹.

Tali indici normativi sarebbero, da un lato, il comma 1 dell'art. 827, che tra i rimedi impugnatori esperibili avverso il lodo, menziona solo l'impugnazione per nullità, la revocazione e l'opposizione di terzo, *ma non il regolamento di competenza*⁴⁰².

Dall'altro, il comma 2 della medesima norma, che consente l'impugnabilità

no che le questioni loro sottoposte non rientrino nella previsione compromissoria e si astengano dal prenderle in esame, ha luogo null'altro che una sentenza arbitrale che 'non ha pronunciato su alcuno degli oggetti del compromesso' (art. 829, n. 4 c.p.c.) e che quindi, in relazione a tale punto, è assoggettabile alla impugnazione per nullità”.

⁴⁰¹ Così G. RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 288 ss.; S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 386; S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 228; G. VERDE, *Lineamenti di diritto privato*, 5ª ed., cit., 23 ss.; G.P. CALIFANO, *Sul provvedimento dell'arbitro che afferma la propria competenza*, in *Riv. arb.* 2017, 494 ss.; G. CANALE, *La decisione degli arbitri sulla potestas iudicandi e la distinzione tra lodo non definitivo su questioni e lodo parziale secondo le Sezioni Unite*, nota a Cass. S.U. 18 novembre 2016, n. 23463, in *Riv. arb.* 2017, 89 ss. e in *Foro it.*, II, 2018, 2, 652 ss., nt. S. IZZO, *Lodi parziali e lodi non definitivi*. In tal senso, in giurisprudenza, v. Cass. 28 febbraio 2019, n. 5824, per la quale: “(...) la giurisprudenza non ha ritenuto di doversi spingere fino al punto da ritenere che la statuizione di un collegio arbitrale, che pronunci sulla propria competenza a decidere la controversia sottopostagli, sia impugnabile con il regolamento di competenza, atteso che, anche alla stregua della novella introdotta dal D.Lgs. n. 40 del 2006, emerge chiaramente dal tenore letterale dell'art. 819 *ter* c.p.c. che il legislatore ne ha consentito l'utilizzo esclusivamente avverso la pronuncia del medesimo tenore resa da un giudice ordinario”; Cass. 6 ottobre 2017, n. 23473; Cass. S.U. 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Foro it.* 2013, I, 3407; Cass. 7 novembre 2012, n. 19268.

⁴⁰² G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5ª ed., cit., 183 ss., per il quale l'interprete e l'operatore non dovrebbero cedere alla tentazione di estendere necessariamente al lodo i rimedi previsti per le sentenze, come se l'elencazione di cui all'art. 827 c.p.c. fosse meramente esemplificativa. Secondo C. DELLE DONNE, *Sub art. 817 c.p.c.*, cit., malgrado l'art. 827, nell'elenicare i mezzi di impugnazione esperibili avverso il lodo, non contenga più l'avverbio “soltanto” (sul quale molti interpreti, in passato, avevano fondato la tesi della non utilizzabilità di altri rimedi), l'analitica disposizione di cui all'art. 829 c.p.c., e in particolare i numerosi motivi di impugnazione ivi indicati, sottrarrebbes qualsiasi spazio applicativo al regolamento. Per un commento alle disposizioni contenute nell'art. 827 c.p.c. v. MARZOCCO, *Sub art. 827 c.p.c.*, in P. COMOGLIO *et al.* (a cura di), *Commentario del codice*, cit., 733 ss.

immediata *solo del lodo che decida parzialmente il merito* della controversia (il c.d. *lodo parziale di merito*)⁴⁰³, non, invece, del lodo che risolva alcune delle questioni insorte *senza definire il giudizio arbitrale* (il c.d. *lodo non definitivo*, a volte qualificato in dottrina e in giurisprudenza come *lodo interinale* o *interlocutorio*⁴⁰⁴)⁴⁰⁵, impugnabile solo unitamente al lodo definitivo⁴⁰⁶.

⁴⁰³ V. Cass. S.U. 18 novembre 2016, n. 23463, in *Giur. it.* 2016, 1929 ss., per la quale: “Lodo che decide parzialmente il merito della controversia, immediatamente impugnabile a norma dell’art. 827 comma 3 c.p.c., è sia quello di condanna generica ex art. 278 c.p.c., sia quello che decide una o alcune delle domande proposte senza definire l’intero giudizio, non essendo immediatamente impugnabili i lodi che decidono questioni pregiudiziali o preliminari”; Cass. 24 luglio 2014 n. 16963, in *Foro it.* 2015, I, 4001, per la quale: “(...) il lodo parziale è immediatamente impugnabile ai sensi dell’art. 827 esclusivamente quando, decidendo su una o più domande, abbia definito il giudizio relativamente ad essa e non anche in ipotesi in cui abbia deciso questioni preliminari di merito”. Ma v. *Peterodossa* Cass. 6 aprile 2012, n. 5634, in *Riv. arb.* 2014, 133, per la quale un lodo *parziale*, con cui il tribunale abbia affermato la sussistenza della propria *potestas iudicandi*, sarebbe immediatamente impugnabile, in quanto lodo su questione di merito.

⁴⁰⁴ V., ad esempio, E. MARINUCCI, *Note sul contrasto fra lodo non definitivo e lodo definitivo nel giudizio di impugnazione per nullità*, nota a App. Roma 11 aprile 2013, in *Riv. arb.* 2013, 964 ss., per la quale il lodo che si pronuncia sulla questione relativa alla competenza del collegio arbitrale a decidere la controversia (sulla base della validità e dei limiti oggettivi della convenzione di arbitrato): “(...) deve allora essere ricondotto ad una figura di lodo interlocutorio”, impugnabile solo unitamente al lodo definitivo, ai sensi dell’art. 827, comma 3, c.p.c.

⁴⁰⁵ Non è agevole individuare con precisione ed univocità le ragioni della distinzione tra le diverse pronunce dell’arbitro, soprattutto sotto il profilo del rispettivo regime di impugnabilità. In linea di principio, si tende a giustificare l’immediata impugnabilità del lodo parziale di merito perché questo, decidendo su una o più domande ed attribuendo dunque un bene della vita, inciderebbe *direttamente* sulle posizioni *sostanziali* delle parti in maniera *potenzialmente definitiva*, rappresentando un fardello più gravoso e pregiudizievole (nella misura in cui sarebbe altresì suscettibile di esecuzione forzata), necessitante, dunque, di essere subito sottoposto al controllo giudiziale. Il lodo non definitivo su questioni, invece, riguardando essenzialmente *la procedibilità del giudizio*, risulterebbe meno invasivo delle posizioni sostanziali delle parti, confluendo inoltre sempre nella pronuncia finale che potrebbe emendarne il contenuto. In tal senso v. L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 827 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 850; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 802 ss.; F.P. LUISO, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv. arb.* 1995, 20; G. CANALE, *La decisione degli arbitri sulla potestas iudicandi*, cit., 89 ss.

⁴⁰⁶ Nel passaggio dalla riforma del 1994 alla riforma del 2006, la norma che distingue tra lodi c.d. parziali e lodi c.d. non definitivi, anche sotto il profilo del rispettivo regime impugnatorio, è rimasta immutata. Prima della riforma del 1994, vi era assoluta libertà per l’arbitro di adottare pronunce su domande e/o questioni che non definissero il giudizio: la regola generale era in ogni caso quella per cui tutte queste pronunce, non risolutive del giudizio, non fossero impugnabili separatamente dal lodo definitivo: v., *ex multis*, Cass. S.U. 2 maggio 1997, n. 3829, in *Foro it.* 1997, I, 1751. Una parte della dottrina era tuttavia critica sull’immissibilità di lodi non definitivi su questioni, ammettendo solo quelli su domande: v., per riferimenti, G. RUFFINI, *La divisibilità del lodo arbitrale*, Padova 1993, 237 ss.; MONTESANO, *Sui lodi parziali di merito*, in *Riv. arb.* 1994, 247 ss.

Tra gli indici normativi richiamati dalla dottrina vi è anche l'art. 829 c.p.c., nella misura in cui contiene alcuni motivi di nullità tipizzati, che si attagliano proprio al caso in cui la parte interessata intenda censurare una decisione degli arbitri, sia affermativa che declinatoria, sulla propria *potestas iudicandi*.

Il riferimento è, in primo luogo, al comma 1, n. 10 dell'art. 829 c.p.c., che si riferisce al caso in cui un lodo concluda il procedimento senza decidere il merito della controversia e *il merito della controversia doveva essere deciso dagli arbitri*, con cui si ritiene possa essere contestata una decisione dell'arbitro *declinatoria* della propria "competenza"⁴⁰⁷. In secondo luogo, al comma 1, nn. 1 e 4, parte prima e seconda e nn. 6 e 8 dell'art. 829 c.p.c., che si riferiscono, rispettivamente, ai casi di invalidità della convenzione arbitrale; di pronuncia del lodo fuori dai limiti della convenzione; di decisione della controversia in ogni altro caso in cui *il merito non poteva essere deciso*; di lodo pronunciato dopo la scadenza del termine stabilito; nonché di lodo contrario ad altro ad altro precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti.

Si tratta, in tutti tali casi, di motivi con cui si ritiene possa essere contestata, dinanzi al giudice dell'impugnazione per nullità, una decisione dell'arbitro ver-tente sulla propria "competenza"⁴⁰⁸ e che renderebbero "pleonastico" il ricorso allo strumento del regolamento di competenza.

Nonostante il quadro normativo di cui si è dato conto, una parte della dottrina ritiene che considerazioni di natura sistematica condurrebbero, anche dopo le novità introdotte dalla riforma del 2006, a non escludere *a priori* l'esperibilità del regolamento di competenza avverso un lodo arbitrale che abbia pronunciato (anche o solo) sulla *potestas iudicandi* arbitrale⁴⁰⁹. Tale dottrina richiama l'atten-

⁴⁰⁷ M. BOVE, *La giustizia privata*, 4^a ed., cit., 213 ss., per il quale il motivo di cui al n. 10 sarebbe idoneo a comprendere tutte quelle ipotesi in cui gli arbitri si siano erroneamente convinti dell'insussistenza di un presupposto processuale, sia esso positivo o negativo, tra cui anche il caso in cui abbiano erroneamente ritenuto insussistente un valido patto arbitrale o abbiano erroneamente ritenuto che la decisione nel merito fosse impedita dalla presenza di un lodo non più impugnabile o di una sentenza passata in giudicato tra le stesse parti, che avesse già deciso la medesima controversia pendente dinanzi ad essi; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5^a ed., cit., 194, che ritiene rientrino nell'ambito del motivo di cui al n. 10, comma 1 dell'art. 829 c.p.c. tutti quei casi in cui gli arbitri abbiano erroneamente ritenuto di emettere una decisione, accogliendo una questione processuale di natura impediante. V., in proposito, anche Cass. 10 aprile 2014, n. 8457 e Cass. 7 novembre 2012, n. 19268.

⁴⁰⁸ Così G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 381; ID., *Sub art. 829 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale*, cit., 1277 e 1336; M. BOVE, *La giustizia privata*, 4^a ed., cit., 213 ss., che individua nel motivo di cui al n. 4 una sorta di "clausola di salvaguardia"; E. OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri*, cit., 121 ss.; Cass. 7 novembre 2012, n. 19268.

⁴⁰⁹ In tal senso, soprattutto E. ODORISIO, *Prime osservazioni*, cit., 273.

zione, innanzitutto, sul nuovo testo dell'art. 827, comma 1, c.p.c., nel quale non figura più l'avverbio "soltanto", presente invece nella versione pre-riforma: tale omissione dimostrerebbe che il legislatore non avrebbe inteso predisporre un elenco *tassativo* dei mezzi di impugnazione esperibili avverso un lodo arbitrale.

Anche per questa dottrina, tuttavia, la previsione di cui al n. 1 del comma 1 dell'art. 829 c.p.c. appare difficilmente aggirabile: contemplando, tra i motivi di impugnazione del lodo, la censura di *invalidità* della convenzione di arbitrato (da intendersi, come più volte ricordato, *estensivamente*, ossia comprensiva delle allegazioni di inesistenza, invalidità, inefficacia e grave irregolarità), essa rappresenterebbe lo strumento fisiologico per contestare un lodo affermativo della *potestas iudicandi* arbitrale, fondato, tuttavia, su una pattuizione arbitrale *viziata*. Ciò detto, potrebbe comunque ravvisarsi un limitato spazio di operatività per il regolamento di competenza con riferimento alle pronunce arbitrali *declinatorie*⁴¹⁰, proprio quando la chiusura in rito del procedimento sia stata determinata dalla ritenuta carenza di *potestas iudicandi* degli arbitri⁴¹¹, ferma restando l'invocabilità del motivo di cui al n. 10 del comma 1 dell'art. 829 c.p.c. (che si riferisce ai casi in cui il lodo concluda il procedimento senza decidere il merito della controversia, quando questo doveva invece essere deciso dagli arbitri), ogniqualvolta la mancanza di una decisione sul merito sia dipesa da motivi *diversi* dall'accertamento, da parte degli arbitri, dell'insussistenza della propria *potestas iudicandi*.

Ad ogni modo, la tesi sostenuta dall'orientamento maggioritario non consente di ricollegare alla pronuncia arbitrale sulla convenzione di arbitrato (asseritamente non assoggettabile a regolamento di competenza) alcun rilevante effetto in termini di potenziale coordinamento (preventivo rispetto alla *solo successiva* spendita di un giudicato formatosi sul merito) con eventuali procedure giudiziali sulla medesima causa, previamente, contestualmente o successivamente incardinate⁴¹². Infatti, la necessità di attendere la definizione del procedimento arbitrale prima di poter impugnare il capo della decisione sulla *potestas iudicandi* arbitrale, in uno con l'assoggettamento del lodo arbitrale sulla "competenza" ai mezzi "ordinari" di impugnazione (impugnazione per nullità dinanzi alla Corte d'appello ed even-

⁴¹⁰ S. BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, cit., 327.

⁴¹¹ S. BOCCAGNA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in C. CONSOLO, *Codice di procedura civile Commentario*, cit., 1506.

⁴¹² Tale constatazione rileva, evidentemente, solo in relazione a quelle ricostruzioni favorevoli a riconoscere un'efficacia extraprocessuale, quantomeno alla decisione arbitrale *definitiva* sulla propria *potestas iudicandi*: nell'ambito della tesi contrarie, infatti, la tempistica per giungere ad una decisione definitiva sulla questione risulta infatti del tutto irrilevante, nella misura in cui anche una decisione *definitiva* sulla *potestas iudicandi* arbitrale sarebbe in ogni caso inidonea ad esplicare qualsivoglia efficacia vincolante *al di fuori* del processo.

tualmente ricorso per cassazione avverso la decisione resa dalla Corte d'appello), rischia di spostare molto in là nel tempo, rispetto alle esigenze di coordinamento bilaterale tra le due procedure, il momento di cristallizzazione della decisione sulla competenza arbitrale, condizione essenziale affinché la stessa possa produrre effetti vincolanti nei confronti del giudice statale, sì da poter essere efficacemente invocata nell'ambito di un eventuale giudizio pendente dinanzi ad esso, onde paralizzarne la continuazione.

Sempre per ragioni di coerenza con il dato normativo vigente, si ritiene, altresì, che le parti non possano avvalersi dell'art. 360, comma 2, c.p.c. Detta norma, infatti, consente la diretta ricorribilità in cassazione avverso le sentenze del giudice statale pronunciate in primo grado, ove le parti si siano accordate per ometterne l'appello. Dal sistema delineato dal legislatore della riforma, tuttavia, emerge che, ad essere ricorribile per cassazione, non possa essere *direttamente* il lodo arbitrale, ma solo la sentenza del giudice statale (la Corte d'appello) che abbia deciso sull'impugnazione per nullità, richiedendosi dunque quale passaggio necessitato che il giudizio arbitrale, e il relativo prodotto finale, siano *già* confluiti nell'alveo dell'organizzazione giudiziaria. Nemmeno è consentito alle parti di assoggettare il lodo arbitrale ad un'impugnazione per nullità dinanzi ad un altro collegio arbitrale, *con esclusione della competenza del giudice statale*, perché ciò si porrebbe in contrasto con la previsione di cui al comma 1 dell'art. 829 c.p.c., ai sensi della quale le parti non possono mai rinunciare, per accordo preventivo, all'impugnazione per nullità del lodo: al più potrebbero convenire di sottoporre al controllo giudiziale *ex art. 827 ss. c.p.c.* il secondo lodo (quello reso in sede di impugnazione), anche se v'è il rischio, in tal caso, di un conflitto tra rimedi impugnatori. Stante, infatti, il divieto di rinunce preventive ad attivare il rimedio dell'impugnazione per nullità, una parte, a fronte di un'impugnazione proposta avverso il primo lodo dinanzi al secondo collegio arbitrale, potrebbe ciononostante adire, avverso il medesimo primo lodo, la Corte d'appello ai sensi degli artt. 827 ss. c.p.c.⁴¹³.

5.2. *Il tema della distinzione tra lodo parziale (immediatamente impugnabile) e lodo non definitivo (impugnabile solo insieme al lodo definitivo)*

Di norma gli arbitri si avvalgono di lodi non definitivi per decidere, in senso affermativo, questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito, *prodromiche* rispetto alla futura decisione sul merito della disputa, ma *inidonee*, in sé, in linea di principio, a definire il giudizio⁴¹⁴. Dal dato normativo di cui all'art. 827 c.p.c.

⁴¹³ Su ciò v. G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5ª ed., cit., 183 ss. e 194 ss., per il quale l'eventuale conflitto si dovrebbe risolvere in favore del primo procedimento e della prima decisione.

⁴¹⁴ Allorquando, invece, la loro decisione sia idonea a definire il giudizio, pur se vertente su

emerge una disciplina differente rispetto al regime delle *sentenze togate su questioni*⁴¹⁵, dal momento che, sebbene in entrambi i casi l'organo giudicante che si sia pronunciato su dette questioni si spogli del potere di riconsiderarle e rideciderle in un momento successivo della procedura, rimanendo vincolato al relativo accertamento, *solo la sentenza statale non definitiva è immediatamente impugnabile* (a seconda dei casi, con l'appello o con il ricorso per cassazione), rientrando nella discrezionalità della parte decidere se impugnarla subito o, *formulando apposita riserva*⁴¹⁶, differire l'esperibilità del rimedio impugnatorio al momento dell'impugnazione della sentenza definitiva⁴¹⁷. Il lodo *non definitivo su questioni*, invece,

questioni che, se decise in modo opposto, consentirebbero la prosecuzione del giudizio (come accade quando l'arbitro ritiene di essere privo della *potestas iudicandi*), dovranno essere necessariamente definite con lodo definitivo.

⁴¹⁵ In linea, d'altra parte, con gli auspici di autorevole dottrina, secondo cui, appunto, la disciplina dei lodi deve essere tenuta distinta, sul piano dei concetti, da quella delle sentenze: v., in tal senso, C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., II, 386; G. RUFFINI, *La divisibilità del lodo arbitrale*, cit., 439 ss.; L. MONTESANO, *Sui lodi parziali di merito*, cit., 2487 ss.; D. DALFINO, *Lodi non definitivi su questioni preliminari di merito*, in *Il Giusto proc. civ.* 2010, 303 ss. Sulla distinzione tra sentenze definitive, non definitive e parziali nell'ambito del processo ordinario v. A. CERINO CANOVA, *Sul contenuto delle sentenze non definitive di merito*, in *Riv. dir. proc.* 1971, 275; E. GARBAGNATI, *Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali*, in *Riv. dir. proc.* 1976, 257; ID., *Questioni pregiudiziali*, in *Enc. dir.* XXXVII, Milano 1987, 69; V. DENTI, *Sentenze non definitive su questioni preliminari di merito e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.* 1969, 213 ss.

⁴¹⁶ L'opinione che prevale è infatti nel senso che il lodo parziale, onde evitare che passi in giudizio, deve essere immediatamente impugnato, non essendo contemplabile in arbitrato l'istituto della riserva di impugnazione: in questo senso v. Cass. 6 aprile 2012, n. 5634, in *Riv. arb.* 2014, 133 ss., nt. E. DEBERNARDI, *Sull'impugnazione del lodo dichiarativo della competenza arbitrale*, per la quale nel procedimento arbitrale non troverebbe spazio l'istituto della riserva facoltativa d'impugnazione, attesa la mancanza dei presupposti pratici funzionali all'applicabilità di tale istituto; C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze*, cit., 526; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino 2010, 188; G. CANALE, *La decisione degli arbitri sulla potestas iudicandi*, cit., 89 ss.; G. RUFFINI, *La divisibilità del lodo arbitrale*, cit., 218 ss. In tal senso è anche la giurisprudenza maggioritaria: v. Cass. 26 aprile 2012, 5634, in *Riv. arb.* 2014, 133, nt. E. DEBERNARDI, *Sull'impugnazione del lodo dichiarativo della competenza arbitrale*; Cass. 26 marzo 2012, n. 4790, in *Giust. civ. Mass.* 2012, 3, 400; Cass. 3 febbraio 2006, n. 2444, in *Rep. Giur. it.*, voce "Arbitrato", n. 143; Cass. 22 febbraio 2002, n. 2566, in *Riv. arb.* 2002, 691. *Contra*, nel senso dell'ammissibilità della riserva di impugnazione anche nel contesto arbitrale v. F.P. LUISO, *Le impugnazioni del lodo*, cit., 20; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 817 ss. Per G.P. CALIFANO, *Le vicende del lodo: impugnazione e correzione*, in G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato*, Torino 2005, 470 l'impugnazione immediata sarebbe meramente facoltativa, non essendo dunque necessaria una riserva d'impugnazione per consentire il differimento dell'impugnazione. Prima della riforma, nel senso dell'ammissibilità della riserva, v. E. FAZZALARI, in A. BRIGUGLIO, E. FAZZALARI, R. MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano 1994, 194 ss.

⁴¹⁷ Secondo E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 773 ss., la decisione delle Sezioni Unite 18 novembre 2016, n. 23463 (su cui v. quanto si

stando al dato testuale della norma, risulterebbe impugnabile *solo assieme al lodo definitivo*⁴¹⁸.

A ben vedere, tuttavia, il tema dell'esatta qualificazione delle pronunce arbitrali, funzionale all'individuazione del relativo regime impugnatorio (immediata impugnabilità o impugnabilità solo insieme al successivo lodo definitivo), ma anche alla risoluzione di non poche altre delicate questioni di sistema⁴¹⁹, è di particolare complessità, oggetto di notevoli contrasti in dottrina⁴²⁰, nonché, nel corso degli anni, di frequenti mutamenti di indirizzo in giurisprudenza⁴²¹.

dirà subito *infra*, nel testo), nel ricondurre alla nozione di lodo parziale di merito le pronunce rese ai sensi degli artt. 277, comma 2, c.p.c. e 279, comma 2, n. 5, c.p.c., mentre a quella di lodo non definitivo (su questioni) quelle contemplate, nel giudizio ordinario, dall'art. 279, comma 2, c.p.c. (aventi ivi ad oggetto questioni preliminari di merito e soggette alla disciplina delle sentenze non definitive), avrebbe introdotto una significativa differenza con la disciplina del processo innanzi al giudice statale, dal momento che, in quest'ultimo, il regime dell'impugnazione della sentenza non definitiva *prescinde dal contenuto del provvedimento impugnato*; altre differenze tra le rispettive pronunce in ambito giudiziale ed arbitrale riguardano la possibilità di separazione delle cause e la liquidazione delle spese (tendenzialmente irrilevanti in sede arbitrale).

⁴¹⁸ In tal senso v. Cass. S.U. 18 novembre 2016, n. 23463, in *Giur. it.* 2016, 1929 ss.; Cass. 24 luglio 2014, n. 16963, in *Giur. it.* 2014, 1812.

⁴¹⁹ Quali, ad esempio, il problema del coordinamento dell'impugnazione del lodo parziale con la prosecuzione del giudizio arbitrale o il problema attinente alla stabilità del lodo nel prosieguo del giudizio (su cui v. L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 827 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 858 ss.; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 815 ss.). Ricorda G. CANALE, *La decisione degli arbitri sulla potestas iudicandi*, cit., 89 ss. (cui si rinvia per ulteriori riferimenti, oltre che a M. DE SANTIS, *La reviviscenza del lodo dopo la cassazione della sentenza di annullamento*, in *Riv. dir. proc.* 2016, 107), che, secondo l'orientamento consolidato, il lodo non definitivo non sopravviverebbe nel caso in cui il procedimento arbitrale non dovesse giungere a conclusione e vi fosse la pronuncia di un lodo definitivo o parziale.

⁴²⁰ Per riferimenti v. G. CANALE, *La decisione degli arbitri sulla potestas iudicandi*, cit., 89 ss.; G.P. CALIFANO, *Il sistema di impugnazione dei lodi non definitivi nella nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. arb.* 1995, 37; L. MONTESANO, *Sui lodi parziali di merito*, in *Riv. arb.* 1994, 247 ss.; MARZOCCO, *Sub art. 827 c.p.c.*, in P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. CASSANI, R. VACCARELLA (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Torino 2014, 733; E. MARINUCCI, *Note sul contrasto tra lodo non definitivo e lodo definitivo nel giudizio di impugnazione per nullità*, in *Riv. arb.* 2013, 963; G. RUFFINI, S. BOCCAGNA, *Sub art. 827*, in M. BENEDETTI, C. CONSOLO, L. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Commentario*, cit., 321.

⁴²¹ Se per una parte della giurisprudenza la nozione di lodo "parziale" identificava unicamente le pronunce arbitrali di una o più domande oggetto del giudizio (in tal senso v. Cass. 26 marzo 2012, n. 4790; Cass. 24 luglio 2014, n. 16963), per un'altra parte essa includeva altresì decisioni arbitrali su questioni preliminari di merito o pregiudiziali di rito (v., in tal senso, Cass. 6 aprile 2012, n. 5634; Cass. 17 febbraio 2014, n. 3678). Notevoli, in particolare, sono state le oscillazioni della giurisprudenza sul regime impugnatorio dei lodi pronunciatisi su mere questioni. V., ad esempio, Cass. 26 marzo 2012, n. 4790, per la quale rientrerebbero nella categoria dei lodi definitivi, dunque non immediatamente impugnabili, quelle pronunce che giudicano

In linea di principio, l'opinione prevalente, supportata da un'altalenante giurisprudenza, ha tendenzialmente individuato il discrimine tra lodi *parziali* e lodi *non definitivi* nel fatto che i primi avrebbero ad oggetto *domande* (una o più domande o uno o più capi di domanda, ma sempre tendenzialmente attributivi di un autonomo e precisamente individuabile "bene della vita"), mentre i secondi solo *mere questioni* (tendenzialmente pregiudiziali di rito o preliminari di merito, in senso non ostativo alla prosecuzione del giudizio)⁴²². Tra gli "oggetti" delle decisioni arbitrali non univocamente inquadrati dalla dottrina e dalla giurisprudenza⁴²³, quello forse maggiormente dibattuto è rappresentato proprio dalla questione della *potestas iudicandi* degli arbitri, ossia dell'esistenza, validità ed efficacia di una convenzione arbitrale.

Le Sezioni Unite sono di recente intervenute sul tema, con una pronuncia di notevole interesse sistematico, al fine di comporre un acceso contrasto interpretativo emerso nel corso degli anni non solo in seno alla giurisprudenza di merito, ma altresì nell'ambito della dottrina⁴²⁴. Nella decisione del 18 novembre 2016, n.

solo sull'ammissibilità e procedibilità del giudizio degli arbitri, trattandosi di questioni preliminari di merito o pregiudiziali, la cui risoluzione condizionerebbe la decisione, da parte degli arbitri, delle altre domande proposte; in senso opposto v. Cass. 6 aprile 2012, n. 5634 e Cass. 10 aprile 2014, n. 8457, per le quali il lodo che provveda sulla "competenza" degli arbitri a decidere della controversia, alternativamente ritenendo la sussistenza di una valida clausola compromissoria intercorsa tra le parti, o escludendo la propria "competenza" e così definendo il giudizio, sarebbe in ogni caso da qualificarsi come "parziale" e dunque soggetto ad impugnazione immediata, avendo deciso una questione preliminare di merito ai sensi dell'art. 279, comma 2, n. 4, c.p.c. Su tale contrasto v. E. MARINUCCI, *Note sul contrasto fra lodo non definitivo e lodo definitivo*, cit., 969 ss.; G.P. CALIFANO, *Sul provvedimento dell'arbitro che afferma la propria competenza*, in *Riv. arb.* 2017, 491 ss.

⁴²² E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 806 ss., spec. ntt. 120, 121, 122 e 123; F.P. LUISO, *Le impugnazioni del lodo*, cit., 13; ID., *Intorno agli effetti dei lodi non definitivi o parzialmente definitivi*, in *Riv. arb.* 1998, 594; G. CANALE, *La decisione degli arbitri sulla potestas iudicandi*, cit., 89 ss.; D. DALFINO, *Lodi non definitivi su questioni preliminari di merito*, cit., 318 ss.; G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, III, Bari 2015, 352 ss., per il quale il "lodo parziale" sarebbe da intendersi come quel provvedimento: "(...) limitato all'accoglimento o al rigetto di taluna delle più domande oggetto del giudizio". V., in tal senso, Cass. 26 marzo 2012, n. 4790; Cass. 24 luglio 2014, n. 16963.

⁴²³ Si pensi, ad esempio, alla pronuncia di condanna generica: se l'opinione prevalente in dottrina (da ultimo confermata anche dalle Sezioni Unite nella decisione 18 novembre 2016, n. 23463) tende a ricondurla alla categoria dei lodi *parziali*, altri autori (tra cui C. CAVALLINI, *Condanne speciali e arbitrato rituale*, in *Riv. arb.* 1996, 690 ss.) ritengono invece che dovrebbe assumere la forma del lodo *non definitivo*. Si pensi anche alla pronuncia arbitrale che rigetti un'eccezione di merito non rilevabile d'ufficio (per taluno da qualificarsi come lodo *non definitivo su questioni*: così C. CAVALLINI, *Questioni preliminari di merito e lodo non definitivo nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 1995, 1140; ID., *Condanne speciali e arbitrato rituale*, cit., 690 ss.; per altri quale lodo *parziale*: così L. MONTESANO, *Sui lodi parziali di merito*, cit., 247 ss.).

⁴²⁴ In dottrina, infatti, il tema dell'individuazione della forma del provvedimento arbitrale aven-

23463⁴²⁵, esse hanno ribadito la tesi della non immediata impugnabilità di un lodo che abbia pronunciato sulla convenzione di arbitrato.

Nello specifico, le Sezioni Unite, conformandosi al recente indirizzo interpretativo delineato dalla Consulta e dalla stessa Cassazione, hanno inquadrato l'arbitrato come fenomeno propriamente giurisdizionale, pienamente fungibile ed alternativo rispetto alla giurisdizione statale, riconducendo i rapporti arbitro-giudice statale allo schema della "competenza". Sulla base di tali premesse, le Sezioni Unite hanno qualificato la questione della esistenza, validità ed efficacia di una convenzione arbitrale in termini di *questione pregiudiziale di rito*, funzionale a ricondurre il loro sindacato sulle pronunce arbitrali sulla "competenza" degli arbitri (filtrato da una previa valutazione della Corte d'appello adita in sede di impugnazione di nullità del lodo) all'accertamento di un *error in procedendo*, che vizierebbe una decisione dagli effetti giurisdizionali, quale sarebbe, appunto, il lodo.

Secondo le Sezioni Unite, la distinzione tra lodi *parziali* e lodi *non definitivi* sarebbe solo in parte sovrapponibile a quella tra sentenze *definitive* e sentenze *non*

te ad oggetto la questione della *potestas iudicandi* arbitrale è stato (ed è tutt'ora) influenzato dal particolare inquadramento teorico di quella questione. La dottrina incline a ravvisarne un carattere essenzialmente processuale, collocandola tra le questioni pregiudiziali di rito, tende a preferire la forma del lodo non definitivo, dunque, ai sensi del comma 3 dell'art. 827 c.p.c., non immediatamente impugnabile (v., in tal senso, C. DELLE DONNE, *Sub art. 817 c.p.c.*, cit., che esclude del resto l'immediata impugnabilità del lodo sulla *potestas iudicandi* degli arbitri mediante il regolamento di competenza anche alla luce dell'analitica disposizione di cui all'art. 829 c.p.c., e in particolare dei numerosi motivi di impugnazione ivi indicati, che sottrarrebbe qualsiasi spazio applicativo al regolamento). Chi, invece, ravvisa nella suddetta questione (argomentando anche in base alla previsione di cui al comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c., che ne consente l'autonoma deducibilità in giudizio), un *bene della vita*, seppur strumentale, identificabile nello specifico diritto ad optare per un meccanismo di risoluzione delle controversie alternativo alla giurisdizione statale, caratterizzato da una serie di vantaggi attesi (in termini di *expertise* degli arbitri, di maggior riservatezza, di maggior flessibilità della procedura, di un più agevole regime di circolazione della pronuncia a livello internazionale), ritiene che debba essere decisa nella forma di un lodo parziale: in tale ultimo senso v. L. SALVANESCHI, *Sub art. 827 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 852 ss., che sottolinea come chi rimanga soccombente sulla disputa relativa alla *potestas iudicandi* arbitrale vedrebbe inciso in maniera definitiva il suo diritto. Per E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 808 e E. MARINUCCI, *Note sul contrasto*, cit., 967, un lodo non risolutivo sulla *potestas iudicandi* arbitrale (ossia non idoneo a terminare il giudizio, avendo respinto l'eccezione di carenza di potere decisorio degli arbitri e consentito così la prosecuzione del giudizio arbitrale) potrebbe bensì essere qualificato come *parziale*, ma solo ammettendo che il contrasto sul punto sia possibile oggetto di domanda di merito e che quest'ultima sia stata esplicitamente formulata.

⁴²⁵ In *Giur. it.* 2016, 1929 ss., nt. L. ROVELLI, *L'impugnazione del lodo parziale e la nozione di definitività. (Variazioni sul tema alla luce della più recente giurisprudenza anche in ordine all'interpretazione del 3° comma dell'art. 360 c.p.c.)*; in *Riv. arb.* 2017, 89 ss., nt. G. CANALE, *La decisione degli arbitri sulla potestas iudicandi*, cit.; in *Giur. it.* 2017, 157 ss., nt. F. GODIO, *(In)competenza e (in)validità della clausola compromissoria*, cit.

definitive di cui all'art. 279 c.p.c. e dovrebbe essere operata in base al criterio normativo fissato negli artt. 360, comma 3 e 361, comma 1, c.p.c., secondo i quali l'immediata ricorribilità in cassazione è contemplata solo avverso le sentenze di condanna generica *ex art. 278 c.p.c.* e avverso quelle che decidono una o alcune delle domande, senza definire l'intero giudizio. In dottrina si è criticato il criterio invocato, nella misura in cui le norme richiamate non governano l'appellabilità delle sentenze parziali o non definitive *rese in primo grado* (ossia fattispecie analoghe a quelle delle pronunce arbitrali impugnabili), ma l'impugnazione per cassazione delle sentenze parziali e non definitive *rese in sede di giudizio di appello*, soggette ad un regime significativamente diverso dalle prime⁴²⁶.

Ad ogni modo, in base al criterio così individuato, le Sezioni Unite hanno stabilito che, ai sensi e per gli effetti di cui al comma 3 dell'art. 827 c.p.c., per "lodo che decide parzialmente il merito della controversia" debba intendersi sia quello di condanna generica *ex art. 278 c.p.c.*, sia quello che decida una o alcune delle domande proposte senza definire l'intero giudizio (*ad instar, mutatis mutandis*, delle pronunce rese ai sensi degli artt. 277, comma 2 e 279, comma 2, n. 5, c.p.c.), mentre, per "lodo che risolve alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio arbitrale", debba intendersi una pronuncia su questioni preliminari di merito o su questioni pregiudiziali di rito, ossia su questioni riconducibili, *mutatis mutandis*, all'art. 279, comma 2, n. 4, c.p.c. (che, in sede giudiziale, sono soggette al regime delle sentenze non definitive).

Alla luce di tale impostazione, l'impugnazione per invalidità della clausola compromissoria (essendo finalizzata all'accertamento di un *error in procedendo*, che, per disposto dell'art. 829, comma 1, n. 1, c.p.c., rileverebbe quale vizio di nullità del lodo), rientrerebbe nel novero delle questioni pregiudiziali di rito, in relazione alle quali l'art. 827 c.p.c. esclude l'immediata impugnabilità del lodo che si sia pronunciato soltanto su di esse.

Sebbene con una motivazione non del tutto esente da critiche, l'indicazione che emerge dal *dictum* delle Sezioni Unite appare piuttosto chiara: la qualificazione delle pronunce arbitrali come lodi parziali o lodi non definitivi dipende non tanto dal loro contenuto od oggetto, *ma dall'idoneità o meno a definire, in tutto o in parte, il giudizio*. Alla luce del *dictum* delle S.U., dunque, un lodo affermativo della "competenza" degli arbitri, conseguente al rigetto di un'eccezione volta a contestare la sussistenza della loro *potestas iudicandi*, dovrebbe considerarsi sempre *non definitivo*, e dunque mai immediatamente impugnabile (al pari di ogni altra decisione che, risolvendo una questione pregiudiziale di rito o prelimi-

⁴²⁶ Lo nota, in particolare, G. CANALE, *La decisione degli arbitri sulla potestas iudicandi*, cit., 98, per il quale: "(...) in assenza di una disciplina unitaria, ricavare il criterio da quello relativo alla ricorribilità per cassazione mi pare debba essere oggetto di riflessione (...), ancor più se in riferimento all'impugnazione per nullità, che è rivolta alla corte d'appello e non al giudice di legittimità. (...)".

nare di merito, rilevabile d'ufficio o su istanza di parte, non osti alla prosecuzione del giudizio). Viceversa, un lodo che rigetti una o più delle domande cumulate per carenza di *potestas iudicandi* dovrebbe intendersi quale *lodo parziale*, dunque immediatamente impugnabile⁴²⁷.

L'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, se, da un lato, pare escludere la configurabilità della questione della *potestas iudicandi* arbitrale in termini di *bene autonomo della vita*, direttamente incidente sulle situazioni *lato sensu* sostanziali (seppur strumentali) delle parti⁴²⁸, sì da imporre l'assoggettamento della relativa pronuncia all'immediato scrutinio giudiziale, dall'altro, pone un ostacolo non indifferente ai tentativi di *anticipare* l'emersione di uno strumento di coordinamento tra le due procedure, rispettivamente, arbitrale e giudiziale, sulla medesima causa, *rispetto al momento della formazione del giudicato sul merito della lite*, (come potrebbe, invece, accadere, ad esempio, ancorando il coordinamento alla prima decisione sulla *potestas iudicandi* che, in una delle due sedi, sia divenuta incontrovertibile e così evidentemente solo nell'ambito di quelle tesi favorevoli ad attribuire anche ad una decisione su tale questione un'efficacia extraprocessuale e vincolante spendibile nell'altro giudizio).

Stando ai principi enucleati dalla Suprema Corte, infatti, prima di pervenire ad un "giudicato" su tale questione si dovrà attendere, rispettivamente, in sede arbitrale, la celebrazione di un intero giudizio sul merito della causa (salvo il caso del lodo declinatorio che, essendo idoneo a definire il giudizio, sarà immediatamente impugnabile); in sede giudiziale, invece, alternativamente, la celebrazione, anche in tal caso, di un intero giudizio sul merito della causa (ove il giudice istruttore ritenga *prima facie* di essere fornito di competenza in ragione della ritenuta invalidità o inefficacia della convenzione arbitrale eccepita da una parte, ma ometta di decidere separatamente sulla questione mediante una sentenza non definitiva, rinviando la decisione della questione al momento della decisione sul merito), oppure la pronuncia di una sentenza non definitiva (nel caso di accertata insussistenza di un valido patto arbitrale) o definitiva (nel caso, opposto, di accertata sussistenza di un valido patto arbitrale), la cui incontrovertibilità dovrà comunque attendere il decorso dei termini per la proposizione del regolamento, necessario o facoltativo, di competenza, oppure, in caso di sua proposizione tempestiva, la celebrazione di un ulteriore "grado" giudizio (quello, appunto, in sede di regolamento).

Insomma, la decisione della Suprema Corte pare aver privilegiato la *ratio* e lo spirito che reggono il sistema delle "vie parallele", ossia la reciproca autonomia ed

⁴²⁷ V., in tal senso, F. GODIO, *(In)competenza e (in)validità della clausola compromissoria*, cit., 159.

⁴²⁸ In tal senso v. L. SALVANESCHI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 574 e 588 ss.; C. CONSOLO, *Litispendenza e commessione*, cit., 672.

indifferenza delle due procedure sulla medesima causa⁴²⁹, rispetto alle esigenze di coordinamento sistematico.

6. *Il sindacato della Corte d'appello, in sede di impugnazione per nullità, sui vizi del lodo attinenti alla carenza di potestas iudicandi degli arbitri*

Per quanto riguarda il controllo della Corte d'appello su un lodo che abbia pronunciato (anche o solo) sulla *potestas iudicandi* arbitrale (esercitabile non direttamente ed immediatamente, ma parrebbe – ai sensi del comma 3 dell'art. 827 c.p.c. – solo attraverso il filtro di un lodo parziale o definitivo sul merito della lite, salvo il caso del lodo declinatorio per accertata carenza della *potestas iudicandi*, che è in ogni caso un lodo *definitivo*, e alla luce, a seconda del vizio allegato dalla parte ricorrente, dei motivi, alternativamente o cumulativamente, di cui ai nn. 1, 2, 3, 4, 8 e 10 del comma 1 dell'art. 829 c.p.c.), si registrano ricostruzioni contrastanti.

Per una parte della dottrina e della giurisprudenza, che rappresenta l'orientamento di gran lunga prevalente, in tal caso si sarebbe di fronte ad un potere di *cognizione piena* da parte del giudice statale, non limitato cioè ad un controllo ("estrinseco") della legittimità della condotta processuale degli arbitri e della logicità, completezza e non contraddittorietà della motivazione da essi addotta nel valutare la convenzione di arbitrato, ma vertente *direttamente* su quest'ultima, con esame autonomo e incondizionato rispetto a quello compiuto dall'arbitro⁴³⁰.

⁴²⁹ Osserva G. CANALE, *La decisione degli arbitri sulla potestas iudicandi*, cit., 98, che l'immediata impugnazione del lodo degli arbitri che non abbia definito il giudizio rappresenterebbe un profilo di rilevante complicazione del processo arbitrale.

⁴³⁰ In tal senso v. F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, cit., 781 ss.; ID., *Dopo il lodo – Il controllo*, cit., 3, per il quale: "(...) nella sede, ove è fatta valere la nullità della sentenza o del lodo, si apre un giudizio di primo grado, nel quale la cognizione del decidente sul vizio denunciato è piena e non condizionata dall'opinione che, rispetto alla questione dedotta, abbia eventualmente espresso colui che ha emesso l'atto oggetto di impugnazione"; C. DELLE DONNE, *Sub art. 817 c.p.c.*, cit., in P. COMOGLIO *et al.* (a cura di), *Commento del codice*, cit., 533 ss.; M. BOVE, *La giustizia privata*, 4^a ed., cit., 220 ss. e 235 ss.; G. VERDE, *Lineamenti di diritto privato*, 5^a ed., cit., 22 ss.; S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 230 ss.; S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 396 ss. In tal senso v. anche, *ex multis*, Cass. S.U. 18 novembre 2016, n. 23463, in *Giur. it.* 2016, 1929; Cass. 23 febbraio 2016, n. 3481, in *Riv. dir. proc.* 2016, 1343; Cass. 8 ottobre 2014, n. 21215; App. Milano 1° luglio 2014, n. 2518, in *Giur. it.* 2015, 172; Cass. 28 marzo 2007, n. 7649. In tal senso, prima della riforma, v. Cass. 24 settembre 1996, n. 8407, in *Riv. arb.* 1996, 731. L'orientamento opposto, minoritario, è ben illustrato da Cass. 21 settembre 2004, n. 18917 (influenzata dall'adesione alla tesi privatistico-negoziale del lodo inaugurata dalle S.U. con la decisione n. 527 del 2000), per la quale: "(...) una volta che gli arbitri abbiano fissato, mediante interpretazione della clausola, l'ambito oggettivo di essa e quindi

Con l'impugnazione del lodo per motivi attinenti alla *potestas iudicandi* non si dedurrebbero, in altri termini, *errores in iudicando*, bensì *errores in procedendo*, con devoluzione, *ex novo*, alla cognizione del giudice d'appello, della questione della *potestas iudicandi* degli arbitri *nella sua immediatezza ed interezza*⁴³¹, senza che la sua valutazione sulla convenzione arbitrale debba essere filtrata (come accade, invece, nei giudizi di legittimità dinanzi alla Suprema Corte nei casi in cui si deduca, ad esempio, la violazione o la falsa applicazione di norme di diritto) da uno scrutinio su eventuali errori commessi dagli arbitri (sotto il profilo, appunto, del vizio di motivazione o della violazione delle regole sull'interpretazione dei contratti)⁴³².

Alla Corte d'appello (come avviene per tutte le questioni di carattere processuale, e non di merito⁴³³), verrebbe insomma devoluta la questione della sussisten-

del loro potere decisorio, il relativo *dictum*, proprio in quanto ha previamente definito i 'confini' della clausola stessa, non è impugnabile per nullità ai sensi dell'art. 829, 1 co. n. 4 c.p.c. (per avere cioè 'pronunciato fuori dei limiti del compromesso' o della clausola compromissoria), bensì unicamente ai sensi del combinato disposto degli art. 829, 1 co., n. 5 e 823, 2 co. n. 3 c.p.c., vale a dire nel solo caso in cui la motivazione sul punto in esame risulti radicalmente inidonea alla comprensione dell'*iter* logico-giuridico seguito dal collegio arbitrale o all'individuazione della *ratio decidendi* del lodo, ovvero, ai sensi dell'art. 829, 2 co. c.p.c., per violazione o falsa applicazione delle regole ermeneutiche codicistiche".

⁴³¹ Così Cass. S.U. 18 novembre, n. 23463 in *Giur. it.* 2016, 1929 che, nel ribadire la natura di questione pregiudiziale di rito dell'oggetto della decisione dell'arbitro sulla propria competenza, statuisce: "Nel caso dell'impugnazione per invalidità della clausola compromissoria, essa mira all'accertamento di un *error in procedendo* che, per disposto dell'art. 829, primo comma, n. 1 c.p.c., rileva quale vizio di nullità del lodo". Nello stesso senso v. Cass. 8 ottobre 2014, n. 21215.

⁴³² M. BOVE, *Il patto compromissorio*, cit., 438 ss.; F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, cit., 781 ss.

⁴³³ Sulla qualificazione dell'oggetto, di rito o di merito, del giudizio di impugnazione per nullità di un lodo arbitrale instaurato per censurare la decisione degli arbitri sulla propria *potestas iudicandi* si registrano alcune divergenze in dottrina. S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 230 ss. ricorda come tra il 2000 e il 2006, in pieno regime "negozialistico", la giurisprudenza ritenesse che l'esame demandato alla Corte d'appello, chiamata a pronunciarsi sulle censure mosse alla decisione arbitrale sulla propria *potestas iudicandi*, investisse una questione di merito, com'era quella attinente alla validità e all'interpretazione di una convenzione arbitrale. V., in tal senso, Cass. 21 settembre 2004, n. 18917, in *Riv. arb.* 2005, 275; Cass. 3 febbraio 2005, n. 2379, in *Riv. arb.* 2006, 469, per cui: "(...) la sentenza della corte di appello che dichiara la nullità per invalidità della clausola compromissoria, non costituisce una pronuncia sulla competenza, ma decide una questione di merito, ed è perciò impugnabile con il ricorso ordinario per cassazione". Nel contesto normativo post-riforma del 2006, e alla luce della svolta in senso giurisdizionalistico della prevalente giurisprudenza, secondo l'autrice la Corte d'appello, nel decidere della nullità del lodo, non esaminerebbe alcuna "questione di merito" in senso proprio, ma si soffermerebbe "sulla questione della validità della clausola compromissoria (...) e, quindi, implicitamente, soltanto (...) sull'appartenenza della competenza (agli arbitri o al giudice ordinario) a decidere la controversia". Secondo F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, cit., 782, aver deciso il merito senza averne il potere (o viceversa) integrerebbe un *error in procedendo*. Al contrario non costituirebbe alcun *error in iudicando* aver erroneamente ritenuto di avere o di non avere il potere di decidere il merito. *Contra* M.

za o insussistenza *tout court* del potere decisorio degli arbitri, non, invece, l'eventuale erroneo esercizio dello stesso nel determinare quella sussistenza o insussistenza⁴³⁴.

La tesi che prevale in dottrina e giurisprudenza appare invero in linea con il ruolo attribuito dal legislatore all'autorità giudiziaria, chiamata a verificare che la scelta delle parti in favore della giustizia privata, con conseguente rinuncia ad adire il giudice naturale precostituito per legge, sia *oggettivamente* legittima, consapevole e conforme alle forme e ai modi prescritti dalla legge. Invero, in tanto la giustizia privata può sostituirsi alla giustizia statale nella tutela delle posizioni sostanziali delle parti, in quanto l'opzione in suo favore sia *effettiva e legittima*.

In tale contesto, è proprio all'autorità giudiziaria che spetta, per legge, il compito di "supervisore" e controllore di quella *effettività* e di quella *legittimità*. Risulterebbe, dunque, difficilmente accettabile una limitazione del sindacato del giudice statale sul prodotto finale di quella procedura, sia che avvenga in nome dei principi di autonomia ed indipendenza dell'arbitrato rispetto alle interferenze dell'autorità giudiziaria (che valgono bensì con riferimento allo svolgimento della procedura arbitrale e alla decisione sul merito, ma non possono prevenire un controllo – successivo – di legalità dell'arbitrato nel suo complesso, sotto forma della verifica della *effettiva* sussistenza dei presupposti dei poteri degli arbitri e dell'*effettivo* rispetto delle norme inderogabili dell'ordinamento); sia che avvenga per il solo fatto che già gli arbitri hanno compiuto, con cognizione piena, l'esame della sussistenza dei presupposti del loro potere, perché vorrebbe dire conferire al "controllante" una supervisione non libera ed efficace, ma subordinata alla condotta, e financo agli errori, del "controllato".

D'altra parte, la prospettiva contraria ad un sindacato pieno della Corte d'appello finirebbe per aggirare il disposto di cui al comma 1 dell'art. 829 c.p.c., secondo cui l'impugnazione per nullità è ammessa per i motivi ivi elencati, *nonostante qualunque preventiva rinuncia*, perché limitare il controllo del giudice d'appello alla verifica dell'adeguatezza dell'operato degli arbitri, o, in altri termini, ridurre,

BOVE, *La giustizia privata*, 4a ed., cit., 235 ss., per il quale non vi sarebbero dubbi sul fatto che l'oggetto del giudizio di impugnazione del lodo sia, in generale, una "questione di merito", da non intendersi, tuttavia, come situazione o rapporto di natura sostanziale, quanto, piuttosto, come "oggetto processuale", ossia la questione attinente alla nullità/annullabilità del lodo. In sostanza, la sentenza della Corte d'appello che pronuncia sulla questione della esistenza, validità o efficacia di una convenzione arbitrale: "(...) non è mai una pronuncia di competenza impugnabile con regolamento di competenza, perché ad essa non si riferisce certo l'art. 819 *ter* c.p.c. (...) qui la corte di appello non pronuncia sulla sua competenza, bensì sulla nullità o meno di un lodo, oggetto di merito del relativo giudizio di impugnazione".

⁴³⁴ F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, cit., 781.

direttamente o indirettamente, l'ambito di sindacabilità del lodo, significherebbe, di fatto, comprimere lo spettro, la portata e l'efficacia dell'impugnazione per nullità, di fatto assoggettando, in contrasto con il contenuto di quella disposizione, i vizi attinenti alla *potestas iudicandi* arbitrale a un regime più simile a quello dell'*ingiustizia* di cui al comma 3 dell'art. 829 c.p.c., anziché a quello dell'*invalidità* di cui al comma 1 dell'art. 829 c.p.c.⁴³⁵.

Si tratterebbe di un esito non dissimile (se non per intensità, quantomeno per modalità) da quello derivante dal conferimento, agli arbitri, per via pattizia, del potere di decidere *in via esclusiva* di tutti i profili attinenti alla convenzione di arbitrato⁴³⁶, secondo una prassi in uso nell'ordinamento tedesco prima della riforma del 1998 con il ricorso all'istituto della *Kompetenz Kompetenz Klausel* (o convenzione arbitrale "di secondo grado"⁴³⁷), avente ad oggetto non già il rapporto sostanziale, ma, appunto, la convenzione che a tale rapporto si riferisce⁴³⁸: conferimento che risulterebbe, appunto, confliggente con la norma imperativa di cui al comma 1 dell'art. 829 c.p.c.⁴³⁹.

⁴³⁵ Sulla *summa divisio* fra *invalidità* ed *ingiustizia*, ossia fra un provvedimento viziato perché emesso in violazione delle regole che ne disciplinano la formazione ed un provvedimento non conforme, quanto al suo contenuto, al metro di giudizio che l'autore di detto provvedimento deve adottare nella decisione v. F.P. LUISEO, *Dopo il lodo – Il controllo*, cit., 1 ss., che ricorda come la distinzione esista sin dai tempi del processo formulare romano (su cui v. R. ORTESANO, *Appello, a diritto romano*, in *Enc. dir.* II, Milano 1958, 708 ss.; MALMUSI, *Cosa giudicata (Materia civile)*, in *Dig. it.*, VIII, 4, 221), che contemplava l'illimitata rilevanza della nullità della sentenza dello *iudex* e l'irrelevanza assoluta della stessa. Su tale distinzione v., più in generale, P. CALAMANDREI, *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, in *Opere giuridiche*, VIII, Napoli 1979, 249 ss.

⁴³⁶ F.P. LUISEO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, cit., 782.

⁴³⁷ Su cui v. C. CONSOLO, *Raccordi o antifonie fra arbitrato e giudizio ordinario?*, cit., 3845.

⁴³⁸ Come accadrebbe ove la convenzione di arbitrato fosse, ad esempio, del seguente tenore: "Gli arbitri decideranno in via definitiva anche di ogni questione relativa alla clausola compromissoria": sull'inammissibilità, nel nostro ordinamento, di clausole siffattamente formulate v. M. BOVE, *Il patto compromissorio*, cit., 439, nt. 119.

⁴³⁹ Ma v. F. GODIO, *(In)competenza e (in)validità della clausola compromissoria*, cit., 161, per la quale sarebbe configurabile il potere degli arbitri di pronunciarsi in via principale, con efficacia di giudicato su una domanda di accertamento di una parte della validità della convenzione arbitrale, come conseguenza della mancata eccezione avversaria circa la sua esorbitanza dal perimetro oggettivo della convenzione arbitrale, ai sensi dell'art. 817, comma 3, c.p.c. In tal caso, un lodo siffatto, che dovesse accertare la validità della convenzione arbitrale, oltre a qualificarsi come lodo "parziale", potrebbe essere impugnato non per la sua *invalidità* (invocando, cioè, i motivi di cui ai nn. 1 o 4 dell'art. 829, comma 1, c.p.c.), ma per la sua *ingiustizia*, ossia per *errores in iudicando*, che però, stante il disposto di cui all'art. 829, comma 3, c.p.c., presuppone un'espressa previsione in tal senso nella convenzione arbitrale.

6.1. *L'esito del giudizio di impugnazione per nullità del lodo e le sue ricadute sulla definizione della questione della potestas iudicandi arbitrale, tra giudizio meramente rescindente e giudizio rescissorio*

Per quanto riguarda, infine, l'esito del giudizio di impugnazione per nullità del lodo, quest'ultima può essere accolta o rigettata. Nel primo caso, il lodo è dichiarato nullo, in tutto o in parte⁴⁴⁰. Nel secondo caso, il lodo è confermato, ancorché non diventi per ciò stesso definitivo, potendo la sentenza di rigetto essere a sua volta impugnata in cassazione⁴⁴¹.

Si è già avuto modo di illustrare in precedenza come, tra le novità della riforma in tema di impugnazione del lodo arbitrale, vi sia stato, in linea con le indicazioni di cui alla legge delega, un complessivo ripensamento del rapporto tra decisioni *meramente rescidenti* e decisioni *rescissorie* del giudice dell'impugnazione del lodo⁴⁴². Il nuovo art. 830 c.p.c. supera l'impostazione precedente, che contemplava *sempre e comunque la decisione rescissoria* ad opera della Corte d'appello (salva volontà contraria di tutte le parti), per adottare un approccio che contempla, invece, in una serie tipizzata di ipotesi, il *carattere meramente rescindente del giudizio di nullità* – in ossequio al principio di autonomia e indipendenza del giudizio arbitrale⁴⁴³ –, a fronte della tendenziale persistente efficacia dell'originaria convenzione arbitrale⁴⁴⁴.

La distinzione tra le ipotesi in cui il giudizio rescissorio è affidato dalla legge alla Corte d'appello⁴⁴⁵ rispetto a quelle in cui il potere di *ridecidere* il merito del-

⁴⁴⁰ Anche in tal caso opererà l'effetto espansivo interno *ex art.* 336, comma 1, c.p.c., per il quale la caducazione di una parte della decisione travolge le parti da essa eventualmente dipendenti (potendo altresì trattarsi del capo relativo alle spese): v. Cass. 10 agosto 2007, n. 17631; Cass. 4 giugno 2012, n. 8919.

⁴⁴¹ M. BOVE, *La giustizia privata*, 4^a ed., cit., 213 ss., spec. 236.

⁴⁴² La legge delega invitava infatti il legislatore a disciplinare il procedimento, prevedendo le ipotesi di pronuncia rescissoria da parte del giudice dell'impugnazione per nullità. In effetti, come osserva S. MENCHINI, *Impugnazioni del lodo 'rituale'*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, cit., 200 ss., le modifiche più rilevanti attengono a tale profilo.

⁴⁴³ Osserva infatti M. BOVE, *La giustizia privata*, 4^a ed., cit., 237, che la previsione dell'azione di impugnazione come unica conseguenza dell'annullamento di un lodo (salvo le eccezioni previste dalla legge), con la conseguente necessità, ove si intenda ottenere una nuova decisione, di rimettere il giudizio dinanzi agli arbitri, è coerente con un sistema fondato sul principio dell'autonomia del giudizio arbitrale.

⁴⁴⁴ Salvo che la nullità del lodo non sia stata pronunciata *proprio* per l'accertata invalidità o inefficacia del patto arbitrale o per la non arbitrabilità della disputa. In tali casi un nuovo giudizio arbitrale non può prescindere dalla stipulazione di una nuova convenzione di arbitrato: in mancanza, la disputa non potrà che essere devoluta alla cognizione del giudice ordinario, competente secondo le regole generali.

⁴⁴⁵ Ai sensi dell'art. 830, comma 2, parte prima, in relazione al lodo domestico, salvo che le parti non abbiano stabilito altrimenti nella convenzione di arbitrato o in un accordo successivo, la Corte d'appello decide la controversia nel merito se il lodo è annullato per i motivi di cui all'art.

la disputa ritorna invece agli arbitri⁴⁴⁶ non ha mancato di ricevere critiche in dottrina⁴⁴⁷, la quale si è divisa quanto all'interpretazione della *ratio* sottostante alla suddetta distinzione e della sua ricaduta sul piano pratico-applicativo.

Una parte della dottrina, convincentemente, la giustifica in ragione della *diversa intensità* dell'incidenza del vizio censurato sull'*effettivo* svolgimento del giudizio arbitrale: ove, cioè, quest'ultimo, presenti bensì delle irregolarità nello svolgimento, ma non di una gravità tale da non consentirne una *correzione*, sicché il giudizio arbitrale può dirsi *effettivamente svolto* (secondo, dunque, l'originaria intenzione delle parti), il giudizio nel merito, salvo che le parti non abbiano stabilito diversamente (nella convenzione di arbitrato o con accordo successivo), viene affidato alla Corte d'appello: ciò perché, appunto, gli arbitri avrebbero comunque avuto la possibilità di esercitare, seppur imperfettamente, il loro mandato e alle parti sarebbe stato comunque concesso un primo grado di giudizio.

Nel caso in cui, invece, i vizi della procedura arbitrale risultassero di gravità tale da averne inficiato l'effettivo svolgimento e da renderlo, in definitiva, *tamquam non esset*, una fase rescissoria affidata alla Corte d'appello, ossia ad un giudice statale, violerebbe il principio del doppio grado di giurisdizione. Per questo il legislatore avrebbe limitato, in tali casi, l'intervento del giudice statale alla fase meramente rescindente, affidando agli arbitri l'eventuale nuova decisione sul merito

829, commi primo, nn. 5, 6, 7, 8, 9, 11 o 12, terzo, quarto o quinto. V. S. MENCHINI, *Impugnazioni del lodo 'rituale'*, cit., 201 ss. Regime opposto per i lodi internazionali: in tal caso la Corte d'appello, dopo l'annullamento del lodo, deciderà il merito della controversia solo se le parti abbiano così stabilito nella convenzione di arbitrato o se se facciano concorde richiesta. Sul punto la riforma del 2006 ha dunque confermato l'assetto precedente: per riferimenti v. M. BOVE, *Le impugnazioni del lodo*, cit., 258 ss.

⁴⁴⁶ L'attribuzione della fase rescissoria agli arbitri dovrebbe rappresentare la "regola" in un ordinamento che si fonda sul principio dell'autonomia del giudizio arbitrale rispetto a quello statale, funzionale ad evitare l'intromissione del giudice statale – che dovrebbe limitarsi a dichiarare la nullità del lodo – sul merito della controversia. V. S. MENCHINI, *Impugnazioni del lodo 'rituale'*, cit., 200 ss.

⁴⁴⁷ Secondo S. MENCHINI, *Impugnazioni del lodo 'rituale'*, cit., 202, sarebbe stato auspicabile, da parte del legislatore, compiere una scelta più coraggiosa, stabilendo cioè che, impregiudicata una diversa volontà delle parti e salvi i casi di non compromettibilità della disputa, nonché di accertata inesistenza o invalidità della convenzione di arbitrato, il giudice statale debba limitarsi alla dichiarazione di nullità del lodo e che l'originaria convenzione arbitrale riprenda sempre vigore dopo la pronuncia della Corte d'appello, consentendo alle parti, che confermino il loro interesse in tal senso, di deferire nuovamente la disputa in arbitrato. A tal fine il legislatore avrebbe potuto valorizzare la direttiva contenuta nella legge delega, per la quale la disciplina dell'arbitrato (e del lodo) domestico avrebbe dovuto ispirarsi a quella dell'arbitrato (e del lodo) internazionale. M. BOVE, *La giustizia privata*, 4^a ed., cit., 213 ss. e 237 parla, in riferimento ai criteri utilizzati da legislatore per distinguere la fase rescindente da quella rescissoria, di distinzione "assurda".

della disputa (affinché essi possano effettivamente esercitare il mandato per cui sono stati nominati)⁴⁴⁸.

Secondo quanto dispone l'art. 830, comma 2, c.p.c., nell'ambito della competenza *meramente rescindente* della Corte d'appello rientrano praticamente tutti i vizi attinenti alla (esistenza, portata e limiti della) *potestas iudicandi* degli arbitri, e dunque i motivi di cui ai nn. 1, 2, 3, 4 e 10 del comma 1 dell'art. 829 c.p.c.⁴⁴⁹, ad eccezione di quello di cui al n. 8 (contrarietà a precedente giudicato) e, con riferimento al motivo di cui al n. 4, di quelli in cui il lodo abbia deciso il merito della causa mentre, per l'esistenza di un impedimento processuale, *il merito non poteva essere deciso* (rispetto ai quali si potrà avere un giudizio rescissorio da parte della Corte d'appello solo ove l'impedimento abbia dato luogo ad un vizio *sanabile*⁴⁵⁰).

⁴⁴⁸ In tal senso v. S. MENCHINI, *Impugnazioni del lodo 'rituale'*, cit., 203 ss.; L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub. art. 829 c.p.c.*, cit., 929 ss.; M. BOVE, *La giustizia privata*, 4^a ed., cit., 213 ss. e 237. Anche la dottrina prevalente nel contesto normativo pre-riforma riteneva che il principio ispiratore del vecchio testo dell'art. 830, comma 2, c.p.c. fosse nel senso che l'attribuzione della fase rescissoria alla Corte d'appello dovesse essere preclusa ove fosse stata accertata la carenza della *potestas iudicandi* degli arbitri, e altresì nei casi in cui il giudizio arbitrale non avesse dato luogo, in base ad un'erronea valutazione degli arbitri, ad una pronuncia di merito o, ancora, nei casi in cui, pur essendo il giudizio arbitrale pervenuto ad una statuizione sul merito, lo stesso fosse affetto da una nullità talmente grave da far ritenere che, nei fatti, non vi fosse stata una effettiva cognizione della disputa (nei casi, ad esempio, di lodo pronunciato da arbitri incapaci). Per riferimenti v. E. FAZZALARI, in A. BRIGUGLIO, E. FAZZALARI, R. MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 216 ss.; G. RUFFINI, *Sub art. 830 c.p.c.*, in C. CONSOLO, F.P. LUISO (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, 2^a ed., Milano 2000, 355 ss.

⁴⁴⁹ Per quanto riguarda l'annullamento del lodo per i motivi di cui ai nn. 2 e 3 dell'art. 829, comma 1, c.p.c., già prima della riforma taluni autori ritenevano che non si potesse attribuire la fase rescissoria alla Corte d'appello, spettando essa in ogni caso agli arbitri, in virtù della ritenuta sopravvivenza dell'efficacia della convenzione di arbitrato all'annullamento del lodo (in tal senso v. E. FAZZALARI, in A. BRIGUGLIO, E. FAZZALARI, R. MARENGO, *La nuova disciplina*, cit., 217 ss., che tuttavia riconduceva ai motivi in parola anche quello di pronuncia del lodo oltre il termine previsto, che invece il legislatore della riforma ha menzionato tra quelli per cui il giudizio rescissorio spetta alla Corte d'appello, salva contraria volontà delle parti). Altri, invece, ritenevano che fosse la Corte d'appello a dover decidere nel merito (in tal senso v. C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., II, 246 ss.; G.P. CALIFANO, *Le vicende del lodo*, cit., 321 ss.). V., per ulteriori riferimenti, G. GRASSO, *Istruzione del procedimento arbitrale, carenza di potestas iudicandi e fase rescissoria del giudizio di impugnazione per nullità*, in *Riv. arb.* 2005, 76 ss. Secondo S. MENCHINI, *Impugnazioni del lodo 'rituale'*, cit., 205, nel contesto post-riforma, in tali casi la fase rescissoria è preclusa alla Corte d'appello perché, ai sensi del n. 2 dell'art. 829, comma 1, c.p.c., la statuizione nel merito del giudizio arbitrale o non vi è stata affatto, oppure è stata resa all'esito di un giudizio invalido nella sua interezza, oppure perché, ai sensi del n. 3 dell'art. 829, comma 1, c.p.c., sussiste un difetto di capacità degli arbitri. In tali casi, tuttavia, il patto arbitrale, non essendo stato intaccato dalla pronuncia della Corte d'appello, manterrebbe la sua efficacia, potendo le parti riproporre la domanda in sede arbitrale, salvo che non ritengano di procedere altrimenti.

⁴⁵⁰ Mentre invece i vizi, sempre riconducibili al n. 4, ma *insanabili* (carenza di legittimazione o

Dal punto di vista sistematico, in relazione all'oggetto della presente ricerca, è importante indagare quale portata ed impatto abbia l'esito del giudizio di impugnazione (di accoglimento o di rigetto della stessa) sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, in relazione ai possibili sviluppi dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione ordinaria.

In linea di principio, ogni decisione di rigetto da parte della Corte d'appello confermerà la validità del lodo arbitrale, cristallizzandolo definitivamente nel caso in cui quella decisione non venga fatta oggetto di ulteriore impugnazione (ricorso per cassazione o, per taluno, regolamento di competenza⁴⁵¹), oppure rinviandone l'eventuale stabilizzazione all'esito del successivo giudizio di impugnazione. Nel caso, invece, di annullamento del lodo, l'art. 830, comma 1, c.p.c. dispone che: "La Corte d'appello (...) dichiara con sentenza la nullità del lodo"⁴⁵².

D'altra parte, con la dichiarazione di nullità dovrebbe considerarsi esaurita la fase processuale originata dall'instaurazione del giudizio arbitrale. Se infatti è possibile ipotizzare una successiva fase rescissoria, dinanzi alla stessa Corte d'appello o nuovamente in sede arbitrale, si tratterebbe solo di una *fase eventuale*, come: "(...) un accidente consentito dal legislatore nel rispetto della volontà delle parti, a completamento del giudizio rescindente, ma non imposto o necessitato nell'eco-

di interesse ad agire) o relativi alla pronuncia arbitrale esorbitante (ossia che abbia pronunciato fuori dei limiti del patto), *non consentono, in caso di accoglimento, lo svolgimento di alcun giudizio rescissorio* da parte della Corte d'appello, dal momento che non sussiste alcuna convenzione arbitrale nel cui ambito di applicazione rientri la disputa su cui gli arbitri abbiano erroneamente pronunciato (anche se, nel caso da ultimo menzionato, potrà talora ammettersi l'instaurazione di un nuovo giudizio arbitrale ove a ciò non osti il giudicato già formatosi: così E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 805). Nel caso di lodo annullato per vizio di extrapetizione, ossia nelle ipotesi in cui il tribunale arbitrale abbia pronunciato in ordine a situazioni sostanziali *in mancanza di una esplicita domanda di parte*, secondo S. MENCHINI, *Impugnazioni del lodo 'rituale'*, cit., 206 ss. andrebbero distinte due diverse situazioni, a seconda che il *dictum* rientri o *non rientri* nell'ambito di applicazione della convenzione di arbitrato: solo nel primo caso potrebbe farsi applicazione del disposto di cui al comma 3 dell'art. 830 c.p.c., mentre, nel secondo caso, non potrebbe darsi luogo ad alcuna fase rescissoria in alcuna sede (arbitrale o giudiziale). V. anche E. MARINUCCI, *L'impugnazione per nullità del lodo esorbitante dalla convenzione di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 223 ss.; E. BENIGNI, *Sub art. 829 c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, cit., 1521 ss.

⁴⁵¹ Su cui v. *infra*, nel testo.

⁴⁵² Nella misura in cui l'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale mira, in primo luogo, a vagliare i vizi denunciati della pronuncia arbitrale impugnata, onde decidere se annullarla oppure, rigettando la domanda di impugnativa, lasciarla in vita, tale giudizio potrebbe essere accostato ad una *querela* (ma non *actio nullitatis*: così C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze*, cit., 35 ss. V. anche S. BOCCAGNA, *Sulle conseguenze dell'estinzione del giudizio di rinvio dopo la cassazione della sentenza che abbia pronunciato sull'impugnazione per nullità del lodo*, in AA.VV., *Sull'arbitrato*, cit., 76 ss.

nomia del rimedio”⁴⁵³, sicché, ove la fase rescissoria non si celebri, o non possa celebrarsi: “(...) la funzione di impugnazione per nullità e, con essa, il rapporto processuale costituito con la domanda di arbitrato, termina con la pronuncia rescindente”⁴⁵⁴.

È opportuno indagare, in una prospettiva sistematica, l’efficacia della decisione di annullamento del lodo pronunciata dalla Corte d’appello, nel caso in cui essa rappresenti l’epilogo della vicenda arbitrale, in particolare alla luce di alcuni significativi dati normativi: da un lato, il comma 2 dell’art. 830 c.p.c., da cui si desume, *a contrario*, che, ove il lodo sia annullato per i motivi di cui ai nn. 1, 2, 3, 4 e 10 del comma 1 dell’art. 829 c.p.c., la Corte d’appello *non decide la controversia nel merito* (trattandosi, appunto, di decisione con efficacia meramente rescindente); dall’altro, il comma 3 dell’art. 830 c.p.c., ai sensi del quale: “Quando la corte d’appello non decide nel merito, alla controversia si applica la convenzione di arbitrato, salvo che la nullità dipenda dalla sua invalidità o inefficacia”.

Al di là del profilo riguardante la possibilità, riconosciuta alle parti, sempre argomentando *a contrario* rispetto al dato testuale della norma, di accordarsi (specularmente a quanto già previsto dalla norma per il caso in cui le parti si accordino per sottrarre alla Corte d’appello il potere di procedere alla fase rescissoria) per *attribuire* alla Corte d’appello *il potere di procedere con la fase rescissoria* quando la sua funzione sarebbe limitata unicamente alla fase rescindente, su cui si registra un contrasto in dottrina e giurisprudenza⁴⁵⁵, ci si chiede se, e in che termini, la statuizione della Corte, una volta cristallizzata, espliciti efficacia vincolante nei confronti di giudici o arbitri che si dovessero trovare, in un momento successi-

⁴⁵³ Così S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 234.

⁴⁵⁴ S. IZZO, *ibidem*.

⁴⁵⁵ In senso favorevole v. S. MENCHINI, *Impugnazioni del lodo ‘rituale’*, cit., 208, per il quale le parti sarebbero libere di accordarsi in tal senso, integrando la loro unanime volontà una risoluzione del patto arbitrale, essendo loro consentito di rinunciare ad un grado di giudizio e chiedere che la controversia sia risolta nel merito dalla Corte d’appello. L’unico limite sarebbe rappresentato da casi in cui il motivo di annullamento del lodo non sia tale da escludere qualsivoglia ulteriore statuizione nel merito (come nel caso dell’accertata sussistenza di un precedente giudicato sulla medesima causa). Secondo S. MENCHINI, il rispetto dell’autonomia privata imporrebbe di ritenere che sia altresì permesso alle parti, a seguito di una pronuncia di annullamento del lodo da parte della Corte d’appello, di accordarsi per lo scioglimento del patto arbitrale e per demandare la decisione nel merito della controversia, in luogo della Corte d’appello, al giudice ordinario competente in primo grado (su tale ultima conclusione concordano anche F.P. LUIISO, *Le impugnazioni del lodo*, cit., 29 e C. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., II, 245 ss.). Ma v., in senso contrario, essenzialmente in ragione del fatto che, aderendo a tale ricostruzione, le parti finirebbero per incidere sui fondamenti e sull’esercizio di una funzione pubblica qual è l’attività giurisdizionale, L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub. art. 830 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile*, cit., 929 ss. (e ivi per ulteriori riferimenti).

vo, a confrontarsi con la questione della *potestas iudicandi* arbitrale. E ciò sia nel caso in cui la Corte abbia annullato il lodo per il motivo di cui al n. 1 del comma 1 dell'art. 829 c.p.c., nel qual caso il vincolo, per i futuri arbitri o giudici, consisterebbe nel tenere ferma, in tutti gli eventuali futuri giudizi, *l'insussistenza di una valida convenzione arbitrale*; sia nel caso (contemplato dalla prima parte del comma 3 dell'art. 830 c.p.c.) in cui essa abbia annullato il lodo per altri motivi attinenti *lato sensu* alla *potestas iudicandi* arbitrale (quelli di cui ai nn. 2, 3, 4 e 10 del comma 1 dell'art. 829 c.p.c.), non riconducibili a vizi del patto arbitrale, nel qual caso il vincolo, per i futuri arbitri o giudici, consisterebbe nel tenere ferma, in tutti gli eventuali futuri giudizi, *la sussistenza di una valida convenzione arbitrale*.

Per taluno non vi sarebbe dubbio alcuno che la pronuncia rescindente della Corte d'appello sia idonea ad esplicare un'efficacia *ulteriore* rispetto alla mera dichiarazione di nullità del lodo, consistente nel vincolo, nei confronti del giudice o dell'arbitro che dovessero in un momento successivo confrontarsi con la convenzione arbitrale, a tenere ferma l'indicazione dell'organo "competente", quale emerge dalla decisione del giudice di appello in relazione a quella pattuizione⁴⁵⁶. Insomma, al giudice investito dell'impugnazione per nullità del lodo spetterebbe il compito di risolvere, con effetto vincolante e una volta per tutte, la questione della *potestas iudicandi* arbitrale⁴⁵⁷.

Altri autori, senza sbilanciarsi sulla natura e portata della dichiarazione di nullità del lodo nel caso di pronuncia meramente rescindente della Corte d'appello, parlano di *ultrattività della convenzione arbitrale rispetto alla nullità del lodo*⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ Così C. DELLE DONNE, *Sub art. 817 c.p.c.*, cit., in P. COMOGLIO *et al.* (a cura di), *Commento del codice*, cit., 538 ss., cui si rimanda per ulteriori riferimenti. Nel senso del vincolo che necessariamente discenderebbe dalla statuizione della Corte d'appello v. anche, già prima della riforma del 2006, C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione*, cit., 659 ss., spec. 672; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., I, 604 ss. e 677 ss., II, 203 ss.

⁴⁵⁷ Così G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, *it.*, 376, che financo trae la conclusione della necessità, in pendenza del giudizio di impugnazione per nullità del lodo, della sospensione, *ex art. 295 c.p.c.*, della causa di merito che fosse stata eventualmente proposta dinanzi al giudice dello Stato.

⁴⁵⁸ Così E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 808 quinquies c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *Riforma del diritto arbitrale*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate* 2007, 1206 ss. In tal senso, già prima della riforma, v. E. FAZZALARI, *Osservanza dovuta al patto compromissorio: quando il suo vincolo perdura dopo la dichiarazione di nullità del lodo*, nota a Cass. 27 luglio 1990, n. 7597, in *Riv. arb.* 2, 1992, 272 ss., il quale, sull'assunto che scopo e/o causa del rapporto compromissorio non potesse dirsi raggiunto in mancanza di una definizione nel merito della controversia originariamente devoluta alla cognizione degli arbitri, riteneva che il principio generale governante la fattispecie dovesse sempre essere, anche in mancanza di disposizioni espresse, quello della persistenza del vincolo derivante dal patto arbitrale originario, a seguito di un'eventuale dichiarazione di nulli-

Ancora, una parte della dottrina sostiene che, nel caso di giudizio rescindente per i motivi attinenti alla *potestas iudicandi* arbitrale, si avrebbe un *annullamento con rinvio restitutorio*⁴⁵⁹, financo ipotizzando la necessità che la pronuncia rescindente della Corte d'appello fissi: "(...) un termine per la riassunzione dinanzi agli arbitri, la cui osservanza farà sì che il nuovo arbitrato si configuri non come giudizio autonomo, ma come prosecuzione del medesimo giudizio, con conseguente conservazione degli effetti della (originaria) domanda di arbitrato"⁴⁶⁰: implicita, in questa ricostruzione, è la convinzione che la decisione della Corte d'appello non possa essere ridiscussa dall'arbitro (dinanzi al quale la causa dovesse proseguire) quanto all'accertamento, in essa contenuto, relativo alla questione della *potestas iudicandi* arbitrale.

Altri autori manifestano invece perplessità sull'idoneità della decisione rescindente della Corte d'appello a *fare stato* sulla questione della validità o invalidità della convenzione arbitrale. Secondo questo orientamento, tale questione, decisa al limitato fine di verificare la *potestas iudicandi* degli arbitri, non potrebbe tradursi, dinanzi al giudice dell'impugnazione, in una domanda di accertamento con efficacia di giudicato sostanziale sulla validità e sull'interpretazione della convenzione arbitrale⁴⁶¹, con la conseguenza che, per ottenere la definitiva (ed incontro-

tà del lodo, non seguita dalla fase rescissoria, salva, in ogni caso, la volontà contraria dei compromittenti. Ove, invece, la nullità del lodo fosse stata dichiarata in ragione della ritenuta violazione dei limiti del patto arbitrale o della non arbitrabilità della controversia, la Corte d'appello avrebbe dovuto rinviare le parti dinanzi al giudice di primo grado. Negli ultimi due casi indicati, M. BOVE, *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza di patto compromissorio*, in *Riv. arb.* 1997, 535 ss., riteneva invece che la decisione della Corte d'appello dovesse equipararsi ad una sorta di "cassazione senza rinvio", dovendo il giudice dell'impugnazione limitarsi a dare atto della carenza di *potestas iudicandi* degli arbitri.

⁴⁵⁹ Così C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze*, cit., 464 e in precedenza S. BOCCAGNA, *Sub art. 830 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La riforma del diritto arbitrale*, cit., 1421 ss.

⁴⁶⁰ S. BOCCAGNA, *ibidem*. Contra S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 235, per la quale, se effettivamente si fosse voluto prevedere un annullamento restitutorio, la disposizione in parola avrebbe dovuto individuare *sempre* l'organo giudicante cui effettuare il rinvio e non limitarsi a dettare una regola unidirezionale, valevole solo nei confronti degli arbitri. L'individuazione del giudice togato competente, invece, continua a dipendere dall'applicazione di regole diverse e variamente declinabili a seconda del vizio del lodo e della volontà espressa dai compromittenti.

⁴⁶¹ Così C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze*, cit., 474, con particolare riferimento ai vizi che determinano l'annullabilità della convenzione. Così anche S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 230, per la quale in tal senso deporrebbe anche la circostanza che, nell'ambito di un giudizio di nullità del lodo, non possono essere proposte domande nuove o eccezioni diverse da quelle proposte in arbitrato, sicché, non traducendosi mai le censure mosse dalla parte alla *potestas iudicandi* arbitrale, in sede arbitrale, in una richiesta di accertamento pieno a fini sostanziali, tale possibilità sarebbe preclusa anche di fronte al giudice dell'impugnazione (sul punto v. anche F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, cit., 157 ss.). Secondo S. IZZO, tale conclusione non muta anche considerando i limitati casi in cui il giudice dell'impugnazione può rilevare, anche d'ufficio, la nullità del patto arbitrale: anche in tali casi, infatti, l'effetto del rilievo sarebbe comunque limitato,

vertibile) caducazione della convenzione o, all'opposto, un suo accertamento positivo ad ogni effetto, la parte interessata non avrebbe altra via che la proposizione di una domanda autonoma di accertamento dinanzi al giudice di prime cure (ai sensi dell'art. 819 *ter*, comma 3, c.p.c.)⁴⁶².

Certo, non viene ignorato il disposto di cui al comma 3 dell'art. 830 c.p.c., ai sensi del quale, quando la Corte d'appello non decide nel merito, *alla controversia si applica la convenzione di arbitrato* (salvo che la nullità dipenda dalla sua invalidità o inefficacia)⁴⁶³. Tuttavia, in base ad una sua lettura sistematica, che tenga conto di un insieme di profili concorrenti (la natura asseritamente *processuale* della decisione del giudice dell'impugnazione⁴⁶⁴, inidonea, dunque, secondo i principi generali, al giudicato sostanziale; il fatto che il giudizio di impugnazione sia finalizzato (e limitato) alla dichiarazione di nullità o non-nullità del lodo, non, invece – mancando una domanda autonoma di accertamento in tal senso – ad ottenere un accertamento incidentale con forza di giudicato sulla questione della sussistenza della *potestas iudicandi* in capo agli arbitri, il cui esame rappresenterebbe, dunque, solo un passaggio procedurale nell'ambito di un giudizio avente *un oggetto diverso*; il tenore del dato testuale – che, appunto, predica la *persistente applicabilità della convenzione* a seguito di un giudizio meramente rescindente –;

secondo la più recente giurisprudenza, al giudizio in corso. *Mutatis mutandis*, lo stesso fenomeno si verifica nei casi contemplati dall'art. 810, comma 3, c.p.c. (secondo cui: “Il presidente del tribunale competente provvede alla nomina richiestagli, se la convenzione d'arbitrato non è manifestamente inesistente (...)”), in relazione ai quali il rilievo produrrebbe effetti ai limitati fini della nomina dell'arbitro, non spiegando il provvedimento presidenziale alcun effetto di accertamento vincolante. Sull'asserita incoerenza dell'ordinamento, che consente in tal caso un esame *ex officio* da parte del giudice, mentre lo nega nelle altre sedi giudiziali in cui il patto arbitrale viene comunque in rilievo, v. M. BOVE, *Aspetti problematici*, cit., 65, nt. 15.

⁴⁶² Così C. CONSOLO *Le impugnazioni delle sentenze*, cit., 474; S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 230.

⁴⁶³ A proposito della norma cui si fa riferimento nel testo, S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 230 ritiene non possa comunque essere relegata a mera conferma di previsioni quali quella di cui all'art. 808 *quinquies* c.p.c., ai sensi della quale la definizione del procedimento arbitrale senza una decisione nel merito: “(...) *non toglie efficacia alla convenzione di arbitrato*”. V., in proposito, S. LA CHINA, *L'arbitrato*, 4^a ed., cit., 273 ss.; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5^a ed., cit., 167.

⁴⁶⁴ Secondo S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 230 ss., la decisione resa dalla Corte d'appello, ad esempio ai sensi dei motivi di cui ai nn. 1, 4 o 10 dell'art. 829, comma 1, c.p.c., in ordine alla “competenza” (dell'arbitro o del giudice statale) a decidere la controversia cui si riferisce la convenzione arbitrale oggetto della decisione medesima, pur attenendo al “merito” (ossia all'oggetto vero e proprio) del giudizio di impugnazione, e non alla sua procedibilità o ammissibilità (e, dunque, al “rito”), non potrebbe che conservare il *carattere processuale della questione decisa*. Insomma, si sarebbe sempre di fronte a *errores in iudicando de modo procedendi*, su cui v. anche C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze*, cit., 282 ss.; G. BALENA, *Questioni processuali e sindacato del 'fatto' in Cassazione*, nota a Cass. S.U. 22 maggio 2012, n. 8077, in *Il Giusto proc. civ.* 2012, 840 ss.

infine, la vicenda processuale considerata nel suo complesso, tenendo dunque conto sia della fase svoltasi dinanzi agli arbitri, sia della fase giudiziale dinanzi alla Corte d'appello), tale orientamento prospetta l'attribuzione, alla decisione rescindente della Corte d'appello, di un'efficacia non, appunto, equiparabile al giudicato sostanziale, *ma comunque maggiore* rispetto a quella generalmente prodotta dalle decisioni a contenuto processuale.

Nello specifico, la disposizione in esame si limiterebbe ad indicare l'organo cui spetterà la cognizione del merito della lite, nel caso in cui, successivamente alla fase rescindente, le parti intendessero passare alla fase rescissoria, per ottenere una (nuova) decisione sulla medesima lite⁴⁶⁵. Non si tratterebbe, tuttavia, di "riassunzione" della causa dinanzi agli arbitri, come se il giudizio deciso dalla Corte d'appello "proseguisse" nell'ambito di un'unica vicenda processuale⁴⁶⁶, perché la decisione resa in sede di impugnazione, cristallizzandosi, avrebbe rescisso proprio quell'unitarietà: la (solo eventuale) fase rescissoria dinanzi agli arbitri, sulla base della persistente validità della convenzione integrerebbe, a tutti gli effetti, *un nuovo giudizio*, caratterizzato da una nuova litispendenza⁴⁶⁷ e sottoposto alla cognizione di un organo giudicante differente.

In quest'ottica, il senso del comma 3 dell'art. 830 c.p.c. starebbe essenzialmente nel far discendere dalla pronuncia della Corte d'appello effetti non limitati al giudizio in corso, ma *extraprocessuali*⁴⁶⁸, a prescindere da (e comunque non in contrasto con) l'inapplicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, degli artt. 44 e 45 c.p.c.

⁴⁶⁵ "Eventualmente", perché la celebrazione *ex novo* di un giudizio sul merito (ossia la fase rescissoria) si configurerebbe come mera conseguenza *secondaria ed eventuale*, rispetto all'obiettivo prioritario del giudizio di impugnazione per nullità del lodo, consistente appunto nella statuizione della Corte d'appello circa la validità o la nullità del lodo. Sul tema degli effetti principali ed effetti secondari della sentenza civile v. E.T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza ed altri scritti sulla cosa giudicata*, Milano 1962, 49 ss.; P. CALAMANDREI, *Appunti sulla sentenza come fatto giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1934, 251 ss.; A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova 1973, 615 ss.

⁴⁶⁶ V., in tal senso, Cass. S.U. 6 luglio 2005, n. 14205, in *Giur. it.* 2006, 323, per la quale: "La sentenza della Corte d'appello che dichiara la nullità del lodo, a cagione della nullità della clausola compromissoria avente ad oggetto una controversia appartenente alla competenza del tribunale regionale delle acque pubbliche, costituisce una pronuncia di merito, non già una sentenza sulla competenza, alla quale non è applicabile l'art. 50 cod. proc. civ., con la conseguenza che, non essendo configurabile l'estinzione del giudizio conseguente alla sua mancata riassunzione, il lodo arbitrale resta definitivamente travolto dal passaggio in giudicato della sentenza che lo ha dichiarato nullo".

⁴⁶⁷ S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 235 ss., che non esclude, tuttavia, che la parte possa beneficiare, nel passaggio dal giudizio di impugnazione alla diversa fase rescissoria, degli effetti sostanziali e processuali della domanda anteriormente proposta.

⁴⁶⁸ S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 236 ss.

7. *Riflessioni conclusive*

La trattazione che precede ci pare abbia messo in luce come il tema dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione, e dei relativi conflitti di *potestas iudicandi*, nonostante le novità normative introdotte dalla riforma del 2006, sia a tutt'oggi estremamente sfaccettato e non si presti ad un'agevole sistematizzazione.

Al di là, infatti, della generale convergenza, in dottrina e in giurisprudenza, sulla tesi secondo cui la disciplina attualmente in vigore avrebbe codificato il sistema delle "vie parallele" (per quanto non manchino, come visto, del tutto voci dissonanti), i rapporti tra arbitrato e giurisdizione si articolano in una miriade di articolazioni e sfaccettature pratico-applicative originate dall'interazione tra le due procedure, rispetto alle quali la dottrina soprattutto, ma anche la giurisprudenza, propongono ogni volta inquadramenti teorici e letture delle dinamiche applicative anche sensibilmente divergenti tra loro, che impediscono di procedere all'enucleazione di "teorie" o ricostruzioni unitarie e onnicomprehensive.

Prima di procedere, nel quinto capitolo, ad un nostro tentativo ricostruttivo, bensì sull'assunto dell'applicabilità ai rapporti arbitro-giudice del regime delle "vie parallele", ma altresì con la consapevolezza delle sue molte lacune ed inefficienze, riteniamo opportuno affrontare un'analisi di diritto comparato, prendendo in considerazione, in particolare, le soluzioni adottate negli ordinamenti tedesco, austriaco, francese, svizzero e inglese, che ci consentirà di allargare lo spettro dei possibili approcci al tema oggetto della presente trattazione, in ragione delle non poche divergenze delle rispettive legislazioni arbitrali rispetto alla disciplina italiana, nonché dell'originalità delle riflessioni e delle soluzioni interpretative ivi elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

CAPITOLO 4

LE SOLUZIONI AL PROBLEMA DEI CONFLITTI DI *POTESTAS IUDICANDI* TRA ARBITRATO E GIURISDIZIONE STATALE IN UNA PROSPETTIVA COMPARATA

SOMMARIO: *Sezione Prima. L'ordinamento tedesco.* – 1. Premessa. – 2. Il conflitto di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale nel contesto normativo precedente alla riforma del 1998. – 2.1. L'orientamento di gran lunga maggioritario: la tesi delle “vie parallele”. – 2.2. Alcune posizioni eterodosse della dottrina (le tesi di Reichel, Beitzke, Bloch). – 2.3. Il tema, pacifico, dell'efficacia extraprocessuale e vincolante della decisione giudiziale sulla *potestas iudicandi* arbitrale e quello, controverso, dell'efficacia extraprocessuale e vincolante del lodo che avesse pronunciato (solo o anche) sulla *potestas iudicandi* arbitrale e della sua immediata impugnabilità (la tesi di Schlosser). – 2.4. L'istituto della c.d. *Kompetenz Kompetenz Klausel*. – 3. Il conflitto di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale a seguito della riforma del 1998 e la conferma del sistema delle “vie parallele”. Sguardo d'insieme. – 4. Il problema dei conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale *dalla prospettiva del giudizio arbitrale* (Sezione 1040 ZPO). – 4.1. L'impatto delle condotte (omissive o “abusive”) delle parti in arbitrato sulla definizione della questione della *potestas iudicandi* arbitrale: presupposti, portata ed effetti. – 4.2. La pronuncia *separata* dell'arbitro sulla propria “competenza” e la sua immediata impugnabilità. – 4.3. Il problema dell'impugnabilità del lodo declinatorio. – 4.4. L'efficacia “esterna” e vincolante del lodo sulla competenza. – 4.5. L'impugnazione per nullità del lodo arbitrale (Sezione 1059 ZPO) e l'inammissibilità, nel nuovo contesto normativo, della c.d. *Kompetenz Kompetenz Klausel*. – 5. Il problema dei conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale *dalla prospettiva del giudice statale* (Sezione 1032 ZPO). – 5.1. L'efficacia della decisione del giudice statale sull'eccezione di patto arbitrale. – 5.2. L'ammissibilità di una domanda giudiziale vertente esclusivamente sull'ammissibilità o inammissibilità della via arbitrale (Sezione 1032 (2) ZPO). Vari scenari. – 6. La contemporanea pendenza di un procedimento arbitrale e di un giudizio statale sulla medesima causa (Sezione 1032 (3) ZPO) e i conflitti di *potestas iudicandi* arbitro-giudice in una prospettiva “dinamica”. – *Sezione Seconda. L'ordinamento austriaco.* – 7. Premessa. – 8. Il conflitto di competenza tra arbitrato e giurisdizione statale nell'ordinamento austriaco nel contesto normativo precedente alla riforma del 2006. – 9. Il conflitto di competenza tra arbitrato e giurisdizione statale a seguito della riforma del 2006. Un regime normativo “complesso”. – 10. L'articolata disciplina dei rapporti arbitro-giudice *dalla prospettiva del giudice statale* (Art. 584 ZPO). – 10.1. Il peculiare regime dell'*exceptio compromissi* tra istanza di parte e rilievo officioso del giudice. – 10.2. L'adozione (con temperamenti) della soluzione della “litispendenza zoppa”, i.e. solo in favore dell'arbitrato. Vari scenari. – 10.3. Gli effetti della declinatoria arbitrale non ancora divenuta definitiva e l'opzione alternativa, per la parte, di impugnarla o di adire il giudice statale. Vari scenari. – 10.4.

L'espressa previsione di una *trasmigrazione della causa bilaterale* tra arbitrato e giurisdizione statale. – 10.5. Il divieto di *venire contra factum proprium*. – 10.6. Alcune peculiarità della disciplina *dalla prospettiva del giudizio arbitrale* (Art. 592 ZPO). La pronuncia separata dell'arbitro sulla propria competenza e la sua impugnabilità immediata. Vari scenari. – 10.7. L'impugnazione del lodo per motivi attinenti alla *potestas iudicandi* dell'arbitro. – *Sezione Terza. L'ordinamento francese*. – 11. La disciplina dei conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale nell'ordinamento francese sino alla riforma del 2011. – 12. La riforma della legge arbitrale francese (Décret N. 2011-48 del 13 gennaio 2011) e l'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz*. – 13. L'impugnabilità immediata del lodo che pronuci sulla competenza arbitrale e la possibilità, per le parti, di rinunciarvi preventivamente. – 14. I conflitti positivi e negativi di competenza nell'ambito del sistema francese governato dall'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz*. – *Sezione Quarta. L'ordinamento svizzero*. – 15. Premessa. L'ordinamento svizzero, ovvero una giurisdizione spiccatamente *arbitration friendly*. – 16. Convergenze e divergenze tra le discipline dell'arbitrato domestico e dell'arbitrato internazionale in tema di conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale: *la prospettiva del giudizio arbitrale*. – 17. L'immediata impugnabilità del lodo arbitrale sulla *potestas iudicandi* dell'arbitro e gli effetti della decisione del Tribunale Federale sull'impugnazione. – 18. La questione dei conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale *dalla prospettiva del giudice statale*. La diversa intensità della cognizione giudiziale sull'*exceptio compromissi* a seconda che si tratti di patto per arbitrato *domestico* o *estero* e l'accoglimento dell'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz*. – 19. L'efficacia "variabile" delle decisioni dell'arbitro e del giudice sulla propria *potestas iudicandi* in presenza di una convenzione arbitrale. Vari scenari. – 20. I controversi orientamenti del Tribunale Federale svizzero in tema di *parallel proceedings* tra arbitrato e giurisdizione statale, dimensione domestica e dimensione internazionale. Il nuovo art. 186, 1 *bis* LDIP. – 21. L'inammissibilità di un'azione giudiziale di mero accertamento vertente esclusivamente sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale. – *Sezione Quinta. L'ordinamento inglese*. – 22. Premessa. – 23. I rapporti arbitro-giudice statale prima dell'introduzione dell'*English Arbitration Act*: le oscillazioni interpretative sul principio *Kompetenz Kompetenz* e la generalizzata interferenza delle corti statali. – 24. Le norme e la prassi sui conflitti di competenza arbitro-giudice nel contesto dell'*English Arbitration Act*. – 25. Il conflitto di competenza *dalla prospettiva dell'arbitro*. – 26. Il conflitto di competenza *dalla prospettiva del giudice statale*. – 26.1. La determinazione giudiziale su un *preliminary point of jurisdiction* pendente l'arbitrato, ai sensi della *Section 32 EAA*. – 26.2. La *Section 9 EAA* e la sospensione del giudizio statale in ragione dell'esistenza di una convenzione arbitrale. – 26.3. L'impugnazione di una pronuncia dell'arbitro sulla *substantive jurisdiction* ai sensi del combinato disposto delle *Sections 30 e 67 EAA*. – 26.4. L'indagine giudiziale sulla *substantive jurisdiction* arbitrale in sede di esecuzione dei lodi, ai sensi della *Section 66* e delle *Sections 100 ss. EAA*. – 26.5. L'indagine giudiziale sulla *substantive jurisdiction* arbitrale nell'ambito di un giudizio *ex Section 72 EAA* (tutela dei diritti del soggetto che non abbia preso parte al procedimento arbitrale). – 26.6. L'istituto dell'*anti-suit* (o *anti-arbitration injunction*) come rimedio ai conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale. – 26.7. Altre circostanze in cui il giudice statale è chiamato a confrontarsi con la questione della *substantive jurisdiction* del tribunale arbitrale. – 27. Il conflitto positivo di competenza e il conseguente parallelismo di procedure nell'ordinamento inglese. – 28. L'efficacia di accertamento di un lodo arbitrale e di una decisione giudiziale sulla *substantive jurisdiction* dell'arbitro.

SEZIONE PRIMA

L'ORDINAMENTO TEDESCO

1. *Premessa*

Il problema dei conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale nell'ordinamento tedesco ha ricevuto per la prima volta un'integrale sistematizzazione con la *Gesetz zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrecht – Schieds VfG*, la riforma del diritto dell'arbitrato introdotta nel 1997, entrata in vigore l'1 gennaio 1998¹ ed ispirata alla Legge Modello dell'UNCITRAL, di cui riproduce gran parte delle disposizioni².

In relazione al tema che ci occupa, tra le novità più significative rispetto al regime precedente si segnalano, da un lato, la norma di cui alla Sezione 1040 ZPO, che assoggetta ad immediata impugnazione, dinanzi al giudice statale, la *decisione*

¹ Vedila riportata integralmente in BGB, I, 3224. Per un approfondimento delle modifiche apportate articolo per articolo, e per una valutazione complessiva della riforma, v. R.A. SCHÜTZE, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, München 1998; G. BORGES, *Die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedsspruechen nach dem neuen Schiedsverfahrensrecht*, in *ZZP* 1998, 487 ss.; J. BREDOW, *Das neue 10. Buch der ZPO – ein Überblick*, in *Betriebs – Berater* 1998, 2; K. SCHUMACHER, *Das neue 10. Buch der Zivilprozessordnung im Vergleich zum UNCITRAL – Modellgesetz ueber die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, in *Betriebs – Berater*, 1998, 6 ss.; M. BUEHLER, *The German Arbitration Act 1997. Text and Notes*, The Hague 1998; W. VOIT, *Die Entscheidung des Schiedsgerichts ueber die eigene Unzustaendigkeit als Pruefstein der dogmatischen Grundlagen des Schiedsverfahrensrechts*, in C. HEINRICH, H.J. MUSIELAK, *Festschrift Musielak*, Muenchen 2004, 595 ss.; O. SANDROCK, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Verjaehrung nach deutschem Recht. Einige geklaerte und einige ungeklaerte Streitfragen*, in R. BRINER, L.Y. FORTIER, K.P. BERGER, J. BREDOW (eds.), *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century – Recht der Internationalen Wirtschaft und Streiterledigung im 21. Jahrhundert. Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, Köln-Berlin-Bonn-München 2001, 671 ss.

² Poche, infatti, le deviazioni rispetto ad essa, finalizzate, essenzialmente, a facilitare l'applicazione della legge, a dare ancora maggiore spazio all'autonomia delle parti o a dare rilievo alla pratica arbitrale affermatasi nell'ordinamento tedesco. Tra le modifiche più significative al sistema della Legge Modello si possono menzionare la non adozione di due regimi differenziati per l'arbitrato nazionale e quello internazionale; la non limitazione dell'applicazione della normativa agli arbitrati vertenti su controversie da qualificarsi come "commerciali"; la considerevole semplificazione dei requisiti di forma richiesti per la validità del patto arbitrale, consentendo il par. 1031 (2) della ZPO la c.d. '*half written form*' (tra cui, in particolare, i patti arbitrali nelle lettere di conferma); la predisposizione di una procedura speciale volta a determinare l'ammissibilità del procedimento arbitrale (par. 1032 (2) ZPO); il conferimento, ai giudici statali, di ulteriori poteri per efficacemente supportare le parti nella fase di nomina del tribunale arbitrale (par. 1025 (3) ZPO); l'esecuzione delle misure cautelari (par. 1041 (2) ZPO).

separata dell'arbitro sulla propria competenza (ogniqualevolta questi ritenga di esserne fornito), consentendo, peraltro, all'arbitro, ove lo ritenga opportuno, di proseguire con la trattazione sul merito della disputa, e financo di pronunciare il lodo, in pendenza di detta impugnazione; dall'altro, la norma di cui alla Sezione 1032 (2) ZPO, che consente a ciascuna parte di adire il giudice statale con una domanda di mero accertamento, vertente esclusivamente sull'*ammissibilità* o *inammissibilità* della via arbitrale, a patto che il tribunale arbitrale *non sia già stato costituito*; infine, la sancita inammissibilità dell'istituto, di elaborazione giurisprudenziale, della *Kompetenz Kompetenz Klausel*, mediante il quale, nel regime precedente, le parti potevano accordarsi per attribuire all'arbitro il potere di pronunciarsi sulla propria competenza *in via definitiva e vincolante*, con esclusione, cioè, di qualsivoglia successiva revisione da parte del giudice statale. Invero, la norma che consente alle parti di impugnare il lodo per motivi attinenti alla *potestas iudicandi* dell'arbitro si pone in insanabile conflitto con l'*ammissibilità* di detto istituto³.

Dall'insieme delle norme dedicate al tema dei rapporti e conflitti "di competenza" tra arbitrato e giurisdizione statale emerge come anche nel nuovo contesto normativo, al pari di quanto avveniva nel precedente, l'ordinamento tedesco abbia optato per il sistema delle "vie parallele". Da ciò discende il possibile *svolgimento parallelo* di due giudizi sulla medesima causa, rispettivamente, in sede arbitrale e in sede giudiziale, percepito evidentemente dal legislatore tedesco con meno disfavore rispetto al pregiudizio derivante da una compressione del principio *Kompetenz Kompetenz* (che si avrebbe, ad esempio, facendo ricorso ad istituti quali la litispendenza o a soluzioni, quale quella adottata dall'ordinamento francese, fondate sull'effetto negativo del suddetto principio).

Prima di procedere all'analisi dell'impianto normativo introdotto dalla riforma del 1998, nonché delle diverse problematiche teoriche e pratico-applicative relative ai rapporti e conflitti tra arbitrato e giurisdizione statale, andiamo qui di seguito a ripercorrere brevemente il dibattito pluridecennale che ha animato la dottrina e la giurisprudenza tedesche nel vigore del precedente sistema normativo, che offre notevoli spunti di riflessione utili ad inquadrare la problematica anche nel contesto normativo vigente.

³ L'enucleazione dell'istituto viene tradizionalmente fatta risalire alla pronuncia del *Bundesgerichtshof* del 5 maggio 1977 (III ZR 177 / 74), in *Neue Jur. Woch.* 1977, 1397 ss.

2. *Il conflitto di potestas iudicandi tra arbitrato e giurisdizione statale nel contesto normativo precedente alla riforma del 1998*

2.1. *L'orientamento di gran lunga maggioritario: la tesi delle "vie parallele"*

L'orientamento di gran lunga maggioritario nel vigore della legislazione precedente alla riforma del 1998⁴ partiva dal presupposto che i conflitti di "competenza" (o "giurisdizione") tra arbitrato e giurisdizione statale *si risolvessero in una questione di competenza*, da "governare" facendo applicazione, in entrambe le sedi, del principio *Kompetenz Kompetenz*.

Entrambi gli organi, dunque (giudice statale ed arbitro), erano ritenuti legittimati a svolgere un esame autonomo, *con cognizione piena*, della convenzione arbitrale stipulata tra le parti litiganti e, dunque, intorno alla sussistenza o meno della propria *potestas iudicandi*. Che la medesima causa pendesse dinanzi all'altro organo, o che questi avesse già svolto un esame della pattuizione arbitrale ritenendo di proseguire il giudizio incardinato dinanzi ad esso, era irrilevante per l'altro organo, che rimaneva libero di valutare il patto in piena autonomia, potendo pervenire ad un esito opposto a quello cui si era giunti nell'altra sede.

L'unico motivo per cui, in presenza di una convenzione arbitrale o di un giudizio arbitrale già pendente sulla medesima causa, il giudice statale doveva declinare la propria "competenza", risiedeva nell'accertata esistenza, validità ed efficacia di detta convenzione; mentre, per converso, l'unico motivo per cui l'arbitro, pur in pendenza di un giudizio statale sulla medesima causa, doveva declinare la propria "competenza", risiedeva nell'accertata inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione arbitrale sulla cui base era stato adito. In tale contesto, la contemporanea pendenza della stessa causa nelle due sedi rientrava nella categoria degli eventi *fisiologici*, come tali accettabili: la composizione del conflitto tra giudizio arbitrale e giudizio statale era demandata ad un momento successivo, al termine delle rispettive procedure, con la possibile spendita, nell'una, del giudicato sul merito formatosi, per primo, nell'altra.

Tale impostazione escludeva che si dovesse ricorrere, in funzione di coordinamento preventivo tra le due procedure, all'eccezione di litispendenza (*die Einrede*

⁴Sul tema v. W.J. HABSCHEID, *Zur Frage der Kompetenz-Kompetenz der Schiedsgerichts*, Mann 1981, S. 425 ss.; W. HARTMANN, *Zum Problem der Kompetenz-Kompetenz der Schiedsgerichte*, Bonn 1961; U. KORNBUM, *Zur Kompetenz-Kompetenz privater Schiedsgerichte nach deutschem Recht*, in R.A. SCHUETZE, *Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit* 3, 1989 S. 38 ss.; U. SCHÄFER, *Die Einrede der Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichts*, in W. GERHARDT, U. DIEDERICHSEN, B. RIMMELSPACHER, J. COSTEDE (eds.), *Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag am 21. April 1995*, Da Gruyter 1995, S., 723 ss.

anderweitiger Rechtshängigkeit)⁵, in quanto fondata su un criterio, quello della prevenzione, ritenuto applicabile *solo nei rapporti tra organi appartenenti al medesimo ordinamento (giudiziario)*. Nello specifico, l'esclusione dell'applicazione dell'istituto della litispendenza veniva diversamente argomentata, a seconda che ad essere previamente incardinato fosse stato *il giudizio arbitrale* o *il giudizio statale*.

Nel primo caso, si contestava la possibilità di parificare, sul piano degli effetti processuali, la proposizione di una domanda giudiziale (*Klageerhebung*) ai sensi della ZPO⁶ ad una domanda dedotta in sede arbitrale, ritenendosi che la prosecuzione del giudizio statale iniziato per secondo potesse essere agevolmente impedita da un'eccezione di arbitrato (*die Einrede der Schiedsvereinbarung / des Schiedsvertrages*), necessariamente proposta su istanza di parte (*auf Einrede*), in coerenza con la natura privatistica del fenomeno arbitrale, ostativa di qualsivoglia rilievo ufficioso (*vom Amts wegen*) della previa pendenza del giudizio arbitrale⁷, contrariamente a quanto accadeva nei casi di pendenza della medesima causa dinanzi a due giudici statali. Un ipotetico ricorso all'istituto della litispendenza, d'altra parte, veniva ritenuto sostanzialmente *inutile*, dato che l'arbitro sarebbe stato in ogni caso vincolato da una successiva decisione giudiziale, passata in giudicato e spendibile nel giudizio arbitrale per impedirne la prosecuzione⁸.

Nel secondo dei casi summenzionati (i.e. *previa pendenza del procedimento giudiziale e solo successiva instaurazione di quello arbitrale*), la tradizionale esclu-

⁵ V. U. SCHÄFER, *Die Einrede der Kompetenz-Kompetenz des Schiedsgerichts*, cit., 728 ss.; P. SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2^a ed., Muenchen 1989, 615 ss.; ID., in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 21^a Aufl., Tübingen 1994, sub § 1034, 222.

⁶ V., per riferimenti giurisprudenziali e dottrinali a questo orientamento, W. BOSCH, *Rechtskraft und Rechtsahängigkeit im Schiedsverfahren*, Tübingen 1991, 184 ss.

⁷ Inequivoca, in tal senso, l'importante decisione del *Bundesgerichtshof* del 4 novembre 1958, per la quale il fatto che la cosiddetta *litis*-pendenza arbitrale non potesse essere rilevata d'ufficio, ma solo su eccezione di parte, tempestivamente proposta, discenda dal fatto che, secondo la dottrina maggioritaria, persino il lodo passato in giudicato era rilevabile, ai sensi del § 1040 BGB, *solo su eccezione di parte, e non d'ufficio*, perché non sussistere un pubblico interesse al riguardo.

⁸ Così P. SCHLOSSER, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 21^a ed., Tübingen 1994, sub § 1034, 222. A ben vedere, tuttavia, tale conclusione è pienamente valida anche in relazione e nel contesto delle relazioni tra giudizi statali, senza che ciò abbia mai condotto a sollevare dubbi circa l'operatività dell'istituto della litispendenza. Ciò anche in considerazione del fatto che il giudice statale non potrebbe nemmeno, nel caso di contemporanea pendenza *aliunde* di un giudizio statale sulla medesima causa, limitarsi a sospendere, *durante* la pendenza del processo arbitrale e *fino* alla pronuncia del lodo, il procedimento pendente dinanzi a lui. V., in tal senso, S. MAIER, in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 1992, sub § 1027, che richiama la pronuncia del *Landesgericht* Göttingen, in *N. Jur. Woch.* 1954, 560, ricordando come: "(...) *eine Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung des Schiedsgerichts kommt nicht in Betracht*", dal momento che: "[E]s kann gemäss § 280 absondert verhandelt werden".

sione dell'applicabilità dell'istituto della litispendenza si fondava sull'assunto (invero piuttosto apodittico) secondo cui l'arbitro *non avrebbe potuto non tenere conto* di una decisione statale divenuta *inoppugnabile prima* della pronuncia del lodo arbitrale, distinguendosi, invece, due diversi scenari ove a giungere per primo ad una decisione definitiva sul merito fosse stato l'arbitro. In un caso, ove il giudice statale ritenesse non sussistere alcun vizio che inficiasse la validità del lodo, sarebbe risultato vincolato dall'accertamento contenuto nella pronuncia arbitrale e indotto, *alternativamente* (nel caso di pronuncia su causa identica a quella pendente dinanzi al giudice statale), a chiudere in rito il processo per l'operatività del *ne bis in idem*, oppure (nel caso di pronuncia arbitrale su causa pregiudiziale a quella pendente dinanzi al giudice statale), a tenerne fermo l'accertamento in virtù dell'efficacia conformativa. Nel caso opposto, ove il giudice statale ritenesse il lodo viziato (perché, ad esempio, pronunciato da un tribunale privo di *potestas iudicandi*), avrebbe potuto (senza peraltro esservi obbligato) sospendere il procedimento dinanzi a sé ai sensi della – previgente – Sezione 148 ZPO, onde consentire alla parte soccombente in arbitrato di impugnare il lodo.

L'orientamento ora illustrato, pur nell'apoditticità di alcune sue argomentazioni, era assolutamente prevalente nel contesto normativo precedente alla riforma del 1998. Talune opinioni eterodosse, tuttavia, erano favorevoli, sulla base di argomentazioni non sempre coincidenti, all'applicazione (integrale o parziale) dell'istituto della litispendenza fondato sul criterio della prevenzione anche ai rapporti arbitro-giudice statale. Andiamo qui di seguito ad illustrarne i tratti salienti.

2.2. Alcune posizioni eterodosse della dottrina (le tesi di Reichel, Beitzke, Bloch)

Per cominciare, già il *Reichgericht*, in alcuni *obiter dicta*, aveva statuito, seppur in modo molto succintamente argomentato, nel senso che non vi fossero in linea di principio ragioni per escludere che gli istituti della litispendenza e del giudicato si applicassero *anche* ai rapporti tra arbitro e giudice statale⁹.

Maggiormente articolate (anche se ispirate piuttosto ad un generico *favor arbitratus* che fondate su solidi appigli normativi o su plausibili inquadramenti teorici) risultavano invece le posizioni di taluni studiosi, accomunati dall'opinione secondo cui non vi erano in linea di principio ostacoli a che l'istituto della litispendenza, fondato sul meccanismo della prevenzione, operasse anche nei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale, quantomeno quando ad essere iniziato per primo fosse stato il giudizio arbitrale¹⁰ (con la prospettiva, dunque, di un'appli-

⁹ V., per riferimenti puntuali, W. BOSCH, *Rechtskraft*, cit., 182, nt. 6.

¹⁰ Fa peraltro eccezione la posizione di K.A. BETTERMANN, *Rechtshängigkeit und Rechtsschutzform*, Detmold 1949, 113, favorevole ad un'applicazione integrale e dunque *bilaterale* dell'istituto

cazione *unilaterale* dell'istituto, in favore del solo giudizio arbitrale).

Reichel, ad esempio, sull'assunto che la *Klageerhebung* arbitrale (ossia la domanda di arbitrato) fosse idonea a produrre *gli stessi effetti*, processuali e sostanziali, della domanda giudiziale – tra cui l'interruzione della prescrizione (Sezione 220 BGB), l'applicazione della particolare disciplina della cessione del bene oggetto della controversia (Sezione 265 ZPO), la maturazione degli interessi processuali (Sezione 291 BGB), l'inasprimento degli obblighi di riconsegna (Sezioni 292, 818 IV, 987, 989 BGB) e, appunto, il fenomeno e gli effetti della litispendenza –, riteneva che il convenuto in un giudizio statale, *iniziato successivamente* a quello arbitrale e vertente sulla medesima causa, potesse spendere *l'eccezione di litispendenza* al fine di impedirne la prosecuzione¹¹. Tale eccezione, secondo l'autore, sarebbe stata addirittura *l'unica spendibile* nel caso in cui il collegio arbitrale fosse già stato costituito e il convenuto si fosse già difeso nel merito nel giudizio statale, non potendo più invocare *l'exceptio compromissi*¹².

La posizione di Reichel, in ragione, soprattutto, delle sue molte lacune dimostrative, prestava tuttavia il fianco a non poche critiche. L'affermazione, ad esempio, secondo cui la proposizione della domanda di arbitrato dovesse necessariamente fondare la spendita di un'eccezione di litispendenza nel giudizio statale iniziato per secondo in quanto idonea a produrre *alcuni* effetti sostanziali e processuali *analoghi* a quelli prodotti dalla domanda giudiziale provava troppo, non sussistendo una concatenazione necessaria tra i diversi effetti prodotti da una domanda giudiziale, né, in assenza di una previsione normativa che espressamente disponesse in tal senso, una corrispondenza altrettanto necessaria tra quelli prodotti da una domanda giudiziale rispetto a quelli prodotti da una domanda arbitrale.

Parimenti, dalla preclusione alla spendita dell'*exceptio compromissi* per decorso dei termini non discendeva necessariamente che l'unico mezzo per impedire la prosecuzione del giudizio statale sulla stessa causa pendente in arbitrato – e, dunque, per coordinare le due procedure – fosse il ricorso all'istituto della litispendenza.

L'autore, infine, non chiariva molti aspetti pratico-applicativi relativi alla spendita dell'eccezione di litispendenza (invocabile, secondo la sua ricostruzione,

della litispendenza nei rapporti tra arbitrato e giurisdizione ordinaria. Per questo autore la previa instaurazione del giudizio statale impediva all'arbitrato di proseguire, almeno fintantoché il giudice statale non avesse chiuso in rito il processo, ritenendo fondata l'eccezione di patto compromissorio sollevata dinanzi a lui. Questo perché, dal § 274, II, Nr. 3 ZPO emergeva che la decisione incidentale resa dal giudice statale sull'eccezione di patto compromissorio (*Zwischenurteil*) avrebbe vincolato, per mezzo della sua autorità di giudicato, l'arbitro.

¹¹ Cfr. M.A. REICHEL, *Anmerkung zum Beschluss des OLG Hamburg vom 9.10.1934 – Bf II 463/34 –*, in *ZZP*, 59, 188.

¹² Per M.A. REICHEL, d'altra parte, l'eccezione di litispendenza sarebbe stata l'unica spendibile anche nel caso di contemporanea pendenza di due procedimenti arbitrali sulla medesima causa, instaurati sulla base del medesimo patto arbitrale, risultando inefficace il ricorso alla *exceptio compromissi*.

nel solo giudizio statale e in favore del solo giudizio arbitrale iniziato per primo): dal regime di rilevanza di detta eccezione, al termine preclusivo per la sua proposizione, alla relazione tra eccezione di litispendenza ed eccezione di patto compromissorio, in particolare quando quest'ultima fosse ancora proponibile e così via¹³. Al di là di questi rilievi, ciò che lasciava maggiormente perplessi era l'assenza di qualsivoglia giustificazione teorica del perché l'istituto della litispendenza dovesse operare solo *ex uno latere*, come se nell'ordinamento tedesco vigesse un principio non scritto secondo cui, nel conflitto tra procedure giudiziali ed arbitrali, queste ultime dovessero godere di una corsia preferenziale.

Anche Beitzke era favorevole ad un'applicazione *unilaterale*, solo in favore del giudizio arbitrale, dell'istituto della litispendenza¹⁴. L'autore, contrariamente all'orientamento al tempo prevalente¹⁵, era favorevole ad un inquadramento *pubblicistico* dell'istituto in questione, in virtù della sua ritenuta strumentalità e funzionalizzazione alla protezione del valore, dalla portata appunto pubblicistica, dell'economia processuale, e operava un parallelismo tra un'eccezione volta a far valere l'autorità di un giudicato arbitrale ed un'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* dell'organo adito in presenza di una convenzione arbitrale, ricondotte, entrambe, alla categoria delle eccezioni *rilevabili d'ufficio*. Il fatto che l'ultima parola sulla competenza dell'arbitro spettasse *sempre e comunque* al giudice statale rappresentava il grimaldello argomentativo per giustificare l'applicazione, *ex uno latere*, dell'istituto della litispendenza (a favore, cioè, del solo giudizio arbitrale iniziato per primo)¹⁶. In tale prospettiva, la decisione dell'arbitro sulla propria *potestas iudicandi* era da intendersi come meramente *provvisoria* (*Zwischentscheidung* – v. la previg. Sezione 1037 ZPO), inidonea ad acquisire la forza del giudicato e così a vincolare il giudice statale, in quanto sempre soggetta a successiva revisione giudiziale (in sede di giudizio di impugnazione per nullità del lodo – *Aufhebungsklage* – o di dichiarazione dell'esecutorietà dello stesso – *Vollstreckbarerklärung* –). Al contrario, l'accertamento sulla *potestas iudicandi* arbitrale compiuto dal giudice statale era “costitutamente idoneo” ad esplicare un'efficacia extraprocessuale e vincolante nei confronti dell'arbitro. Stando così le cose, nulla ostava, secondo l'autore, a che l'istituto della litispendenza, basato sul criterio della prevenzione, e la relativa eccezione, operassero *solo nell'ambito del giudizio statale*, non, invece, nell'ambito di quello arbitrale iniziato per secondo¹⁷.

¹³ V. W. BOSCH, *Rechtskraft*, cit., 184.

¹⁴ V. G. BEITZKE, *Zuständigkeitsstreit zwischen staatlichem Gericht und Schiedsgericht*, in *ZZP* 60 (1936/1937), 317.

¹⁵ Che è oggi tuttavia decisamente superato: v., per riferimenti, W. BOSCH, *Rechtskraft*, cit., 183, nt. 12.

¹⁶ V. W. BOSCH, *Rechtskraft*, cit., 184.

¹⁷ Originata, talora, da un'oggettiva incertezza circa l'esistenza, validità e portata del patto com-

Anche alla ricostruzione di Beitzke potevano muoversi critiche simili a quelle mosse a Reichel. In primo luogo, non risultava adeguatamente giustificata l'asserita necessità di fare applicazione dell'istituto della litispendenza (pur se operante solo *unilateralmente*) per governare i rapporti arbitro-giudice statale, né venivano chiariti i rapporti tra eccezione di litispendenza ed *exceptio compromissi*¹⁸. In secondo luogo, non era del tutto chiaro se il riferimento al carattere *provvisorio* della decisione dell'arbitro sulla propria "competenza" andasse inteso come inidoneità *tout court* di quella decisione (in quanto interinale o interlocutoria e non autonomamente impugnabile) ad esplicare qualsivoglia efficacia extraprocessuale, anche una volta divenuta definitiva, oppure se si limitasse a ribadire la non autosufficienza di quella decisione perché assoggettabile, in un momento successivo, ad una revisione giudiziale (in sede, ad esempio, di impugnazione per nullità), in maniera che sarebbe allora risultata non molto dissimile da quanto accadeva alle decisioni arbitrali sul merito, idonee a cristallizzarsi, in mancanza di impugnazione (seppur solo a seguito dell'inutile decorso del termine per impugnare), in decisioni definitive. In tal ultimo caso, appariva ingiustificato, all'autore, il ricorso ad un rimedio ulteriore e diverso (l'istituto della litispendenza) in luogo di quello ritenuto tradizionalmente applicabile (l'eccezione di patto arbitrale) per regolare i conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale¹⁹.

Tra gli autori che più di tutti hanno approfondito la tematica dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione nel contesto normativo precedente alla riforma del 1998 merita senz'altro di essere menzionato Bosch²⁰.

L'autore, prendendo le mosse proprio dalle debolezze ricostruttive caratterizzanti le impostazioni degli autori summenzionati, sottolineava la marginalità (rispetto al ricorso all'eccezione di patto compromissorio²¹) dell'istituto della litispendenza in relazione al fenomeno arbitrale, limitandone l'operatività ai casi di *attualità* del conflitto positivo di competenza fra arbitrato e giurisdizione (proces-

promissorio (che poteva condurre ad una valutazione opposta, da parte, rispettivamente, del giudice statale e dell'arbitro, per quanto atteneva alla sussistenza o meno della competenza arbitrale); talaltra, dalla particolare formulazione del patto compromissorio, che poteva, ad esempio, prevedere che, in relazione a determinate controversie, *solo* una parte potesse deferire la controversia in arbitrato, rimanendo l'altra vincolata ad adire, *in ogni caso*, il giudice statale, oppure che entrambe fossero libere di adire, a loro discrezione (*nach Belieben wahlweise*), l'arbitro o il giudice statale.

¹⁸ V. W. BOSCH, *Rechtskraft*, cit., 185.

¹⁹ V. W. BOSCH, *Rechtskraft*, cit., 184.

²⁰ V. W. BOSCH, *Rechtskraft*, cit., 180 ss.

²¹ Richiamando, in tal senso – quali esempi di ordinamenti al cui interno la litispendenza sarebbe chiamata a svolgere una funzione *autonoma* rispetto all'eccezione di compromesso nei rapporti arbitro-giudice statale – l'allora vigente disciplina dell'ordinamento austriaco e l'art. 6 della Convenzione Europea sull'Arbitrato Commerciale Internazionale, adottata a Ginevra il 21 aprile 1961.

so arbitrale *già instaurato e pendente* nel momento in cui il convenuto nel giudizio statale eccepisse l'incompetenza dell'organo adito), dovendo altrimenti continuare ad utilizzarsi l'eccezione di patto compromissorio per dirimere il contrasto tra le due procedure²². Nello specifico, Bosch distingueva due diversi scenari, rappresentati, rispettivamente, dalla *previa instaurazione del giudizio arbitrale* e dalla *previa instaurazione del giudizio statale*.

Prendendo le mosse da quest'ultimo, secondo l'autore avrebbe dovuto essere *risolutamente esclusa* la spendibilità dell'eccezione di litispendenza: da un lato, perché la Sezione 1037 ZPO conferiva all'arbitro, adito per secondo, il potere di proseguire il processo incardinato dinanzi ad esso pur in presenza di dubbi, censure e contestazioni alla sua *potestas iudicandi* (ivi comprese le contestazioni proposte, in forme e tempi diversi a seconda del regime processuale applicabile, *al di fuori* del giudizio arbitrale e dunque anche nell'ambito di un giudizio statale iniziato per primo); dall'altro, perché, sebbene fosse pacifico che una decisione separata (interinale) del giudice statale sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, una volta passata in giudicato, fosse idonea a vincolare l'arbitro, *non vi era alcun obbligo per il giudice di adottare una tale decisione*, ben potendo optare per un accertamento *incidenter tantum, ininfluenza sul parallelo giudizio arbitrale*, perché privo di qualsivoglia efficacia esterna al processo²³.

Nel primo degli scenari delineati in precedenza (previa instaurazione del giudizio statale), esclusa la spendibilità dell'eccezione di litispendenza in sede giudiziale nei casi di convenzioni arbitrali che attribuissero alle parti, in forme e modalità diverse, un'opzione *alternativa*, ma non *esclusiva*, quanto all'individuazione dell'organo cui sottoporre le controversie tra loro insorte (potendo in tali casi il conflitto risolversi *già sulla base del patto compromissorio*²⁴, sì da rendere superfluo

²² Da sollevare dinanzi all'autorità giudiziaria statale *solo* nella misura in cui la controversia incardinata dinanzi a quest'ultima *rientrasse nell'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo del patto compromissorio*. L'eccezione in questione, incidendo sull'ammissibilità stessa dell'azione giudiziale, doveva essere sollevata dal convenuto prima dell'udienza prevista per la trattazione sul merito (*vor der Verhandlung zur Hauptsache*).

²³ V. W. BOSCH, *Rechtskraft*, cit., 212.

²⁴ Il problema della contemporanea pendenza di due procedimenti (arbitrale e statale) sulla medesima causa veniva infatti risolto *in via anticipata*, rispettivamente mediante un'interpretazione del patto compromissorio più o meno ispirata al *favor arbitratus* (facendo, ad esempio, prevalere *in ogni caso* l'arbitrato anche quando questo fosse iniziato per secondo), o ipotizzando una *consumazione del diritto di scelta* per via dell'esercizio di essa da parte dell'attore, o basandosi sulla diversa regolamentazione supplementare contenuta nel patto stesso (che poteva stabilire, ad esempio, la competenza definitiva ed incontestabile dell'organo adito per primo). Più in particolare, in dottrina v'era chi, alla proposizione di una domanda dinanzi al giudice statale o all'arbitro, ricollegava, nel caso di diritto di scelta spettante *ad una sola parte*, l'effetto di una consumazione dello stesso (*ein Verbrauch*); solo nel caso opposto, di attribuzione di tale facoltà *ad entrambe*, era ipotizzabile

il ricorso, in via analogica, all'istituto della litispendenza di cui alla Sezione 261, III, 1 ZPO)²⁵, un suo possibile ruolo avrebbe potuto configurarsi nelle ipotesi in cui il parallelismo di procedure sulla medesima causa²⁶ (come possibile ai sensi della prev. Sezione 1037 ZPO) fosse la conseguenza della decisione dell'arbitro di *non sospendere* il procedimento instaurato dinanzi ad esso, procedendo, *nonostante le contestazioni mosse alla sua potestas iudicandi*, con la trattazione sul merito della lite e financo con la pronuncia di un lodo definitivo.

Invero, la facoltà, conferita dall'ordinamento all'arbitro, di proseguire il procedimento incardinato dinanzi ad esso, nonostante la contemporanea pendenza, in sede giudiziale, di un giudizio sulla medesima causa (nel caso di cui alla Sezione 1037 ZPO), o anche semplicemente su causa connessa (nei casi di cui alle Sezioni 1045 e 1046 ZPO), rispondeva bensì all'esigenza di preservare l'autonomia e indipendenza del giudizio arbitrale, evitando che un ricorso strumentale o a mere scopi dilatori al giudice statale potesse rallentarlo o comunque ostacolarlo. Il suo concreto esercizio, tuttavia, poteva tradursi in taluni inconvenienti sul piano pratico-applicativo: dal possibile contrasto di accertamenti sulla *potestas iudicandi* arbitrale (nel caso in cui una decisione giudiziale, emessa nell'ambito di azioni proposte ai sensi delle Sezioni 1045 o 1046 ZPO e dichiarativa dell'inammissibilità del procedimento arbitrale, venisse poi contraddetta dall'accertamento positivo compiuto dall'arbitro sulla propria "competenza"), a possibili conflitti tra giudicati sul merito, ogniquale volta il giudice statale avesse accertato solo *inciden-*

l'effetto di far sorgere, in capo alla parte convenuta, il diritto alla spendita di un'eccezione di litispendenza o di patto compromissorio. V. K.H. SCHWAB, G. WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit, Kommentar*, München 1990, 27; OLG Monaco in *N. Jur. Woch.*, 1959, 2220 ss.

²⁵ Così W. BOSCH, *Rechtskraft*, cit., 191. L'unica (invero improbabile) eccezione alla possibilità di trovare, *già nel patto compromissorio* una soluzione ai suddetti conflitti si sarebbe potuta ravvisare in un'oggettiva aspirazione delle parti ad ottenere una doppia decisione sulla stessa causa: l'improbabilità del verificarsi di una simile ipotesi induceva BOSCH a non prenderla seriamente in considerazione.

²⁶ Originata dalla proposizione, in sede giudiziale, contestualmente al procedimento arbitrale, *alternativamente*, di un'azione quale quella ex art. 1046 ZPO, che prevedeva la possibilità – in presenza di dubbi sull'esistenza, validità e portata del patto compromissorio – di proporre al giudice statale (lo stesso competente per la futura dichiarazione di esecutorietà del lodo) una domanda volta ad accertare l'inammissibilità del procedimento arbitrale (*die Unzulässigkeit des Schiedsverfahrens*) (v., per una dettagliata analisi di questo articolo, K.H. SCHWAB und G. WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit, Kommentar*, München 1990; P. SCHLOSSER, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar*, cit., sub § 1046 ZPO, 570 ss.); oppure di un'azione ai sensi del (previg.) § 1045 ZPO, che consentiva di ottenere una decisione avente ad oggetto l'(accertamento dell')estinzione del patto compromissorio (*das Erlöschen der Schiedsvereinbarung*); o, infine, di una domanda volta all'ottenimento di una decisione sul merito di una disputa coperta da un patto arbitrale, che il giudice statale ritenesse invalido, inefficace o inoperante.

ter tantum l'invalidità del patto arbitrale, decidendo poi nel merito in senso contrario a quanto fatto, in precedenza o successivamente, dall'arbitro. Ove il filtro delle impugnazioni non avesse funzionato a dovere, la coesistenza di due decisioni definitive non sarebbe stata agevolmente risolvibile, stante l'assenza di criteri univoci che consentissero di individuare, *a priori*, la decisione che avrebbe dovuto prevalere²⁷.

Proprio con riferimento a tali fattispecie si sarebbe palesata, secondo Bosch, l'inefficacia (o quantomeno l'insufficienza) dello strumento dell'*exceptio compromissi*: non tanto per il rischio di un parallelismo tra due procedure, rispettivamente arbitrale e giudiziale, sulla medesima causa (tutto sommato tollerabile, nella misura in cui non andava a violare alcun principio di economia processuale, come sarebbe accaduto, invece, nei rapporti tra organi appartenenti alla giurisdizione ordinaria), quanto per il rischio di un potenziale conflitto fra giudicati. In tal caso, secondo l'autore, l'unica soluzione praticabile appariva il ricorso ad un'applicazione analogica, seppur *unilaterale* (ossia in favore del solo giudizio arbitrale), della previsione di cui alla Sezione 261, III, 1 ZPO, consentendo cioè alla parte interessata di invocare l'eccezione di litispendenza²⁸, qualificata da Bosch in termini di *Einwand des betriebenen Schiedsverfahrens* (eccezione di procedimento arbitrale "azionato" e attualmente pendente), piuttosto che di *Einwand anderweitiger Rechtshängigkeit* (eccezione di vera e propria litispendenza), e rilevabile anche d'ufficio (*von Amts wegen*)²⁹. La tesi della rilevabilità d'ufficio di una tale eccezione risultava invero in contrasto con la natura squisitamente privatistica del fenomeno arbitrale e altresì con l'orientamento al tempo maggioritario, per il quale non solo la spendita di un'eccezione di litispendenza non era *tout court* contemplabile nei rapporti arbitro-giudice, ma financo l'esistenza di un previo lodo passato in giudicato era rilevabile, in sede giudiziale, *solo ad istanza di parte (auf Einrede)*³⁰.

²⁷ Sebbene G. BEITZKE optasse per dare prevalenza, in ogni caso, alla decisione del giudice statale (v. W. BOSCH, *Rechtskraft*, cit., 193).

²⁸ Peraltro, se l'arbitro, ai sensi del (prev.) § 1037 ZPO, e dunque nell'esercizio del suo potere discrezionale, decideva di *sospendere* il procedimento, scemava, secondo W. BOSCH, il timore di un conflitto di giudicati e, di conseguenza, la necessità stessa dell'esperimento dell'eccezione di litispendenza, nella misura in cui il giudizio arbitrale rimaneva quiescente sino al passaggio in giudicato della sentenza statale sulla competenza del giudice adito. Ovviamente, la ripresa della trattazione della causa in sede arbitrale prima del passaggio in giudicato della sentenza statale avrebbe invece riproposto questi timori di esiti confliggenti; di qui la riesumazione dell'interesse per la proposizione dell'eccezione di litispendenza.

²⁹ W. BOSCH, *Rechtskraft*, cit., 197 ss.

³⁰ La posizione dell'orientamento maggioritario, che tendeva ad escludere *il rilievo d'ufficio* della previa pendenza del processo arbitrale in ragione *dell'asserita assenza di un rilevante interesse pubblico*, era in linea con la tesi secondo cui persino l'efficacia preclusiva costituita dal lodo arbitrale divenuto definitivo era subordinata all'eccezione di parte.

Un'ulteriore ipotesi di potenziale applicazione dell'istituto della litispendenza (sempre unilaterale, e dunque *solo a favore* di un giudizio arbitrale previamente instaurato) veniva dall'autore individuata nel caso di previa instaurazione di un procedimento arbitrale *all'estero* (in particolare ove azionato sulla base di un accordo arbitrale bensì valido ai sensi della legge della sede dell'arbitrato, ma non ai sensi di quella tedesca: tipico il caso dell'accordo arbitrale *orale*), seguita dalla proposizione in Germania, ad opera del convenuto nel procedimento arbitrale, di una domanda giudiziale di mero accertamento negativo, avente cioè ad oggetto l'inesistenza del diritto azionato nel processo arbitrale³¹. In tal caso, secondo Bosch, il ricorso all'eccezione di litispendenza avrebbe rappresentato *l'unico espediente* in grado di impedire la prosecuzione parallela dei due giudizi nella reciproca indifferenza³², in ragione dell'assenza di altri meccanismi di coordinamento preventivo e del verosimile rigetto dell'eccezione di patto arbitrale per profili attinenti alla (in)validità del patto. La soluzione della litispendenza unilaterale o "a senso unico" appariva a Bosch il meccanismo di coordinamento preventivo tra le due procedure più adeguato, l'unico in grado di attuare un congruo bilanciamento tra le diverse esigenze in gioco.

Se, *nel caso di arbitrato iniziato per secondo*, il criterio della prevenzione risultava inapplicabile in ragione della generale maggior celerità del giudizio arbitrale rispetto a quello statale (che avrebbe consentito di minimizzare gli inconvenienti determinati dal parallelismo di procedure), esso avrebbe ben potuto applicarsi al caso opposto, non solo perché maggiormente in linea con l'opzione almeno formalmente espressa dalle parti in favore della giustizia arbitrale, ma anche perché le esigenze della parte che avesse perplessità sulla sussistenza della *potestas iudicandi* in capo agli arbitri sarebbero state garantite dalla possibilità, giammai preclusa, di un successivo scrutinio giudiziale (in sede, ad esempio, di impugnazione per nullità del lodo) volto a verificare che la deroga pattizia alla giurisdizione statale fosse legittima. Rimaneva in ogni caso esperibile, per la parte che nutrisse dubbi sulla validità della pattuizione arbitrale (e prima dell'inizio del giudizio arbitrale), l'azione di accertamento dell'inammissibilità della via arbitrale ai sensi della (previg.) Sezione 1046 ZPO³³.

³¹ V. W. BOSCH, *Rechtskraft*, cit., 195.

³² In ragione del fatto che il carattere orale dell'accordo, non integrando i requisiti di validità della forma previsti dal diritto tedesco, poteva condurre ad un rigetto dell'eccezione di patto compromissorio sollevata dinanzi al giudice tedesco, mentre pendeva il giudizio arbitrale.

³³ La soluzione alternativa della *mera sospensione* del giudizio statale instaurato per secondo, in luogo della sua chiusura in rito per previa pendenza del giudizio arbitrale, implicava alcuni inconvenienti, *sia sul piano più propriamente sistematico* (la norma che disciplinava l'istituto della sospensione del giudizio, il § 148, III, 1 ZPO, faceva espresso riferimento al fatto che la decisione attesa nel processo a favore del quale veniva disposta la sospensione avesse *rilievo* per la decisione del processo sospeso – tipico il caso della sospensione per pregiudizialità –, mentre, nel caso di specie, la

Anche con riferimento alle tesi di Bosch, l'evidente *favor arbitratus* che le sottintendeva (di cui appariva tuttavia difficile ravvisare solidi appigli normativi) finiva in più occasioni per sacrificarne la coerenza logica.

Invero, sebbene il principio *Kompetenz Kompetenz* (codificato dalla Sezione 1037 ZPO) attribuisse, in linea di principio, *anche al giudice statale* la medesima facoltà riconosciuta in capo all'arbitro di decidere autonomamente sulla propria "competenza" e di proseguire la trattazione nel merito della lite dedotta in arbitrato, *pur se iniziata successivamente ad un giudizio statale sulla medesima causa*, e sebbene le esigenze cui l'istituto della litispendenza mirava a far fronte (impedire la celebrazione di due giudizi sulla medesima causa e il rischio di futuri giudicati contraddittori) fossero le stesse in un caso (previa pendenza del giudizio arbitrale) e nell'altro (previa pendenza del giudizio statale), *solo in capo al giudice statale l'autore ravvisava l'obbligo di chiudere in rito il procedimento*, ove adito per secondo.

Sul piano pratico-applicativo, poi, il ricorso ad un meccanismo di litispendenza unilaterale o "a senso unico" non garantiva l'efficienza del sistema: da un lato, non era in grado di impedire un parallelismo di procedure sulla stessa causa, ogniqualevolta il giudice statale, adito per primo, avesse ritenuto *non* fondata (senza però decidere separatamente su di essa) l'eccezione di patto compromissorio sulla cui base era stato iniziato e proseguito, in un momento successivo, un giudizio arbitrale sulla medesima causa; dall'altro, rischiava di imporre alle parti un andirivieni tra fori diversi, ogniqualevolta l'arbitro, adito per secondo, declinasse la propria competenza, prima che anche il giudice statale, adito per primo, facesse lo stesso, non essendo vincolato al precedente accertamento compiuto sul patto arbitrale.

Va per la verità osservato che, già prima della riforma del 1998, l'ordinamento tedesco, a differenza di quello italiano, poteva contare su alcuni espedienti per ridurre al minimo gli inconvenienti determinati dai conflitti di "competenza", positivi e negativi, tra arbitro e giudice statale.

Da un lato, era opinione condivisa che, a seguito di una doppia declinatoria di competenza, dapprima del giudice statale e poi dell'arbitro, il primo non potesse più esimersi dal decidere nel merito la causa che gli fosse stata nuovamente riproposta; dall'altro, pur in assenza di espresse disposizioni normative, vi era una generalizzata convergenza in dottrina e giurisprudenza circa l'attribuzione, alla decisione separata del giudice statale sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale

decisione dell'arbitro circa la propria competenza, secondo la tesi cui anche W. BOSCH aderiva, non avrebbe avuto rilievo nel giudizio sospeso, data la sua natura di decisione resa *in via incidentale*, priva di effetti vincolanti per il giudice statale); sia *sul piano pratico-applicativo*, comportando la sospensione null'altro che un *differimento temporaneo* di una molto probabile futura chiusura in rito del processo statale in conseguenza dell'emanazione del lodo (V. W. BOSCH, *Rechtskraft*, cit., 194).

(non impugnata e dunque passata in giudicato), di un'efficacia extraprocessuale e vincolante nei confronti dell'arbitro, cui non sarebbe dunque rimasta altra scelta che conformarvisi.

2.3. *Il tema, pacifico, dell'efficacia extraprocessuale e vincolante della decisione giudiziale sulla potestas iudicandi arbitrale e quello, controverso, dell'efficacia extraprocessuale e vincolante del lodo che avesse pronunciato (solo o anche) sulla potestas iudicandi arbitrale e della sua immediata impugnabilità (la tesi di Schlosser)*

Il profilo da ultimo accennato, riguardante l'efficacia della decisione, rispettivamente dell'arbitro o del giudice statale, sulla questione della competenza arbitrale, è stato particolarmente dibattuto dalla dottrina e giurisprudenza tedesche nel contesto normativo precedente alla riforma del 1998.

Per quanto riguarda la decisione del giudice statale sulla *potestas iudicandi* arbitrale, l'orientamento di gran lunga maggioritario, come detto, era favorevole ad attribuirvi un'efficacia extraprocessuale e vincolante in tutti i casi in cui detta decisione fosse divenuta *incontrovertibile*.

Ciò accadeva, in primo luogo, nel caso di passaggio in giudicato di una *Zwischenurteil*, o sentenza di accertamento incidentale sul patto arbitrale, pronunciata dal giudice statale ai sensi della (prev.) Sezione 280 ZPO, nell'ambito di un'azione che avesse ad oggetto un rapporto sostanziale cui si riferisse quel patto e a seguito di un'*exceptio compromissi* ritualmente sollevata dal convenuto e contestata, nella sua fondatezza, dall'attore³⁴; in secondo luogo, nel caso di passaggio in giudicato³⁵ di una sentenza che avesse pronunciato, *in via principale*, ai sensi della Sezione 1046 ZPO³⁶, sull'inammissibilità del procedimento arbitrale ("*Klagen*

³⁴ V. P. SCHLOSSER, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar*, cit., sub § 1027a, III, 1, 20; W. BOSCH, *Rechtskraft*, cit., 194.

³⁵ Osservava P. SCHLOSSER, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar*, cit., sub § 1045 ZPO, che: "(...) *der ergehende Beschluss (...) auch für eine künftige Klage die Frage des Erlöschens rechtskräftig feststellen muss, wofür die Beschlussform kein Hindernis bildet*".

³⁶ In particolare, la Sezione 1046 ZPO consentiva ad una parte di proporre al giudice statale domande aventi ad oggetto, tra l'altro, l'accertamento dell'inesistenza (*das Nichtbestehens*) del patto, così come quelle vertenti, più in generale, sulla questione dell'ammissibilità del procedimento arbitrale. L'accertamento del giudice statale, divenuto definitivo e non ulteriormente controvertibile, vertente sull'inammissibilità del procedimento arbitrale per uno dei motivi suddetti, vincolava qualunque altro organo (giudice o arbitro) che si fosse successivamente occupato della questione. Il lodo eventualmente pronunciato nonostante l'esistenza di una tale pronuncia giudiziale divenuta definitiva era irrimediabilmente *unwirksam*, non essendovi bisogno di alcuna ulteriore autonoma azione giudiziale per accertarlo (v. S. MAIER, in *Münchener Kommentar*, cit., sub § 1046, Nr. 1; P. SCHLOSSER, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar*, cit., 568). Quanto alla

(...) *welche die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens (...) zum Gegenstand haben*)” o, ai sensi della Sezione 1045 ZPO³⁷, sull’attuale esistenza (*das Fortbestehen*) o estinzione (*das Erlöschen*) del patto compromissorio (“*die gerichtlichen Entscheidungen (...) über das Erlöschen eines Schiedsvertrags*”) ³⁸). Detta sentenza imponeva all’arbitro – dinanzi al quale fosse pendente un procedimento, iniziato nonostante la proposizione della relativa domanda in sede giudiziale (come effettivamente consentiva la Sezione 1037 ZPO³⁹) – di rigettare la domanda come inammissibile (*unzulässig*) e di chiudere in rito il processo⁴⁰, pena la sanzione della nullità o inefficacia *ipso iure* del lodo ciononostante pronunciato (che avrebbe consentito alla parte, contro cui quel lodo fosse stato azionato in sede esecutiva, di opporvisi sollevando eccezione di invalidità dello stesso, senza dover necessariamente incardinare, avverso quel lodo, un’apposita azione di annullamento⁴¹); in terzo luogo, nel caso di sentenza emessa in sede di impugnazione del

tempistica, se la domanda *ex* § 1046 ZPO veniva proposta prima ancora che il lodo, pur emesso, fosse divenuto definitivo, essa si tramutava in domanda di annullamento (v. P. SCHLOSSER, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar*, cit., 572). In ogni caso, la pronuncia resa dal giudice al termine del giudizio di annullamento era fornita dell’*auctoritas rei iudicatae*. La stessa domanda *ex* § 1046 ZPO, proposta però avverso il lodo divenuto ormai inimpugnabile, doveva essere rigettata in rito.

³⁷ La norma di cui alla Sezione 1045 ZPO prevedeva invece che si potesse richiedere al giudice statale, nell’ambito di un procedimento in camera di consiglio (*im Beschlußverfahren*), una decisione avente ad oggetto l’(accertamento dell’)attuale efficacia (più propriamente esistenza: *das Fortbestehen*) o avvenuta estinzione (*das Erlöschen*) del patto compromissorio (“*die gerichtlichen Entscheidungen (...) über das Erlöschen eines Schiedsvertrags*”). Sugli istituti di cui alle Sezz. 1045 e 1046 che ritroveremo più avanti al par. 5.2.

³⁸ Per un commento dettagliato delle due norme, v. P. SCHLOSSER, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar*, cit., *sub* i rispettivi articoli. Nel caso di contemporanea pendenza dei procedimenti proposti ai sensi dei due articoli citati, bisognava distinguere: se era stato instaurato *preventivamente* il procedimento in camera di consiglio (§ 1045 ZPO), quello successivo ai sensi del § 1046 ZPO andava sospeso in conformità al § 148 ZPO (sospensione per pregiudizialità); nel caso opposto, il procedimento ai sensi del § 1046 ZPO doveva ritenersi impedito per il venir meno della necessità dell’interesse ad agire, avendo la parte preferito il più semplice e rapido procedimento in camera di consiglio.

³⁹ La sospensione era peraltro consigliata nel caso in cui il giudice statale avesse già stabilito l’inammissibilità del procedimento arbitrale con sentenza non ancora passata in giudicato (così K.H. SCHWAB, G. WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., 127), nel qual caso si riteneva che il giudice potesse financo intimare all’arbitro, mediante provvedimento interinale, la temporanea sospensione del procedimento arbitrale (per maggiori riferimenti v. ZPO *sub* § 1037 ZPO, 247 ss.), sebbene, nella normalità dei casi, un simile intervento dell’autorità giudiziaria statale venisse considerato: “(...) *ein jeder Rechtsgrundlage entbehrender Übergriff*”: così K.H. SCHWAB, G. WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., 127.

⁴⁰ V. BOSCH, *Rechtskraft*, cit., 192; P. SCHLOSSER, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar*, cit., *sub* § 1037, ZPO, 247 ss.

⁴¹ V. P. SCHLOSSER, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar*, cit., *sub* § 1045 ZPO, 564 ss.

lodo (e non ulteriormente impugnata) o nell'ambito di un giudizio volto alla dichiarazione della sua esecutorietà⁴².

Per quanto riguarda, invece, la decisione dell'arbitro sulla propria *potestas iudicandi*, l'opinione di gran lunga prevalente in dottrina e giurisprudenza era nel senso di *negarle* – nel silenzio della legge – *qualsivoglia efficacia extraprocessuale* idonea a vincolare il giudice statale, sull'assunto del suo carattere meramente *provvisorio* e della spettanza, *unicamente al giudice statale*, del potere di accertare e definire, in via definitiva, la questione. Comune era l'affermazione secondo cui: "(...) *eine Bejahung der eigenen Zuständigkeit durch das Schiedsgericht bindet zudem das staatliche Gericht in keiner Weise*"⁴³. La *ratio* sottesa a tale orientamento era riconducibile non tanto alla natura privatistica del fenomeno arbitrale (o privatistico-negoziale del lodo e dei suoi effetti), quanto, piuttosto, alla ritenuta *ontologica provvisorietà e non definitività* della pronuncia arbitrale sulla "competenza".

Una parte della dottrina e della giurisprudenza era favorevole all'attribuzione al lodo sulla *potestas iudicandi* arbitrale di un'efficacia extraprocessuale e vincolante per il giudice statale solo nel caso in cui le parti avessero stipulato una *Kompetenz Kompetenz Klausel*, attribuendo cioè all'arbitro il potere di decidere sulla propria competenza in modo *esclusivo, definitivo e vincolante* (con esclusione di qualsivoglia potere di valutazione, non solo concorrente o contestuale, *ma altresì successivo*, del giudice statale⁴⁴). A ciò si aggiungeva il caso in cui si fosse verificata una preclusione della possibilità di contestare, in sede giudiziale, la "competenza" arbitrale per scadenza del termine perentorio⁴⁵; nel qual caso, tuttavia, la preclusione ad una successiva revisione giudiziale non scaturiva direttamente dalla pronuncia arbitrale, ma *dall'inutile decorso del termine*.

Una parte minoritaria della dottrina, tuttavia, riteneva che, prescindendo dalla stipulazione di detta peculiare pattuizione, anche la pronuncia dell'arbitro resa sulla propria competenza potesse, *a certe condizioni*, vincolare il giudice statale. Schlosser, ad esempio, richiamando le soluzioni adottate in alcuni ordina-

⁴² V. P. SCHLOSSER, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar*, cit., *sub* § 1037 ZPO, 247 ss. (a cui si rimanda anche per un maggiore approfondimento delle questioni relative alla sopravvivenza del patto compromissorio in seguito all'annullamento del lodo); v. W. BOSCH, *Rechtskraft*, cit., 192.

⁴³ W. BOSCH, *Rechtskraft*, cit., 194.

⁴⁴ K.H. SCHWAB, G. WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., 127, per i quali: "(...) *das Schiedsgericht selbst kann über den Mangel nie bindend befinden*"; P. SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2^a ed., Muenchen 1989, 422, N. 550; W. BOSCH, *Rechtskraft*, cit., 194.

⁴⁵ "(...) *eine Obliegenheit der Parteien besteht, die Entscheidung binnen einer Frist anzufechten*".

menti particolarmente *arbitration-friendly* (quello svizzero, quello francese, il sistema della Legge Modello dell'UNCITRAL⁴⁶), nonché nei regolamenti di alcune delle principali istituzioni arbitrali internazionali (tra cui quello dell'ICC di Parigi⁴⁷), riteneva che non vi fosse in linea di principio alcun ostacolo teorico ad ammettere un'efficacia extraprocessuale, e dunque *vincolante, anche nei confronti del giudice statale*, della pronuncia dell'arbitro sulla propria "competenza", a patto che ricorressero (quantomeno) due condizioni; da un lato, la possibilità, per l'arbitro, di pronunciarsi *separatamente* sulla questione (*eine verselbständigte Zwischenentscheidung über ihre Zuständigkeit*), che Schlosser riteneva invero *già sussistente* nel vigore del contesto normativo ante-riforma del 1998, potendo gli arbitri (nell'esercizio del potere discrezionale loro riconosciuto dalla previg. Sezione 1034 ZPO) pronunciare in ogni momento autonomi lodi interlocutori su oggetti parziali (*Teilaspekte*); dall'altro, la fissazione di un termine perentorio per l'impugnazione di quella decisione separata. Solo così una decisione dell'arbitro sulla propria *potestas iudicandi*, non impugnata entro il termine previsto dalla legge (o confermata a seguito del rigetto dell'impugnazione avverso essa ritualmente e tempestivamente proposta), divenuta definitiva, *avrebbe potuto vincolare il giudice statale*⁴⁸.

Si tratta, come vedremo nel prosieguo, di condizioni poi effettivamente recepite e codificate dalla legge tedesca di riforma dell'arbitrato del 1998.

⁴⁶ Il cui art. 16 comma 3 recita: "*The arbitral tribunal may rule on a plea referred to in paragraph (2) of this article either as a preliminary question or in an award on the merits. If the arbitral tribunal rules as a preliminary question that it has jurisdiction, any party may request, within thirty days after having received notice of that ruling, the court specified in article 6 to decide the matter, which decision shall be subject to no appeal; while such a request is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award*".

⁴⁷ Che, appunto, ammettevano l'arbitro a giudicare sulla propria competenza con una pronuncia separata e interlocutoria; ove la stessa non venisse impugnata entro un termine stabilito, acquistava non solo il carattere della definitività (o inoppugnabilità), ma anche l'idoneità a produrre un vincolo esterno nei confronti del *giudice statale* che fosse chiamato, in un momento successivo, ad occuparsi della medesima questione (si trattasse del giudice di primo grado, adito con la stessa domanda di cui erano stati già investiti in precedenza gli arbitri; del giudice dell'impugnazione del lodo; del giudice del riconoscimento e dell'esecuzione e simili) (v., anche, P. SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen*, cit., 547, che ricorda come, nell'ambito dei cosiddetti arbitrati istituzionali, la decisione sulla competenza arbitrale sia normalmente affidata ad un organo particolare appartenente all'istituzione che gestisce l'arbitrato: si cita, a titolo d'esempio, il *Sekretariat* della *VglSchO IHK*).

⁴⁸ Così P. SCHLOSSER, ZPO *sub* § 1037, I, 1a., 248. V., tuttavia, in senso critico, K.H. SCHWAB, G. WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., 50, che esprimono perplessità ogniquale volta si tenti di attribuire agli arbitri l'ultima parola sulla loro competenza, visto che il legislatore tedesco ha, secondo loro, attribuito *unicamente al giudice dello Stato* il potere/dovere di salvaguardare i limiti imposti all'esercizio della *potestas iudicandi* arbitrale.

2.4. *L'istituto della c.d. Kompetenz Kompetenz Klausel*

Si è poc'anzi accennato all'istituto della *Kompetenz Kompetenz Klausel*, consistente in una pattuizione delle parti, attraverso cui veniva attribuita alla decisione dell'arbitro sulla propria competenza un'efficacia incontrovertibile ed "esterna" (vincolante, cioè, nei confronti del giudice statale), come conseguenza del conferimento all'arbitro del potere di decidere, non solo in prima battuta, *ma anche in via esclusiva e definitiva*, sulla propria *potestas iudicandi*, escludendo *ex ante* qualsivoglia successiva revisione da parte del giudice statale⁴⁹. Il controllo da parte di quest'ultimo era confinato alla verifica della mera *validità formale* della *Kompetenz Kompetenz Klausel*, ossia della ricorrenza dei presupposti (formali) di detta pattuizione (per quanto risultasse difficile ipotizzare un difetto o vizio del patto compromissorio che non intaccasse *anche* la *K. K. Klausel*⁵⁰).

Nel contesto normativo precedente alla riforma del 1998, tale istituto aveva ricevuto bensì l'avallo del *Bundesgerichtshof* (con la celebre decisione del 26 maggio 1988⁵¹ ed altre successive conformi⁵²), nonché il sostegno di una parte della dottrina e della giurisprudenza. Tuttavia, la sua ammissibilità era posta in dubbio dalla maggior parte della dottrina, che vi ravvisava un (indiretto) aggiramento dell'intento del legislatore – come risultante dall'impostazione complessiva del sistema della giustizia arbitrale alla luce delle Sezioni 1025, 1026, 1027, 1041 ZPO⁵³ – *a che fosse unicamente il giudice statale ad esercitare*

⁴⁹ In questo senso BGH, 5 maggio 1977 – III ZR 177/74, in BGHZ 68, 356 (366); BGH, 26 maggio 1988 – III ZR 46/87, in NJW-RR 1988, 1526; AHRENDT, *Der Zuständigkeitsstreit im Schiedsverfahren*, Tübingen 1996, 18 ss.; P. SCHLOSSER, *The Competence of Arbitrators and of Courts*, in 8 *Arb. Int.* 1992, 199 ss.; K.P. BERGER, *International Economic Arbitration*, Deventer, Boston 1993, 359.

⁵⁰ Non è dato, in effetti, ravvisare un solo caso in cui, essendo stata accertata l'invalidità o inefficacia del patto compromissorio, la *K. K. Klausel* in esso contenuta sia stata invece ritenuta valida.

⁵¹ V. la decisione del BGH 26 maggio 1988, in NJW-RR 1988, 152; P. HUBER, I. BACH, in *SchiedsVZ* 2005, 98; W. PARK, *The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction*, V. *Items for Further Consideration*, in A. VAN DEN BERG (ed), *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series, Volume 13, ICCA & Kluwer Law International 2007, 112 ss.

⁵² BGH 5 maggio 1977, in BGHZ 68, 366; BGH 26 maggio 1988, in NJW-RR 1988, 1526; A. AHRENDT, *Der Zuständigkeitsstreit im Schiedsverfahren*, 18 ss.; BGH 5 maggio 1977, III ZR 177/74. Reported in 68 BGHZ 356.

⁵³ Per ampi riferimenti bibliografici agli autori e alla giurisprudenza che si oppone alla *K. K. Klausel* v. K.H. SCHWAB, G. WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., 50; BOSCH, *Rechtskraft*, cit., 107.

il controllo ultimo circa la sussistenza del potere decisorio del giudice privato, essendo preclusa alle parti la possibilità di rinunciare all'impugnazione per nullità del lodo per motivi *diversi* da quello di cui alla Sezione 1041, I, Nr. 5 ZPO⁵⁴.

Alla luce delle scelte normative operate dal legislatore, in altri termini, ammettere un tale istituto nell'ordinamento tedesco avrebbe significato il potenziale avallo dello svolgimento di un giudizio arbitrale privo della necessaria legittimazione⁵⁵, violando norme poste a tutela dell'ordine pubblico (processuale). Impedire poi ad una parte, che legittimamente nutrisse dubbi sulla sussistenza della *potestas iudicandi* arbitrale (o sulla validità ed efficacia di una pronuncia arbitrale su tale questione), di avere accesso al giudice statale, avrebbe implicato una indebita compressione di un diritto garantito a livello costituzionale⁵⁶.

A tali obiezioni la dottrina che, sulla scia della giurisprudenza del BGH, era a favore dell'ammissibilità di tale istituto, in relazione a contestazioni relative non solo all'esistenza, ma altresì alla validità, efficacia e portata oggettiva e soggettiva del patto arbitrale⁵⁷, replicava che il principio di autonomia delle parti e il principio dispositivo, consentendo alle parti di *accordarsi* sull'esistenza o inesistenza del patto, e così anche di rinunciare, in un momento successivo alla stipulazione, ad un patto originariamente valido, avrebbero dovuto consentire che quelle medesime parti affidassero ad un terzo (l'arbitro) – anziché trattenerlo per se stesse – il potere di

⁵⁴ K.H. SCHWAB, G. WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., 50. In virtù degli stessi principi si ritenevano poi inammissibili patti volti a vincolare le parti a *non proporre* domande giudiziali di accertamento dell'invalidità dell'accordo compromissorio o a *non sollevare* eccezioni di annullabilità del lodo nell'ambito di un procedimento dichiarativo dell'esecutorietà dello stesso. SCHWAB, WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., 51.

⁵⁵ K.H. SCHWAB, G. WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., 50.

⁵⁶ K.H. SCHWAB, G. WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., 51 e U. SCHÄFER, *Die Einrede der Kompetenz – Kompetenz*, cit., 728 734, per i quali la stipulazione di una *K. K. Klausel* non potrebbe avere il significato di impedire fin dall'inizio l'accesso al giudice ordinario, ma piuttosto quello di attribuire all'arbitro la possibilità di una *Streitbeilegung*, senza che si debba temere l'annullamento del lodo ai sensi del (prev.) § 1041, I, Nr. 1 ZPO, perché il giudice statale potrebbe altrimenti controllare l'estensione della legittimazione arbitrale alla decisione.

⁵⁷ V., per riferimenti agli autori tradizionalmente favorevoli all'ammissibilità della *K. K. Klausel*, U. SCHÄFER, *Die Einrede der Kompetenz*, cit., 50. V. P. SCHLOSSER, in F. STEIN, M. JONAS, *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 21^a ed., Tübingen, 1994, *sub* § 1037, III, 1. Un'ipotesi particolare riguarda l'attribuzione, all'arbitro, della facoltà di decidere sulla propria competenza con specifico riguardo al tempestivo inizio del procedimento arbitrale, se questo requisito ha formato oggetto di una specifica stipulazione ad opera delle parti.

assumere una simile determinazione, non sindacabile e vincolante per le parti, alla luce anche del fatto che la rinuncia all'impugnazione del lodo era comunque limitata al motivo inerente alla *potestas iudicandi* dell'arbitro, senza intaccare gli altri motivi contemplati dalla Sezione 1041 ZPO, che rimanevano pacificamente invocabili (violazione del principio del contraddittorio; paritario concorso delle parti nella costituzione del tribunale arbitrale, non arbitrabilità della controversia e così via).

Tra i fautori della tesi dell'ammissibilità di tale istituto v'era tuttavia disomogeneità di posizioni circa i suoi effetti. Per il BGH, ad esempio, in presenza di una simile clausola, un'azione giudiziale di accertamento dell'invalidità del patto compromissorio poteva essere paralizzata opponendo l'*exceptio compromissi* (*die Einrede des Schiedsvertrags*), consistendo il principale effetto di una *K. K. Klausel* nell'attribuzione, all'arbitro, non solo dell'ultima, *ma anche della prima parola sulla validità del patto* (con la conseguenza che il giudice adito con tale domanda avrebbe dovuto sospendere il giudizio in attesa che fosse l'arbitro a pronunciarsi sulla questione)⁵⁸.

Secondo Schlosser, invece, la conclusione da ultimo illustrata avrebbe condotto al paradosso di costringere la parte, che contestava la validità o l'esistenza dell'accordo compromissorio, a provvedere alla costituzione del collegio arbitrale, *unicamente allo scopo di ottenere da questo una pronuncia declinatoria per insussistenza della potestas iudicandi dell'organo adito*. Ben più ragionevole sarebbe dunque stato, per l'illustre autore, da un lato, limitare l'effetto della clausola all'impedimento di azioni dilatorie e manovre di disturbo dinanzi al giudice statale *nel solo caso di giudizio arbitrale già pendente* (limitando, in tal caso, la cognizione del giudice statale ad una verifica dei presupposti di validità della *K. K. Klausel*, per poi, in caso di esito positivo, rinviare le parti all'arbitro per una decisione, *definitiva e vincolante*, sulla competenza arbitrale); dall'altro, consentire invece alle parti, *prima che un giudizio arbitrale venisse instaurato*, di adire sempre il giudice statale con una domanda di accertamento in via principale, finalizzata proprio ad ottenere un esame integrale della convenzione arbitrale.

⁵⁸ Cfr. BGH, in *Wertpapiermitteilungen*, 1988, 1430; in *Jur. Zeit.*, 1989, 201, nt. critica di W. BOSCH; in *N. Jur. Woch.*, 1991, 2215; BGH 26 maggio 1988, in NJW-RR 1988, 1527; P. HUBER, I. BACH, in *SchiedsVZ* 2005, 98.

3. *Il conflitto di potestas iudicandi tra arbitrato e giurisdizione statale a seguito della riforma del 1998 e la conferma del sistema delle "vie parallele". Sguardo d'insieme*

Con la riforma del 1998, ispirata, come detto, alla Legge Modello dell'UNCITRAL⁵⁹, per la prima volta il legislatore tedesco ha disciplinato il problema dei rapporti e conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale in maniera organica, riaffermando (secondo l'opinione pressoché unanime dei commentatori) la vigenza del sistema delle "vie parallele"⁶⁰.

Tra i caratteri distintivi della riforma, con ripercussioni più o meno dirette sulla tematica oggetto della nostra ricerca, vanno menzionati: l'adozione di un unico regime normativo, sia per l'arbitrato domestico che per quello internazionale; la riproduzione, pressoché integrale, del testo della Legge Modello dell'UNCITRAL, al fine anche di rendere la nuova normativa più "familiare" per gli – e dunque accessibile agli – operatori stranieri ed internazionali; la limitazione delle interferenze dell'autorità giudiziaria (in particolare delle azioni di supporto o di controllo) in relazione ad un arbitrato svolgentesi in Germania *a casi tassativi*, espressamente menzionati dal libro decimo (v. Sezione 1026 ZPO), con conseguente esclusione di qualsivoglia "*inherent jurisdiction*" in capo ai giudici statali rispetto al funzionamento dell'arbitrato; l'introduzione di previsioni volte ad assicurare che le funzioni di supporto e controllo dei giudici statali si svolgano nel modo più rapido, efficace ed efficiente possibile. In relazione a quest'ultimo profilo si pensi, ad esempio, alla Sezione 1062 ZPO, che incardina le funzioni giurisdizionali in relazione alla quasi totalità dei giudizi correlati all'arbitrato⁶¹ presso gli *Oberlandesgerichte*⁶² (sì da evitare una duplicazione della fase di "primo grado", idealmente svolta dagli arbitri⁶³); nonché alla concentrazione dei giudizi sta-

⁵⁹ Per ulteriori analisi della normativa di riforma dell'arbitrato v. F. NIGGEMANN, *Chronique de Jurisprudence Étrangère: Allemagne*, in *Rev. arb.* 2006, 225; O. SANDROCK, *Procedural Aspects of the New German Arbitration Act*, 14 *Arb. Int.* 1998, 33; K.P. BERGER, *Das neue Schiedsverfahrensrecht in der Praxis – Analyse und aktuelle Entwicklungen*, in *Recht der Int. Wirtschaft – RIW*, Vol. 1, 2001; O. GLOSSNER, J. BREDOW, M. BÜHLER, *Das Schiedsgericht in der Praxis*, 4th ed. Heidelberg 2007; M. HUNTER, *Arbitration in Germany – A Common Law Perspective*, in *SchiedsVZ* 2003, 155.

⁶⁰ La disciplina dell'arbitrato è collocata nel libro decimo del codice di procedura civile tedesco (*Zivilprozessordnung*, qui di seguito ZPO), che comprende le Sezioni dalla 1025 alla 1066.

⁶¹ Ad eccezione delle funzioni di assistenza in materia di assunzione di prove o di altri atti giudiziari, lasciate alla competenza dei giudici della sede *di primo grado*, che sono di solito più prossimi alle parti.

⁶² La maggior parte dei *Länder* hanno infatti affidato ad una Sezione presso un particolare giudice regionale superiore (*Oberlandesgericht*) il compito di conoscere e decidere queste dispute. La lista integrale dei giudici competenti è reperibile al sito www.dis-arb.de.

⁶³ V., in questo senso, il *Report* ufficiale *Bundestagsdrucksache* Nr. 13/5274, 63.

tali, rilevanti a vario titolo per una procedura arbitrale, *in un unico grado di giudizio*, onde contenere tempi e costi ed evitare utilizzi strumentali e dilatori dei rimedi impugnatori⁶⁴.

Sempre nell'ottica di preservare l'autonomia e indipendenza del procedimento arbitrale, evitando che iniziative giudiziali ne pregiudichino il regolare ed efficiente svolgimento, vanno menzionate le norme che consentono l'instaurazione, la prosecuzione e financo la finalizzazione del giudizio arbitrale (con la pronuncia del lodo sul merito della lite) *indipendentemente dalla pendenza* di una serie di azioni giudiziali a vario titolo impattanti sulla determinazione della questione della *potestas iudicandi* arbitrale⁶⁵, quali quelle volte *ora* a determinare l'ammissibilità o inammissibilità del giudizio arbitrale o la sussistenza della *potestas iudicandi* degli arbitri; *ora* a contestare l'imparzialità dei membri del tribunale arbitrale; *ora* a decidere sul merito della disputa già dedotta in arbitrato⁶⁶.

Con specifico riferimento alle norme che governano il rapporto tra il potere decisorio dell'arbitro e quello del giudice statale sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, si è già anticipato che il legislatore tedesco ha optato (secondo l'opinione assolutamente maggioritaria) per il sistema delle "vie parallele" (senza consentire all'autonomia delle parti di modificare il sistema adottato⁶⁷), rigettando ogni soluzione che attribuisca (sul modello francese) priorità ad una via rispetto all'altra. Attraverso una serie di disposizioni, tuttavia, ha inteso sollecitare una preliminare definizione della questione della "competenza" arbitrale ad opera delle corti statali, legittimate a svolgere – anche prima che il tribunale arbitrale si sia confrontato o abbia avuto occasione di pronunciarsi su di essa – un esame con cognizione piena della questione della *potestas iudicandi* arbitrale. Tale approccio si giustifica, da un lato, alla luce del fatto che sarà comunque l'autorità giudiziaria ad avere l'ultima e definitiva parola sulla questione; dall'altro, per l'intento di evitare che l'investimento di tempo e risorse delle parti in una procedura arbitrale venga dissipato da un *solo successivo* accertamento giudiziale circa la carenza di legittimazione degli arbitri.

⁶⁴ Del resto, detti utilizzi vengono altresì scoraggiati in relazione a diversi snodi della procedura da una serie di altre norme, tra cui quelle relative alla costituzione del tribunale arbitrale in mancanza di cooperazione dell'altra parte (Sect. 1035 ZPO), all'assenza di una parte durante il procedimento (Sect. 1048 ZPO), alla preclusione alla proposizione di eccezioni volte a contestare vizi di procedura (Sez. 1027 ZPO).

⁶⁵ S. BREKOULAKIS, *The Negative Effect of Compétence-Compétence: The Verdict has to be Negative*, in Klausegger, Klein *et al.*, *Austrian Arbitration Yearbook*, Wien 2009, 238 ss.

⁶⁶ V., in tal senso, le norme di cui alle Sezz. 1032 (3), 1034 (2), 3o cpv., 1037 (3) 2ndo cpv., 1040 (3), 3o cpv. ZPO.

⁶⁷ V. K.H. BÖCKSTIEGEL, S. KRÖLL, P. NACIMIENTO (eds.), *Arbitration in Germany*, 2nd ed., *Kluwer Int. Arbitration* 2015, 118 ss., 216 ss.; J.J. BARCELO, *Kompetenz-Kompetenz and Its Negative Effect – A Comparative View*, in *Cornell Legal Studies Research Paper No. 17-40*, 2017, 1 ss.

A tale *ratio* sono ispirate, ad esempio, la norma di cui alla Sezione 1032 (2) ZPO, che consente la proposizione (sino al momento in cui il tribunale arbitrale non sia costituito⁶⁸) di una domanda giudiziale (*Antrag*) vertente esclusivamente sulla questione dell'ammissibilità o inammissibilità della via arbitrale; nonché la norma di cui alla Sezione 1040 (3) ZPO, che favorisce una preliminare definizione della questione della *potestas iudicandi* arbitrale, disponendo che un tribunale arbitrale debba decidere, sulla propria "competenza" *di norma (in der Regel)*, con una pronuncia separata ed interinale, immediatamente impugnabile nel termine di 30 giorni dinanzi ad un giudice statale, legittimato a svolgere uno scrutinio a cognizione piena; nonché, ancora, la norma per cui il giudice statale, adito con una domanda sul merito della lite (*Klage*), dinanzi al quale venga sollevata l'eccezione di patto arbitrale, rinvierà le parti in arbitrato solo se convinto (in base ad uno scrutinio della convenzione arbitrale che, secondo la dottrina e giurisprudenza maggioritarie, deve essere pieno, e non solo *prima facie*) che detto patto sia valido ed efficace⁶⁹.

Andiamo qui di seguito ad illustrare in dettaglio il sistema normativo che regola il rapporto e i conflitti di competenza tra arbitrato e giurisdizione statale, adottando, dapprima, la prospettiva del giudizio arbitrale e, dipoi, quella del giudizio statale.

4. *Il problema dei conflitti di potestas iudicandi tra arbitrato e giurisdizione statale* dalla prospettiva del giudizio arbitrale (*Sezione 1040 ZPO*)

Dal punto di vista del procedimento arbitrale, la norma fondamentale in tema di rapporti e conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale è la Sezione 1040 ZPO (inserita nella Sezione IV – "*Zuständigkeit des Schiedsgerichts*" – e rubricata: "*Befugnis des Schiedsgerichts zur Entscheidung über die eigene Zuständigkeit*"). Essa riproduce in gran parte, con alcune modifiche, la norma di cui all'art. 16 della Legge Modello dell'UNCITRAL.

Il comma 1 della Sezione 1040 ZPO, da un lato, ribadisce il principio di autonomia della convenzione arbitrale (o *separability principle*) e, dall'altro, codifica

⁶⁸ J.J. BARCELÓ III, *Kompetenz-Kompetenz and Its Negative Effect – A Comparative View*, cit., 1 ss., che osserva come tale condizione temporale venga incontro ad esigenze di effettività della tutela, mentre lascia un po' sullo sfondo considerazioni di efficienza procedurale che sottendono invece una decisione anticipata del tribunale sulla propria *potestas iudicandi*. Se il tribunale è già stato formato, per la parte che intende ottenere una pronuncia sulla *potestas iudicandi* rivolgersi in prima battuta proprio al tribunale arbitrale già costituito dovrebbe risultare meno gravoso in termini di tempo e costi.

⁶⁹ V. BGH, 13 gennaio 2005 – III ZR 265/03, in *SchiedsVZ* 2005, 95; in *NJW* 2005, 1125; OLG Naumburg, 16 settembre 2005 – 10 SchH 4/05.

espressamente, per la prima volta, la vigenza e l'operatività, nell'ordinamento tedesco, del principio *Kompetenz Kompetenz* anche nell'ambito di un giudizio arbitrale (invero mai messo seriamente in dubbio in passato), sancendo così il potere dell'arbitro di decidere sulla propria "competenza" e, in particolare, sulla esistenza e validità della convenzione arbitrale ("*Das Schiedsgericht kann über die eigene Zuständigkeit und im Zusammenhang hiermit über das Bestehen oder die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung entscheiden*").

Oltre agli espressi riferimenti, contenuti nei commi 1 e 2 della Sezione 1040 (ZPO, alle censure, da un lato, di (*in*)esistenza (*das (Nicht)bestehen*) e (*in*)validità (*die (Un)gültigkeit*) del patto arbitrale e, dall'altro, di travalicamento dall'"ambito dell'autorità" conferita all'arbitro ("*Die Rüge, das Schiedsgericht überschreite seine Befugnisse (...)*"), sui cui l'arbitro viene espressamente legittimato a pronunciarsi, la dottrina è unanime nel comprendere altresì le contestazioni attinenti alla costituzione del tribunale⁷⁰.

L'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* dell'arbitro per inesistenza o invalidità del patto arbitrale deve essere proposta prima della (o, al più tardi, contestualmente alla) proposizione della prima difesa nel merito, con termine preclusivo che diverge rispetto a quello fissato per la contestazione, ad opera del convenuto, della *potestas iudicandi* del giudice statale ai sensi della Sezione 1032 (1) ZPO. Per quanto non manchino autori secondo i quali anche nell'attuale contesto normativo alle parti sarebbe consentito contestare la competenza arbitrale fino al termine stabilito per la proposizione della loro ultima memoria⁷¹, tale tesi si scontra non solo con l'inequivoco dato letterale di cui alla Sezione 1040 (2) ZPO, ma anche con la *ratio* ad esso sottesa che, al fine di contenere le dispersioni di tempo e costi, auspica e favorisce una decisione dell'arbitro sulla questione della propria "competenza" *in uno stadio preliminare della procedura*. L'eccezione volta a contestare il fatto che l'arbitro abbia ecceduto il proprio mandato può invece essere sollevata non appena sia stato compiuto o pronunciata, rispettivamente, l'atto o la decisione esorbitanti⁷².

⁷⁰ Per una panoramica complessiva dei problemi teorici e pratico-applicativi posti dall'art. 1040 ZPO, v. I. BACH, P. HUBER, *Chapter IV: Jurisdiction of Arbitral Tribunal, § 1040 – Competence of Arbitral Tribunal to Rule on its Jurisdiction*, in K.H. BÖCKSTIEGEL, S. KRÖLL, P. NACIMIENTO (eds.), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, 2nd edition, *Kluwer Law International* 2015, 215 ss.; U. HAAS, *Die gerichtliche Kontrolle der schiedsgerichtlichen Entscheidungszuständigkeit*, in L. BITTNER, T. KLICKA, G.E. KODEK, P. OBERHAMMER, *Festschrift Rechberger*, Vienna 2005, 187; P. HUBER, *Das Verhältnis von Schiedsgericht und staatlichen Gerichten bei der Entscheidung über die Zuständigkeit*, in *SchiedsVZ* 2003, 73; P. HUBER, I. BACH, *Anmerkung zu BGH 13 gennaio 2005*, in *SchiedsVZ* 2005, 98; S. KRÖLL, *Recourse Against Negative Decisions on Jurisdiction*, in *Arb. Int.* 2004, 55; J.P. LACHMANN, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, 3a ed., Köln 2008, *sub art.* 1040 ZPO.

⁷¹ Così K.H. SCHWAB, G. WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 7ª ed., 2005, 138, n. 11.

⁷² ("*...*) *Die Rüge (...)* ist zu erheben, sobald die Angelegenheit, von der dies behauptet wird, im

Tali limiti preclusivi non si applicano, invece, alla censura di non arbitrabilità della controversia (o di una o alcune delle domande dedotte), che può essere rilevata anche d'ufficio dall'arbitro (v. Sezione 1030 ZPO)⁷³.

Le contestazioni *tardive* alla *potestas iudicandi* dell'arbitro sono ammesse dal tribunale arbitrale solo ove la parte fornisca giustificazioni credibili per il ritardo (“(...) *wenn die Partei die Verspätung genügend entschuldigt*”).

4.1. *L'impatto delle condotte (omissive o “abusive”) delle parti in arbitrato sulla definizione della questione della potestas iudicandi arbitrale: presupposti, portata ed effetti*

Nell'ordinamento tedesco si discute se la mancata tempestiva contestazione della *potestas iudicandi* dell'arbitro produca l'effetto preclusivo endoprocessuale (della possibilità di sollevare la questione in uno stadio successivo della procedura) *di per sé*, oppure solo nei casi in cui sia ravvisabile, nella condotta della parte interessata (od onerata della relativa eccezione), un *espresso intento* di non sollevare detta eccezione. L'orientamento di gran lunga maggioritario ritiene tale ultimo requisito non necessario⁷⁴, in ragione del carattere essenzialmente procedurale dell'effetto preclusivo. È parimenti opinione generalmente condivisa quella secondo cui l'effetto preclusivo non si produca in capo alla parte che non abbia preso parte al procedimento arbitrale⁷⁵, né nei casi in cui il tribunale arbitrale abbia erroneamente ritenuto insussistente un valido motivo per giustificare il ritardo nel sollevare la contestazione.

schiedsrichterlichen Verfahren zur Erörterung kommt”. BeckOKBGB-WolffEslami (2013), § 1040 par. 16. In relazione a quest'ultima eccezione, la norma utilizza una formulazione piuttosto involuta (*Die Rüge, das Schiedsgericht überschreite seine Befugnisse*). Essa, nel riferirsi espressamente al caso in cui il tribunale ecceda l'ambito del suo mandato, sembra richiedere una specifica attività del tribunale (consistente, ad esempio, nella richiesta, rivolta ad una parte, di prendere posizione su una domanda proposta dall'altra parte, che ecceda l'ambito della convenzione arbitrale): così R. ZÖLLER, R. GEIMER (2014), § 1040 par. 6; H.J. MUSIELAK, W. VOIT (2013), § 1040 par. 6. Tuttavia alcuni autori ritengono sufficiente, per far sorgere l'onere di una parte di sollevare l'eccezione di esorbitanza dai limiti del patto, che la domanda sia proposta dall'altra parte nel corso del procedimento (ad esempio una domanda riconvenzionale che si riferisca ad un oggetto non coperto dal patto arbitrale): così *MünchKommZPO-Münch* (2013), § 1040 par. 24; par.J.P. LACHMANN (2008), par. 699.

⁷³ V. *supra*, R. TRITTMANN, I. HANEFELD, § 1030 par. 7 et seq.; J.P. LACHMANN (2008), par. 707.

⁷⁴ J.P. LACHMANN (2008), par. 711 ss. *Contra* V. TRIEBEL, R. HAFNER, in *SchiedsVZ* 2009, 313 (316).

⁷⁵ OLG Bremen, 30 ottobre 2008, IPRspr 2008, Nr. 204 par. 23; R. ZÖLLER, R. GEIMER (2014), § 1040 par. 12; H.J. MUSIELAK, W. VOIT (2013), § 1040 par. 13.

La legge tedesca non disciplina espressamente le *conseguenze* della mancata o intempestiva proposizione dell'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* dell'arbitro. È tuttavia opinione condivisa che esse consistano in una *mera preclusione processuale*⁷⁶ (precludendo cioè alla parte di contestare la *potestas iudicandi* dell'arbitro in un momento successivo, sia nel corso del giudizio arbitrale, sia in sede di impugnazione per nullità del lodo, o nell'ambito del giudizio per la sua esecuzione⁷⁷, salvo, come visto, che il ritardo dipenda da giustificati motivi o che la contestazione attenga a profili non disponibili dalle parti e pertanto rilevabili d'ufficio in ogni momento – quali la non arbitrabilità della disputa). Non si avrebbe, in altri termini, la *produzione di alcun effetto "esterno" al processo o sul piano sostanziale*, quale, ad esempio, una stipula *tacita* di un patto arbitrale prima inesistente, o la convalida di un patto prima invalido, da poter azionare od invocare in giudizi successivi⁷⁸.

Ai sensi della Sezione 1040 (2), seconda parte ZPO, non si ha preclusione per il mero fatto che la parte abbia nominato (o abbia concorso alla nomina di) un arbitro, ove, appunto, eccepisca tempestivamente, nei modi che si sono visti, l'"incompetenza" del tribunale arbitrale⁷⁹.

Una volta verificatasi la preclusione, l'arbitro – salva la possibilità di considerare giustificato il ritardo nella proposizione dell'eccezione ai sensi della Sezione 1040 (2) ZPO o, secondo alcuni, di esporre alle parti i propri dubbi circa la validità del patto, così da sollecitare l'eventuale proposizione (anche tardiva) della relativa eccezione⁸⁰ – non potrà che considerare il patto arbitrale *valido* (pur se convinto della sua invalidità), non potendo accertarne la nullità *ex officio*⁸¹. Se, nonostante l'avvenuta preclusione, il tribunale arbitrale dovesse ciononostante declinare la propria competenza, allegando proprio l'invalidità del patto (divenuto nel frattempo inattuabile), la parte avrebbe diritto di censurare la pronuncia declinatoria attraverso l'impugnazione per nullità del lodo (come per ogni altra cen-

⁷⁶ V. in questo senso *OLG Koblenz*, 17 marzo 2011, in *VersR* 2011, 1329; *OLG Celle*, 4 settembre 2003, in *SchiedsVZ* 2003, 165 (168); *OLG Stoccarda*, 20 dicembre 2001. In dottrina J.P. LACHMANN (2008), paras 717; H.J. MUSIELAK, W. VOIT (2013), § 1040 par. 13; R. ZÖLLER, R. GEIMER (2014), § 1040 par. 12; V. TRIEBEL, R. HAFNER, in *SchiedsVZ* 2009, 313 (316). V. anche la proposta di riforma della legge arbitrale BT-Drs. 13/5274 p. 44.

⁷⁷ Così l'orientamento assolutamente maggioritario: v. H.J. MUSIELAK, W. VOIT (2007), § 1040 par. 13; R. ZÖLLER, R. GEIMER (2007), § 1040 par. 12; *OLG Celle*, 4 settembre 2003, in *SchiedsVZ* 2003, 165 (168).

⁷⁸ Così P. HUBER, cit., 248-261.

⁷⁹ V. P. HUBER, *Competence of Arbitral Tribunal to Rule on its Jurisdiction*, cit., 252 ss.

⁸⁰ Così V. TRIEBEL, R. HAFNER, in *SchiedsVZ* 2009, 313.

⁸¹ Così P. HUBER, *Competence of Arbitral Tribunal to Rule on its Jurisdiction*, cit., 255 ss.

sura di decisioni degli arbitri che investano la questione della loro *potestas iudicandi*)⁸².

Una particolarità dell'ordinamento tedesco consiste nell'assoggettare a sanzione la condotta della parte che, in mala fede, incorra in un *venire contra factum proprium*⁸³. Classico il caso del convenuto che, dopo aver invocato, nella corrispondenza stragiudiziale con la controparte, l'esistenza di un patto compromissorio⁸⁴, provveda, una volta costituito il tribunale arbitrale, a contestarne la competenza, allegando l'inesistenza o invalidità di quel medesimo patto⁸⁵; oppure il caso del convenuto in sede giudiziale che, dopo aver eccepito il patto compromissorio per ottenere una chiusura in rito del giudizio e un rinvio delle parti in arbitrato, nell'ambito di quest'ultimo contesti la competenza dell'arbitro allegando l'inesistenza o invalidità di quel medesimo patto⁸⁶.

In tali casi, l'ordinamento considera *arglistig* (fraudolenta) o *gegen Treu und Glauben* (contro il principio di buona fede) la condotta della parte, la cui palese contraddittorietà inficia l'efficacia dell'eccezione proposta, che sarà destinata al rigetto⁸⁷. Si tratta di un espediente procedurale che consente non solo di meritoriamente sanzionare la condotta della parte che agisce in mala fede, ma altresì di

⁸² H.J. MUSIELAK, W. VOIT, § 1040 par. 5. *BeckOKBGB-WolffEslami* (2013), § 1040 par. 18; J.P. LACHMANN (2008), par. 711 *et seq.* R. ZÖLLER, R. GEIMER (2014), § 1040 par. 12.

⁸³ OLG Colonia, 16 ottobre 2000; BGH 2 aprile 1987, NJW-RR 1987, 1194 (1195) = NJW 1987, 3140; Id. 20 maggio 1968, BGHZ 50, 191 (194 seq.) = NJW 1968, 1928; RG 8 dicembre 1897, RGZ 40, 401 (403); Id. 8 febbraio 1899, RGZ 43, 407 (408 seq.).

⁸⁴ Cfr. BGH, in *N. Jur. Woch.*, RR, 1987, 3140.

⁸⁵ BGH 2 aprile 1987, NJW-RR 1987, 1194 (1195); *Arbitral Award Chamber of Commerce and Industry Kassel* 15 dicembre 2004, in *SchiedsVZ* 2006, 167; J.P. LACHMANN (2008), par. 700. par.

⁸⁶ V. OLG Düsseldorf, in *OLGZ*, 1978, 375; BGH 2 aprile 1987, NJW-RR 1987, 1194 (1195).

⁸⁷ Si tratta di operazione ermeneutica talvolta utilizzata anche dalla nostra migliore dottrina. F.P. LUISO, ad esempio (v. *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, in *Riv. arb.*, 1997, 526), osserva che: "(o)ccorre prendere atto (...) che il principio generale si esprime nel senso che il giudice (o l'arbitro) sono vincolati al giudicato non direttamente, ma di riflesso: essi debbono rispettare il precedente giudicato, perché esso vincola le parti. Al di fuori di regole specifiche, come gli artt. 44 e 45 c.p.c., chi decide deve rispettare il precedente giudicato non perché questo si rivolga a lui, ma perché le parti del suo processo vi sono vincolate. Quindi, se in una delle due vie diviene definitiva una pronuncia che dichiara sussistente o insussistente, per quella controversia, l'obbligo della via arbitrale, nell'altra sede se ne deve prendere atto. E pertanto l'arbitro o il giudice dovranno pronunziare nel merito, come conseguenza riflessa degli effetti, che nei confronti delle parti produce la pronuncia negativa emessa nell'altra via. (...) la definitività di una pronuncia negativa, vincolando in modo diretto le parti, vincola in modo riflesso anche il decidente del processo ancora aperto, il quale deve prenderne atto e non pronunziare negativamente (...)".

arginare il rischio di avere, come conseguenza, la pendenza parallela di due procedure sulla medesima causa⁸⁸.

4.2. *La pronuncia separata dell'arbitro sulla propria "competenza" e la sua immediata impugnabilità*

Si è già visto come, ai sensi del par. 1 della Sezione 1040 ZPO, il tribunale arbitrale, a fronte delle contestazioni sollevate dalle parti, sia legittimato, in virtù del principio *Kompetenz Kompetenz*, a decidere sulla sussistenza o meno della propria *potestas iudicandi*. Il par. 3 della medesima disposizione prende espressamente in considerazione il caso in cui l'arbitro ritenga di essere fornito di "competenza", come conseguenza di una valutazione di infondatezza (o, quantomeno, di non plausibilità⁸⁹) delle contestazioni mosse dalle parti (ciò che sempre accade quando le ritenga dettate da mere tattiche dilatorie⁹⁰). In tal caso, la norma (a differenza di quanto contemplato dal corrispondente art. 16 della Legge Modello dell'UNCITRAL, che adotta una formulazione meno perentoria⁹¹) dispone che l'arbitro si pronunci, *di norma* ("*in der Regel*")⁹², con decisione *separata ed autonoma* (*Zwischenentscheid*, secondo l'espressione utilizzata dalla norma, detta anche *Zwischenschiedsspruch*)⁹³, af-

⁸⁸ Cfr. anche S. MAIER, in *Münchener Kommentar*, cit., sub § 1027a, II, 3, che osserva: "Weist das Gericht die Klage auf Grund der Einrede zurück, so steht zwischen den Parteien die Zuständigkeit des Schiedsgerichts fest, sofern sich daran nachträglich nichts ändert (...). kann sich der Beklagte, der sich im ordentlichen Verfahren auf den Schiedsvertrag bezogen hat, regelmässig nicht mehr auf die Unwirksamkeit der Schiedsklausel berufen, wenn nunmehr das Schiedsverfahren in Gang gebracht wird. Dies kann auch dann gelten (...) wenn dem Beklagten die Mittel für die Durchführung des Verfahrens fehlen".

⁸⁹ J.P. LACHMANN (2002), par. 489, che richiama la decisione del KG Berlin 15 ottobre 1999 - www.dis-arb.de.

⁹⁰ Così la proposta di riforma della legge arbitrale, BT-Drs. 13/5274, 44; v. anche la decisione dell'OLG Colonia, 16 ottobre 2000. V. anche R. ZÖLLER, R. GEIMER (2007), § 1040 par. 8; J.P. LACHMANN (2002), par. 488.

⁹¹ Disponendo che il tribunale "(...) may rule on the objection either as a preliminary question or in an award on the merits (...)". Per quanto, in realtà, gli effetti pratici non differiscano, dal momento che i criteri contemplati dall'art. 16 della Legge Modello per la scelta del tribunale arbitrale sono simili a quelli contenuti nella Sezione 1040, comma 3 ZPO.

⁹² La norma usa l'espressione "(...) so entscheidet es (...) in der Regel", dimostrando la chiara preferenza del legislatore per una risoluzione, il prima possibile, della questione della giurisdizione arbitrale, onde evitare il rischio della celebrazione del procedimento con successivo annullamento del lodo in ragione dell'accertata carenza della *potestas iudicandi* dell'arbitro. V. in questo senso *Bill of the Arbitration Law Reform Act*, BT-Drs. 13/5274, 44; R. ZÖLLER, R. GEIMER (2007), § 1040 par. 8; BGH, NJW 2005, 1125.

⁹³ V. R.A. SCHÜTZE, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, 4. Aufl., 2007, Rdnr. 138; K.H. SCHWAB, *Das Uncitral-model law und das deutsche Recht*, FS Nagel, 1987, S. 427 ss.; R. ZÖLLER, R. GEIMER, 27. Aufl., 2009, § 1040, Rdnr. 8. V. anche P.K. WAGNER, *Country Report on Germa-*

*fermativa della propria competenza*⁹⁴. In alternativa, soprattutto quando ritenga, *prima facie*, che le censure alla sua “competenza” non siano fondate o siano frutto di tattiche dilatorie, oppure quando ritenga che la risoluzione della questione sia inestricabilmente collegata alla risoluzione di profili di merito della disputa, la decisione sulla propria “competenza” può essere posticipata al momento della decisione sul merito di *solo una o alcune delle domande dedotte* in arbitrato (nel qual caso la pronuncia assumerebbe le vesti di un lodo parziale), oppure *dell'intera controversia*, con chiusura del giudizio (nel qual caso si avrebbe un lodo definitivo).

La valutazione dell'arbitro circa l'opportunità se pronunciarsi sulla questione *separatamente* o *solo insieme al merito*, non è sindacabile dal giudice statale⁹⁵.

Nel primo caso, ai sensi del terzo comma della Sezione 1040 ZPO, la decisione separata sulla propria “competenza” (*Zwischenentscheid*)⁹⁶ – adottata, secondo taluni, nella forma di un lodo interinale, secondo altri, di un'ordinanza⁹⁷ – è im-

ny, in F.B. WEIGAND, A. BAUMANN (EDS.), *Practitioners Handbook on International Arbitration*, Oxford U.P. 2002, Part. 4 D., n. 315. Per un esempio di decisione separata sulla propria giurisdizione v. i lodi preliminari DIS 11 agosto 2003, in *SchiedsVZ* 2004, 46; ICC 10617, in *SchiedsVZ* 2003, 45, ICC 11339/DK 20 ottobre 2003, in *SchiedsVZ* 2005, 103.

⁹⁴ Il tribunale arbitrale può esaminare e decidere tutte le questioni rilevanti ai sensi della Sez. 1040 (2) ZPO; ad esempio, se esista una valida convenzione arbitrale; se il tribunale arbitrale ecceda l'ambito della sua competenza; se l'eccezione ai sensi della norma sia tempestiva e se l'eventuale ritardato rilievo possa essere giustificato: v. R. ZÖLLER, R. GEIMER (2007), § 1040 par. 8; H.J. MUSIELAK, W. VOIT (2007), § 1040 par. 9.

⁹⁵ V. OLG Düsseldorf – 9 Sch 06/00 – DIS Datenbank; J.P. LACHMANN, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, 3. Aufl., 2008, Rdnr. 725; R. ZÖLLER, R. GEIMER, ZPO, 27. Aufl., 2009, § 1040, Rdnr. 16. V. anche R.A. SCHÜTZE, *Die gerichtliche Überprüfung von Entscheidungen des Schiedsgerichts*, in *SchiedsVZ* 2009, 240 ss., per il quale: „Es handelt sich um eine reine verfahrensleitende Verfügung“; S. KRÖLL, *Schiedsrechtliche Rechtsprechung* 2003, in *SchiedsVZ* 2004, 113 ss. V. anche OLG Colonia – 9 Sch 6/00 – DIS Datenbank.

⁹⁶ L'uso dell'espressione “pregiudiziale/preliminare” di cui alla Sez. 1040 (3) ZPO può dar adito ad interpretazioni fuorvianti. La decisione è “pregiudiziale/preliminare” nel senso che può essere successivamente annullata dal tribunale statale. Dalla prospettiva del tribunale arbitrale, tuttavia, detta pronuncia “pregiudiziale/preliminare” è a tutti gli effetti una decisione “definitiva”, trattandosi della sua “ultima parola” sulla questione della giurisdizione. Ove, invece, sia lo stesso tribunale arbitrale a voler limitare il proprio pronunciamento ad una valutazione “preliminare” della sussistenza o meno della propria *Zuständigkeit*, palesando che non si tratta comunque della sua posizione definitiva sulla questione, non si potrà fare applicazione (in particolare, per quanto riguarda l'immediata impugnabilità della decisione arbitrale dinanzi al giudice statale), della norma di cui alla Sez. 1040 (3) para 1 ZPO. V., in proposito, LG Stoccarda 25 luglio 2005; OLG Monaco, 28 giugno 2006 - www.dis-arb.de.

⁹⁷ La legge non prescrive alcuna forma specifica per il provvedimento interinale dell'arbitro; deve comunque trattarsi di decisione, non essendo sufficiente una sorta di parere (“*opinion*”) preliminare.

mediatamente impugnabile da qualunque parte dinanzi al giudice statale competente (l'*Oberlandesgericht*). L'espressione decisione preliminare/interinale (*Zwischenentscheid*) non deve trarre in inganno. Con essa si intende semplicemente dire che la pronuncia dell'arbitro sulla questione non rappresenta l'*ultima parola* dell'ordinamento, essendo sempre aperta la via ad una revisione da parte del giudice statale, mentre, per quanto riguarda l'arbitro, si tratta invero di una pronuncia definitiva, della sua "ultima parola" sulla questione, che non può essere ritrattata o modificata in un momento successivo del giudizio arbitrale. Ciò comporta che, ove sia lo stesso arbitro a specificare che la sua valutazione sulla questione della propria *potestas iudicandi* sia meramente *preliminare*, questa non dovrebbe qualificarsi come *Zwischenentscheid* ai sensi e per gli effetti della Sezione 1040 (1) ZPO, nè potrebbe essere assoggettata all'impugnazione immediata di cui al terzo comma della disposizione⁹⁸.

La formulazione che il terzo comma della Sezione 1040 ZPO adotta per quanto riguarda la revisione giudiziale della pronuncia arbitrale sulla "competenza" arbitrale ("(...) *kann jede Partei (...) eine gerichtliche Entscheidung beantragen*") mostra plasticamente come la cognizione del giudice statale verta *direttamente* sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, con esame pieno ed integrale (*de novo review*) ai sensi delle previsioni di cui alla Sezione 1062 ZPO, senza che l'*OLG* sia in alcun modo vincolato alla precedente valutazione compiuta dall'arbitro⁹⁹. Nelle more del giudizio di impugnazione, tuttavia, l'arbitro può decidere di proseguire il giudizio e financo di pronunciare il lodo sul merito della lite, salvo che si palesi l'opportunità di sospendere il procedimento¹⁰⁰.

La fissazione di un *termine perentorio* per impugnare la decisione preliminare dell'arbitro, affermativa della sussistenza della propria "competenza" (un mese dalla comunicazione scritta della decisione) implica che il suo inutile decorso precluderà alle parti ogni successiva contestazione dell'accertamento cui sia pervenuto l'arbitro, sia nella forma del motivo di impugnazione del lodo definitivo, sia nella forma della opposizione avverso la sua esecuzione¹⁰¹.

Adottando una prospettiva prettamente endoprocessuale, la conseguenza della mancata proposizione dell'impugnazione avverso la decisione separata dell'arbitro sulla propria "competenza" non è dissimile dalla mancata proposizione delle contestazioni alla *potestas iudicandi* dell'arbitro entro i termini perentori previsti dalla

⁹⁸ OLG Stoccarda, 25 luglio 2005; OLG Monaco, 28 giugno 2006.

⁹⁹ V. J.P. LACHMANN, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, 3. Aufl., 2008, 746.

¹⁰⁰ P. HUBER, *Competence of Arbitral Tribunal to Rule on its Jurisdiction*, cit., 260 SS.

¹⁰¹ BGH, 27 marzo 2003 – III ZB 83/02, in *SchiedsVZ* 2003, 133; OLG Bremen, 10 novembre 2005; OLG Oldenburg, 15 novembre 2002; *Bill of the Arbitration Law Reform Act*, BT-Drs. 13/5274, 44.

norma: in entrambi i casi, infatti, sarà preclusa alle parti ogni censura del lodo, in sede di impugnazione o nell'ambito del giudizio per la sua esecuzione, per motivi attinenti alla *potestas iudicandi* arbitrale non dedotti con l'impugnazione o non sollevati durante il giudizio arbitrale. La differenza starà, eventualmente, nell'efficacia *extraprocessuale*, riconducibile semmai solo ad un lodo non impugnato, non, invece, alla condotta omissiva delle parti.

Vi è convergenza in dottrina e giurisprudenza sul fatto che la decisione resa in sede di impugnazione dall'*OLG* sulla questione della *potestas iudicandi*, una volta divenuta definitiva, acquisisca, indipendentemente dal suo contenuto (affermativo o negatorio della "competenza" arbitrale), la forza del giudicato, vincolando così all'accertamento in essa contenuto non solo tutti i giudici statali che dovessero in un momento successivo confrontarsi con la medesima questione¹⁰², ma anche gli arbitri¹⁰³.

Con riferimento a questi ultimi, tuttavia, si pone un delicato problema di coordinamento tra il giudizio arbitrale, al cui interno sia stata pronunciata la decisione impugnata ai sensi della Sezione 1040 (3) ZPO, per ipotesi proseguito nonostante l'impugnazione, e, appunto, il giudizio di impugnazione dinanzi all'*OLG*. Invero, se l'*OLG* annulla la pronuncia arbitrale interinale affermativa della competenza dell'arbitro, e la decisione diviene definitiva, il tribunale arbitrale dovrà prenderne atto e conformarvisi, chiudendo in rito il giudizio. In caso contrario, il lodo, ciononostante reso sul merito, potrà essere impugnato ai sensi della Sezione 1059 ss. ZPO, in quanto fondato su un mandato (la convenzione arbitrale) dichiarato nel frattempo invalido ed inefficace. Si discute, tuttavia, se tale impugnazione sia davvero necessaria. Una parte della dottrina, infatti, ritiene che un lodo, emanato in contrasto con una decisione definitiva dell'*OLG*, contenente l'accertamento dell'insussistenza della *potestas iudicandi* arbitrale, sia nullo ed inefficace *ipso iure*, senza cioè la necessità di un provvedimento giudiziale dichiarativo o caducatorio¹⁰⁴. Il *BGH*, tuttavia, in una recente decisione, ha rigettato tale conclusione: in relazione ad un lodo sul merito della lite reso prima che una decisione ai sensi della Sezione 1040 (3) ZPO divenisse definitiva, ha concluso nel senso che l'architettura normativa, che prevede, ai fini dell'annullamento di un lodo, l'esperibilità di un apposito giudizio di impugnazione ai sensi della Sezione 1059 ss. ZPO, escluderebbe la configurabilità di una nullità *ipso iure*, richiedendo, appunto, l'attivazione dell'apposita procedura¹⁰⁵.

¹⁰² R. ZÖLLER, R. GEIMER, *Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar* 2014, § 1040 par. 11; H.J. MUSIELAK, W. VOIT, *Zivilprozessordnung: ZPO* 2013, § 1040 par. 12; U. HAAS, *Die gerichtliche Kontrolle*, cit., 197.

¹⁰³ P. SCHLOSSER, in F. STEIN, M. JONAS, (2002), § 1040 par. 13.

¹⁰⁴ V., in tal senso, H.J. MUSIELAK, W. VOIT, *Zivilprozessordnung: ZPO* 2013, § 1040 par. 12; P. HUBER, *SchiedsVZ* 2003, 75.

¹⁰⁵ BGH 19 settembre 2013 par. 9.

Sempre per quanto attiene ai rapporti tra lodo di merito e giudizio di impugnazione, un caso diverso da quello precedente (decisione dell'*OLG* e successivo lodo arbitrale sul merito con essa contrastante) è quello di un lodo di merito pronunciato *quando ancora penda il giudizio di impugnazione dinanzi all'OLG avverso un lodo interinale sulla "competenza"* pronunciato in precedenza dagli arbitri.

Il problema posto da questa situazione risiede nel controverso persistente interesse all'impugnazione ai sensi della Sezione 1040 (3) ZPO, azionata in precedenza, nel momento in cui subentri un lodo definitivo sul merito che, oltre ad "inglobare" la precedente pronuncia interinale, sarebbe in linea di principio soggetto all'impugnazione disciplinata dalla Sezione 1059 ss. ZPO. Di recente il *BGH* ha statuito che un lodo di merito *sopravvenuto* eliminerebbe ogni interesse "legittimo" alla prosecuzione di un giudizio impugnatorio precedentemente instaurato ai sensi della Sezione 1040 (3) ZPO avverso un lodo arbitrale sulla "competenza", in ragione del fatto che l'ordinamento tedesco contempla, avverso un lodo definitivo, *unicamente il sistema rimediale* di cui alla Sezione 1059 ss. ZPO. Da tale impostazione discende che la pronuncia di un lodo definitivo, in pendenza di un giudizio di impugnazione instaurato *ex Sez. 1040 (3) ZPO*, dovrebbe imporre al giudice di dichiarare l'impugnazione *inammissibile* per *sopravvenuta carenza di interesse*, con conseguente chiusura in rito del giudizio impugnatorio. In ossequio, tuttavia, al principio di economia processuale, si ritiene generalmente che alla parte che abbia iniziato la procedura *ex Sez. 1040 (3) ZPO* dovrebbe essere consentito modificare l'istanza di impugnazione (ai sensi della Sezione 263 ZPO), adeguandola alle prescrizioni richieste per un'istanza ai sensi della Sezione 1059 ZPO; ciò a patto che, al momento della modifica, il giudizio instaurato *ex Sez. 1040 (3) ZPO* sia ancora pendente dinanzi all'*OLG* e non abbia invece già raggiunto il *BGH*¹⁰⁶.

La necessità di impugnare il lodo definitivo sul merito con l'impugnazione *ex Sez. 1059 ss. ZPO*, soggetta ad un preciso termine preclusivo, decorso inutilmente il quale il lodo andrebbe a cristallizzarsi definitivamente, ha indotto il *BGH* a rigettare la tesi (sostenuta da una parte della dottrina¹⁰⁷) della nullità *ipso iure* di un lodo definitivo cui sia seguita una decisione del giudice statale resa *ex Sez. 1040 (3) ZPO*, che abbia negato la sussistenza della *potestas iudicandi* dell'arbitro; essa infatti, oltre a confliggere con il dato normativo, sarebbe in contrasto con le esigenze di certezza giuridica che lo ispirano¹⁰⁸.

¹⁰⁶ *BGH* 19 settembre 2013 par. 12.

¹⁰⁷ Nel senso della nullità *ipso iure* v. H.J. MUSIELAK, W. VOIT, *Zivilprozessordnung: ZPO* 2013, § 1040 par. 12; in posizione intermedia P. HUBER, *SchiedsVZ* 2003, 75; contrari. J.P. LACHMANN, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, 3. Aufl., 2008, 749; R. ZÖLLER, R. GEIMER, *Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar* 2014, § 1040 par. 15.

¹⁰⁸ *BGH* 19 settembre 2013 par. 10.

Proprio i summenzionati problemi di coordinamento tra giudizi, in uno con l'esigenza di evitare spese inutili nel caso di solo successivo azzeramento degli esiti del giudizio arbitrale, dovrebbero indurre gli arbitri a prendere in considerazione l'opportunità di sospendere il giudizio incardinato dinanzi ad essi nel caso in cui penda dinanzi all'*OLG*, un giudizio instaurato ex Sez. 1040 (3) ZPO.

Come visto in precedenza, l'alternativa ad una decisione separata dell'arbitro sulla questione della propria *potestas iudicandi* è rappresentata da una decisione, affermativa della "competenza" arbitrale, *pronunciata insieme al merito* (circostanza atta a verificarsi qualora l'arbitro ritenga che la risoluzione della questione della propria "competenza" passi necessariamente da una approfondita analisi del merito della disputa, oppure quando ritenga infondate le contestazioni sollevate dalla parte, perché unicamente finalizzate a rallentare la procedura arbitrale¹⁰⁹), nel qual caso la contestazione della competenza arbitrale avverrà nelle forme dell'impugnazione per nullità di cui alla Sezione 1059 ss. ZPO o nell'ambito della procedura per l'esecuzione dello stesso ai sensi della Sezione 1060 ZPO (per i lodi domestici) o, per i lodi bensì emanati in Germania, ma considerati, ai sensi dell'art. I (1) della Convenzione di New York, "non nazionali" dall'ordinamento tedesco, della Sezione 1061 ZPO.

Dalla formulazione del dato normativo (dall'utilizzo, in particolare, dell'espressione *in der Regel*, ossia "nella generalità dei casi", riferita alla decisione separata dell'arbitro sulla propria "competenza") emerge come, nel bilanciamento tra le contrapposte esigenze di pervenire il prima possibile ad una decisione sulla *potestas iudicandi* arbitrale o, all'opposto, posticipare una tale decisione solo al termine del giudizio, consentendo un accertamento esaustivo della questione, alla luce anche delle possibili interazioni tra questa ed i profili meritali della disputa, il legislatore tedesco abbia decisamente optato per la prima¹¹⁰. È apparso evidentemente meno tollerabile il rischio che, dopo l'integrale celebrazione di un procedimento arbitrale (pur in presenza di dubbi e contestazioni circa la legittimazione a giudicare degli arbitri), lo stesso venga posto nel nulla da un successivo accoglimento dell'impugnazione avverso il lodo di merito per motivi attinenti alla *potestas iudicandi* dell'arbitro.

4.3. *Il problema dell'impugnabilità del lodo declinatorio*

Il tema del regime applicabile alla decisione dell'arbitro che, ritenendo l'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* fondata, pronunci lodo declinatorio (nella

¹⁰⁹ *Bill of the Arbitration Law Reform Act*, BT-Drs. 13/5274, 44; *OLG Colonia*, 16 ottobre 2000.

¹¹⁰ Come anche dimostra il disposto di cui all'art. 1032 (2) ZPO, su cui v. *infra*, nel testo.

forma, alternativamente, di un c.d. lodo procedurale definitivo¹¹¹ – con contestuale pronuncia sui costi della procedura¹¹² – o di un *termination order*¹¹³), e, in particolare, *della sua impugnabilità*, è stato da sempre molto controverso e dibattuto nella dottrina e giurisprudenza tedesche.

L'ordinamento tedesco, infatti, disciplina espressamente la *sola pronuncia affermativa* dell'arbitro sulla propria competenza, non, invece, quella declinatoria (frutto, in parte, della convinzione che una decisione di incompetenza non integrerebbe le condizioni per aversi una *Zwischenentscheid* o un *Schiedsspruch zur Sache*, ma solo un *Prozessschiedsspruch*). Invero, in ragione anche della peculiare formulazione delle norme in tema di impugnazione per nullità del lodo, che, tra i motivi (tassativi) previsti dalla Sezione 1059 ZPO, includono bensì l'invalidità del patto¹¹⁴, *ma non la sua esistenza e validità*, un nutrito orientamento in dottrina e giurisprudenza ha per molto tempo ritenuto che la pronuncia arbitrale declinatoria non potesse propriamente qualificarsi come lodo, ma, piuttosto, come *mera dichiarazione di inammissibilità della domanda* per carenza di “competenza” dell'organo adito, non suscettibile di impugnazione.

Proprio in virtù di un'interpretazione letterale dei motivi di impugnazione rilevanti della Sezione 1059 ZPO (in particolare di quelli di cui al comma 2, n. 1, lett. a e c) – nonché del rifiuto di procedere ad una loro applicazione in via analogica–, il *Bundesgerichtshof*, nella decisione del 6 giugno 2002¹¹⁵, pur ritenendo, contrariamente al suddetto orientamento, che la decisione arbitrale declinatoria dovesse qualificarsi come “lodo” ai sensi e per gli effetti della Sezione 1059 ZPO, ribadiva il principio della *non impugnabilità del lodo declinatorio* ogniqualvolta il motivo posto a fondamento della relativa censura fosse l'erroneità della valutazione dell'arbitro circa la propria *potestas iudicandi* (che avesse cioè ritenuto di declinarla, *pur in presenza di un patto valido*), facendo tuttavia salva la possibilità di invocare, avverso il lodo declinatorio, motivi bensì contemplati dalla Sezione 1059 ZPO, ma *diversi* rispetto all'allegazione dell'esistenza e validità del patto arbitrale (ad esempio, vizi della costituzione del tribunale, violazione dell'ordine pubblico e così via)¹¹⁶.

¹¹¹ Così BGH, 6 giugno 2002 – III ZB 44/01, in NJW 2002, 3032; in *SchiedsVZ* 2003, 39.

¹¹² *Bill of the Arbitration Law Reform Act*, BT-Drs. 13/5274, 44.

¹¹³ Così H.J. MUSIELAK, W. VOIT, *Zivilprozessordnung: ZPO* 2013, § 1040 par. 8.

¹¹⁴ V., della norma citata, il comma 2, n. 1, lett. a) e lett. c): *ungültigkeit; der Schiedsspruch eine Streitigkeit betrifft, die in der Schiedsabrede nicht erwähnt ist oder nicht unter die Bestimmungen der Schiedsklausel fällt, oder dass er Entscheidungen enthält, welche die Grenzen der Schiedsvereinbarung überschreiten*.

¹¹⁵ In *SchiedsVZ* 2003, 39; v. anche OLG Amburgo, 30 agosto 2002. Critico S. KRÖLL, *Re-course against Negative Decisions on Jurisdiction*, in *Arb. Int.* 2004, 55.

¹¹⁶ Così BGH 6 giugno 2002, in *SchiedsVZ* 2003, 39; U. HAAS, *Die gerichtliche Kontrolle*, cit., 205. *Contra* P. HUBER, *Competence of Arbitral Tribunal to Rule on its Jurisdiction*, cit., 260 ss.

Tale soluzione ha trovato l'avallo di una parte della dottrina, per la quale l'arbitro, che intenda spogliarsi della controversia perché ritenga di non essere fornito di *potestas iudicandi*, dovrebbe pronunciare un ordine di cessazione del procedimento ai sensi dell'art. 1056 (2) ZPO (*“Das Schiedsgericht stellt durch Beschluss die Beendigung des schiedsrichterlichen Verfahrens fest (...)”*), avente l'effetto di una dichiarazione che il patto arbitrale non è (più) idoneo a trovare esecuzione. Ne seguirebbe, per l'attore, la possibilità di rivolgersi al giudice statale per ottenere una pronuncia sul merito della lite, senza che questi possa, a sua volta, pronunciare una declinatoria di competenza, asserendo l'esistenza di una valida convenzione arbitrale¹¹⁷. Si sarebbe in sostanza di fronte ad un meccanismo di coordinamento preventivo tra la procedura arbitrale e quella giudiziale, idoneo ad evitare il rischio di un diniego di giustizia, discendente non tanto da un vincolo del giudice statale ad un accertamento compiuto dall'arbitro sulla questione della sua competenza e produttivo di effetti extraprocessuali e vincolanti (dato che, non essendo possibile alcuna impugnazione, né essendo previsto alcun termine perentorio per la sua proposizione, mancherebbe in radice il meccanismo per consentire al lodo di acquisire la definitività), quanto, appunto, dalla *constatata inoperatività del patto arbitrale*.

Tale soluzione, che, a monte (per quanto cioè attiene alla tassatività dei motivi di impugnazione *ex* Sezione 1059 ZPO), potrebbe financo trovare conferma nel disposto di cui alla Sezione 1026 ZPO (ai sensi della quale è proibito ogni intervento del giudice statale in relazione alla procedura arbitrale, *ove non espressamente previsto dalla legge*), non può che lasciare insoddisfatti. Essa, infatti, priva l'attore in arbitrato della facoltà di porre rimedio ad un'erronea decisione declinatoria dell'arbitro, palesemente discriminando la sua posizione in relazione a una situazione che, al netto della diversità di contenuto della rispettiva pronuncia arbitrale quanto alla valutazione circa il patto arbitrale (ritenuto, nell'un caso, *insussistente o invalido* e, nell'altro, *esistente e valido*), è perfettamente equiparabile a quella del convenuto che si veda rigettata l'eccezione di incompetenza dell'arbitro.

In particolare, non pare convincente il principale argomento a suo tempo addotto dal BGH per rifiutare un'applicazione analogica (anche al caso della decisione arbitrale declinatoria) dei motivi di cui alla Sezione 1059 ZPO (in particolare di quelli di cui al comma 2, n. 1, lett. a e c). In base ad esso, infatti, al contrario dei casi in cui l'arbitro abbia erroneamente affermato la propria *potestas iudicandi* (governati dalla lett. a)), l'erroneo diniego di “competenza” non andrebbe ad incidere sul diritto delle parti ad una tutela legale adeguata, rimanendo per loro sempre aperta la via del giudizio statale. Invero, una risoluzione giudiziale delle controversie non può essere equiparata *in toto* ad una risoluzione arbitrale delle

¹¹⁷ In tal senso v. H.J. MUSIELAK, W. VOIT, *Zivilprozessordnung: ZPO 2013*, § 1040 par. 8.

stesse, anche solo per il fatto che l'opzione per la seconda, manifestata espressamente dalle parti attraverso la stipula di una convenzione arbitrale, implica proprio la rinuncia ad avvalersi della prima. D'altra parte, se una certa interscambiabilità (funzionale) tra arbitrato e giurisdizione statale è concepibile in relazione a contenziosi puramente domestici, essa risulta improponibile per contenziosi internazionali, in relazione ai quali una delle principali ragioni che spingono le parti a scegliere l'arbitrato è la neutralità del foro, proprio onde evitare il rischio di finire dinanzi alle autorità giudiziarie della giurisdizione di una delle parti.

È in forza di queste perplessità che una parte della dottrina, al fine di riequilibrare le posizioni dell'attore e del convenuto, e di colmare l'evidente lacuna di tutela del primo, opportunamente ritiene che *anche il lodo declinatorio dovrebbe potersi direttamente impugnare* con lo strumento di cui alla Sezione 1059 ZPO per i motivi (interpretati in chiave analogica) di cui al par. 2, lett. a) e/o c), con le conseguenze contemplate dalla Sezione 1059 (5) ZPO¹¹⁸.

4.4. L'efficacia "esterna" e vincolante del lodo sulla competenza

Uno dei profili su cui la riforma ha forse inciso nella maniera più significativa (non tanto *direttamente*, attraverso una norma espressa, quanto, *indirettamente*, mediante il combinato disposto di una serie di rilevanti disposizioni, tra cui spiccano, in particolare, le Sezioni 1040 (3) e 1059 ZPO) riguarda l'idoneità della decisione dell'arbitro sulla propria "competenza" ad esplicare efficacia extraprocessuale e vincolante nei confronti del giudice statale chiamato successivamente a confrontarsi con la medesima questione; efficacia su cui pare esservi un consenso generalizzato in dottrina e giurisprudenza¹¹⁹.

Come si ricorderà, nel vigore del contesto normativo precedente, l'opinione assolutamente maggioritaria, in dottrina e in giurisprudenza, era nel senso che *non fosse ipotizzabile alcuna efficacia extraprocessuale della decisione dell'arbitro sulla propria "competenza"*, essenzialmente in ragione della natura ontologicamente *provvisoria* della pronuncia arbitrale, inidonea ad acquisire i caratteri dell'incontrovertibilità e, di conseguenza, una qualsivoglia efficacia extraprocessuale. In disaccordo con tale orientamento, tuttavia, una parte autorevole della dottrina riteneva

¹¹⁸ In tal senso v. S. KRÖLL, *Arb. Int.* 2004, 55 ss. ivi anche per ampi riferimenti; S. KROLL, P. KRAFT, *Recourse against the award*, § 1059 – *Application for Setting Aside*, in K.H. BÖCKSTIEGEL, P. NACIMIENTO, S. KROLL *et al.* (eds.), *Arbitration in Germany*, cit., 383 ss.

¹¹⁹ Così BGH 27 marzo 2003, in *SchiedsVZ* 2003, 133; OLG Stoccarda, 14 ottobre 2003; OLG Bremen, 10 novembre 2005; OLG Oldenburg, 15 novembre 2002; *Bill of the Arbitration Law Reform Act*, BT-Drs. 13/5274, 44; H.J. MUSIELAK, W. VOIT, *Zivilprozessordnung: ZPO* 2013, § 1040 par. 13; R. ZÖLLER, R. GEIMER, *Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar* 2014, § 1040 par. 12; U. HAAS, *Die gerichtliche Kontrolle*, cit., 200.

che non dovesse escludersi, in linea di principio, la configurabilità di un vincolo esterno della pronuncia dell'arbitro sulla propria *potestas iudicandi*, ove ricorresse le condizioni della facoltà, per l'arbitro, di pronunciarsi *separatamente* sulla questione e dell'*immediata impugnabilità* di tale decisione separata *entro un determinato termine perentorio*, trascorso inutilmente il quale detta decisione si sarebbe definitivamente cristallizzata, divenendo incontrovertibile ed insuscettibile di revisione (foss'anche da parte del giudice statale).

Alla prima condizione, per taluno già sussistente nel vigore del precedente contesto normativo (e confermata nell'ambito di quello attuale), il legislatore della riforma, con l'introduzione della norma di cui alla Sezione 1040 (3) ZPO, avrebbe aggiunto la seconda. Dalla sussistenza di un termine perentorio (un mese dalla comunicazione scritta) per l'impugnazione della decisione separata dell'arbitro affermativa della propria "competenza" (o *Zwischenentscheid*), è dunque agevole desumere che la mancata proposizione dell'impugnazione (per acquiescenza o per inutile decorso del termine), il suo rigetto o la conferma della decisione adottata dall'arbitro da parte dell'*OLG* avranno l'effetto di rendere quest'ultima *definitiva, incontrovertibile e vincolante*, non solo per l'arbitro che l'abbia pronunciata¹²⁰, ma altresì per ogni giudice o altro arbitro che si trovasse a dover decidere della medesima questione *successivamente e in qualunque sede* (giudizio di impugnazione per nullità del lodo, giudizio di esecuzione dello stesso).

A dire il vero, nel contesto normativo attualmente in vigore, la questione dei fondamenti teorici o sistematici dell'efficacia extraprocessuale del lodo arbitrale non è stata oggetto di un significativo dibattito nella dottrina tedesca, dandosi quasi per assodato l'automatismo tra *definitività* di una pronuncia (a seguito della mancata o infruttuosa proposizione del rimedio impugnatorio avverso essa predisposto) e sua *vincolatività* extraprocessuale; conclusione giammai scontata, come dimostra, ad esempio, il tradizionale orientamento, nell'ordinamento italiano, che nega efficacia extraprocessuale alle decisioni, pur se definitive, su questioni di merito.

Fanno forse eccezione quei tentativi – finalizzati a supportare la tesi dell'idoneità di un lodo arbitrale (anche sulla sola "competenza"), una volta divenuto definitivo, a produrre un vincolo paragonabile a quello prodotto da una decisione del giudice statale – di invocare la *sostanziale equiparazione* tra lodo e sentenza, predicata, in via generale, da una norma "cornice" qual è quella di cui alla Sezione 1055 ZPO (rubricata "Effetti del lodo"), ai sensi della quale un lodo reso in un procedimento arbitrale svoltosi in Germania ha gli stessi effetti tra le parti di una

¹²⁰ R. ZÖLLER, R. GEIMER, *Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar* 2014, § 1040, par. 11; H.J. MUSIELAK, W. VOIT, *Zivilprozessordnung: ZPO* 2013, § 1040 par. 12; par. HAAS, *Die gerichtliche Kontrolle*, cit., 197.

decisione giudiziale definitiva e vincolante (o, altrimenti detto, passata in giudicato) (*“Der Schiedsspruch hat unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils”*). Dalla formulazione di tale norma si evincerebbe un’equiparazione tra l’efficacia del lodo e quella di una sentenza del giudice statale *derivante direttamente dalla legge*, a prescindere dall’esistenza o meno di motivi che potrebbero condurre all’annullamento della decisione arbitrale.

Ad ogni modo, la maggioranza della dottrina e della giurisprudenza danno per pacifica l’incontrovertibilità dell’accertamento contenuto nella decisione degli arbitri affermativa della propria *potestas iudicandi*, che non potrà essere ridiscusso, rivisto o ribaltato nemmeno dal giudice statale in sede di impugnazione per nullità del lodo o di esecuzione dello stesso¹²¹. Ove, poi, l’impugnazione avverso la pronuncia separata dell’arbitro, affermativa della propria “competenza”, sia stata bensì proposta, ma rigettata dal giudice statale, la vincolatività dell’accertamento sulla spettanza della *potestas iudicandi* agli arbitri discenderà esclusivamente dalla decisione del giudice statale, formalmente sostitutiva (sebbene confermativa dal punto di vista contenutistico) di quella dell’arbitro.

Rispetto ad una sentenza pronunciata dal giudice dello stato, un lodo arbitrale continua a differenziarsi per *l’assenza della forza esecutiva*, ottenibile solo tramite l’intervento giudiziario¹²², attraverso un’espressa dichiarazione di esecutività emessa – a seguito di eventuale udienza orale¹²³ – nella forma di un’ordinanza (che, ai sensi della Sezione 794 (1), n. 4, a) ZPO, costituisce il vero titolo esecutivo¹²⁴),

¹²¹ In tal senso si sono espressi i seguenti autori (più volti citati nelle note di questo capitolo): K. KROLL: *“If the preliminary award by the arbitral tribunal is not timely attacked before a state court according to sect. 1040 par. 3 sent. 2 ZPO (...), the jurisdiction of the tribunal may not any more be reviewed, once the final award has been issued, in setting aside or enforcement proceedings according to sects. 1059, 1060 ZPO”*. Per S.A. SCHÜTZE: *“(…) das Schiedsgericht hat die Befugnis, über seine eigene Zuständigkeit bindend zu entscheiden”*. Dal canto suo G. BORGES, *Die Anerkennung und Vollstreckung*, cit., afferma: *“(…) danach entscheidet das Schiedsgericht, wenn es sich für zuständig hält, gemäss § 1040 III 1 ZPO „regelmässig“ durch einen Zwischenentscheid. Diese Zwischenentscheidung ist gemäss § 1040 III 2 ZPO nur innerhalb eines Monats beim staatlichen Gericht angreifbar. Wird das staatliche Gericht nicht fristgemäss angerufen, so ist die Wirksamkeit des Schiedsvertrags, auch im Aufhebungsverfahren nicht mehr angreifbar”*. V. tuttavia, in senso contrario, J. BREDOW, *Das neue 10. Buch der ZPO*, cit., 4, per il quale: *“Neu ist, dass das Schiedsgericht auch bei entsprechender Parteivereinbarung seine Zuständigkeit nicht mehr bindend positiv entscheiden kann. Die bisher mögliche bindende Kompetenz – Kompetenz ist entfallen. Jede Partei kann die positive Zuständigkeitsentscheidung vor dem staatlichen Gericht angreifen...”*).

¹²² Nello specifico, l’*Oberlandesgericht*, competente in relazione alla sede dell’arbitrato o quello, come è concesso dall’ordinamento, scelto dalle parti.

¹²³ BGH, 15 luglio 1999 – III ZB 21/98, in BGHZ 142, 207; in NJW 1999, 2974; U. EHRI-CKE, *Die Beschleunigung der Finalität von Schiedssprüchen nach dem neuen deutschen Schiedsverfahrensrecht*, in ZFP 2000, 113, 464 ss.; BayObLG, 24 febbraio 1999 – 4 Z Sch 14/98.

¹²⁴ Nella misura in cui rappresenta il necessario presupposto di un eventuale giudizio di esecuzio-

previa valutazione, *ex officio*, dell'arbitrabilità della disputa e dell'assenza, nel lodo, di disposizioni contrarie all'ordine pubblico. Una tale dichiarazione può essere rigettata se la parte che si oppone ad essa sollevi con successo, avverso il lodo, i motivi idonei a determinare, ai sensi della Sezione 1059 (2) ZPO, l'annullamento del lodo (tra cui figurano, come si vedrà nel paragrafo subito appresso, anche quelli attinenti all'insussistenza della *potestas iudicandi* dell'arbitro, ove non preclusi in ragione della loro mancata o intempestiva proposizione nel corso del procedimento arbitrale), nel qual caso *l'accoglimento di uno di quei motivi* determinerà, oltre che il rigetto dell'istanza di esecuzione del lodo, *l'annullamento del lodo*.

Invero, una volta azionata la procedura di esecuzione, entrambe le azioni (di annullamento ed esecutiva) saranno contestuali e congiunte, non essendoci più la necessità di attivare una procedura di annullamento separata¹²⁵, salvo per i casi in cui, come contemplato dai commi 2 e 3 della Sezione 1060 (2) ZPO, al momento della presentazione dell'istanza per ottenere la suddetta dichiarazione di esecutività sia già stata rigettata la domanda di annullamento del lodo basata su quegli stessi motivi, oppure sia decorso il termine perentorio di tre mesi dalla pronuncia del lodo per proporre l'impugnazione di nullità.

In tali casi, l'istanza per ottenere una dichiarazione di esecutività del lodo potrà essere rigettata unicamente in base ai motivi rilevabili *ex officio* dal giudice adito (non arbitrabilità della disputa e contrarietà del lodo all'ordine pubblico)¹²⁶.

4.5. *L'impugnazione per nullità del lodo arbitrale (Sezione 1059 ZPO) e l'inammissibilità, nel nuovo contesto normativo, della c.d. Kompetenz Kompetenz Klausel*

Si è visto in precedenza come una pronuncia *separata* dell'arbitro, affermativa della propria "competenza", sia immediatamente impugnabile dinanzi all'*Oberlandesgericht*, nel termine di un mese dalla sua comunicazione scritta, ai sensi e per

ne, pur non facendone, tecnicamente, parte; con la conseguenza che, ad un giudice statale, non è precluso dichiarare esecutivo un lodo, anche se la parte soccombente nell'arbitrato sia nel frattempo, dopo la pronuncia del lodo, fallita – così OLG Dresda, 25 settembre 1998, in 11 Sch 1/98; OLG Brandenburg, 2 settembre 1999, in 8 Sch 1/99, dal momento che il fallimento di una parte può incidere sulla procedibilità del giudizio esecutivo, ma non sulla pronunciabilità dei suoi atti prodromici.

¹²⁵ BayObLG, 16 gennaio 2004 – 4Z Sch 22/03, in *SchiedsVZ* 2004, 164; OLG Naumburg, 21 maggio 2004, in 10 Sch 6/03.

¹²⁶ Avverso l'accoglimento o il rigetto di un'istanza volta ad ottenere una dichiarazione di esecutività di un lodo arbitrale è possibile un ricorso dinanzi alla Corte Suprema Federale, ma, ai sensi della Sezione 1065 (1) ZPO, solo in punto di diritto e, ai sensi della Sezione 574 (2) ZPO, solo nel caso in cui il profilo controverso dedotto nel ricorso sia di importanza primaria o nel caso in cui una decisione della Corte sia necessaria per interpretazioni adeguatrici del diritto o per assicurare omogeneità nell'applicazione giurisprudenziale: v., in tal senso, BGH, 29 giugno 2005 – III ZB 65/04, in *SchiedsVZ* 2005, 259; BGH, 27 marzo 2003 – III ZB 83/02, in *SchiedsVZ* 2003, 133.

gli effetti della Sezione 1040 (3) ZPO. Laddove, invece, l'arbitro abbia optato per decidere (espressamente o implicitamente) sulla questione della propria "competenza" (affermandone, in tal caso, la sussistenza) *assieme al merito della lite*, la parte che intenda contestare il lodo, anche o solo in relazione alla parte relativa alla statuizione sulla *potestas iudicandi* dell'arbitro, dovrà farlo attraverso lo strumento dell'impugnazione del lodo *ex* Sezione 1059 ZPO¹²⁷ (in gran parte ispirata all'art. 34 della Legge Modello dell'UNCITRAL, il cui "trapianto" nell'ordinamento tedesco è avvenuto con alcuni adattamenti ed integrazioni).

Tale strumento rappresenta l'unico rimedio per contestare, sulla base di motivi ivi tassativamente elencati¹²⁸, il lodo dinanzi al giudice statale competente. Ciò emerge inequivocabilmente dal comma 1 della Sezione 1059 ZPO (ai sensi della quale: "*Gegen einen Schiedsspruch kann nur der Antrag auf gerichtliche Aufhebung nach den Absätzen 2 und 3 gestellt werden*"), sulla cui base si fonda altresì l'esclusione di qualsivoglia "giudizio di appello" statutale avverso il lodo, che avallerebbe un'inammissibile (perché contrastante con l'autonomia riconosciuta dall'ordinamento al fenomeno arbitrale) *revisione del merito* della decisione arbitrale. Non è invece precluso alle parti di accordarsi bensì per una seconda istanza di giudizio (un appello, appunto), *ma solo dinanzi ad un diverso tribunale arbitrale*.

Per quanto specificamente riguarda i motivi di censura di un lodo attinenti alla *potestas iudicandi* arbitrale, si segnalano, in particolare, quelli di cui alla Sezione 1059 (1), 1, lett. a), c) e d) ZPO.

Quanto al motivo dell'incapacità di una parte, va osservato che, ai sensi della Sezione 1059 par. 2 (1) (a) ZPO, la capacità di una parte è determinata dalla legge applicabile alle parti stesse (che, nell'ordinamento tedesco, in virtù dell'art. 7 dell'*Einfuehrungsgesetz zum Buergerlichen Gesetzbuch, EGBGB*, è la legge della loro nazionalità). Ne deriva che, per i cittadini tedeschi, sarà la legge tedesca a regolare la questione della capacità. Per quanto riguarda, invece, le persone giuridiche, si dovrà fare riferimento, alternativamente, alle previsioni della legge della loro sede¹²⁹ o a quelle della legge del luogo della loro incorporazione¹³⁰.

Quanto al motivo dell'invalidità del patto arbitrale (ai sensi della legge scelta dalle parti o, in mancanza, ai sensi della legge tedesca), si tratta di un vizio interpretato e-

¹²⁷ Su cui v. A. ARENDT, *Der Zuständigkeitsstreit im Schiedsverfahren*, cit.; G. BORGES, *Die Anerkennung und Vollstreckung*, cit., 487.

¹²⁸ *Bill of the Arbitration Law Reform Act*, BT-Drs. 13/5247, 58.

¹²⁹ Secondo l'approccio tradizionale dell'ordinamento tedesco: v. K.H. SCHWAB, G. WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., 393, n. 18.

¹³⁰ Si veda, sul punto, la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea: CGUE 30 settembre 2003, C-167/01, *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd.*; CGUE 5 novembre 2002, C.208/00, *Ueberseering BV v. Nordic Construction Company Bau-management GmbH (NCC)*.

stensivamente, dato che ad esso si sogliono ricondurre anche quelli di inesistenza del patto, di sua consensuale cessazione e di sua annullabilità per violenza e dolo¹³¹. Come già illustrato in precedenza, il motivo dell'invalidità di una convenzione di arbitrato può essere invocato con successo come motivo di annullamento solo da parte di coloro che non abbiano preso parte al giudizio arbitrale, oppure la cui tempestiva e rituale contestazione alla *potestas iudicandi* arbitrale non sia stata trattata e decisa dall'arbitro con decisione separata sulla "competenza" (*ex* Sez. 1040 ZPO). Al contrario, la partecipazione al giudizio arbitrale senza sollevare alcuna contestazione¹³², oppure la mancata impugnazione della pronuncia separata dell'arbitro sulla propria *potestas iudicandi*, affermativa della stessa, entro i termini di cui alla Sezione 1040 (3) ZPO¹³³, precluderanno l'utilizzo dello strumento impugnatorio di cui alla Sezione 1059 ZPO¹³⁴, trattandosi di condotte "acquiescenti", la cui possibile "smentita" attraverso condotte successive di segno opposto confliggerebbe con il principio del divieto di *venire contra factum proprium*¹³⁵. Si tratta del medesimo principio che preclude ad una parte, che abbia dato inizio ad un procedimento arbitrale sulla base di un patto arbitrale o abbia invocato il patto arbitrale nell'ambito di un giudizio statale, di sconfessare quello stesso patto in un'altra fase del medesimo giudizio o in una diversa sede¹³⁶. Del resto, la previsione del termine per proporre impugnazione ai sensi della Sezione 1040 (3) ZPO non avrebbe senso, se il suo inutile decorso consentisse comunque alla parte interessata di invocare l'invalidità della convenzione arbitrale ai fini dell'annullamento del lodo sul merito¹³⁷.

Un lodo può essere altresì annullato per il motivo di cui alla lett. c) della Sezione 1059 ZPO ("*excesso di mandato*") – sempre però se già tempestivamente sollevato durante il giudizio arbitrale (Sez. 1040 (2), par. 3 ZPO) e se non già fatto oggetto di una decisione separata dell'arbitro non impugnata¹³⁸ – ogniqualevolta l'arbitro abbia conosciuto e deciso una disputa non contemplata nella *Schiedsabre-*

¹³¹ K.H. SCHWAB, G. WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., 395 ss.

¹³² OLG Francoforte, 17 novembre 2008, in 26 Sch 19/08; BGH 29 giugno 2005, in *SchiedsVZ* 2005, 260.

¹³³ OLG Monaco, 8 marzo 2013, in 34 Sch 13/12.

¹³⁴ OLG Dresda, 26 luglio 2012, in 3 Sch 3/12.

¹³⁵ H.J. MUSIELAK, W. VOIT, *Zivilprozessordnung: ZPO* 2013, § 1059 par. 11; S. KRÖLL, in *NJW* 2003, 792 ss. Per una (rara) eccezione v. OLG Amburgo, 8 novembre 2001, in *OLGR Hamburg* 2002, 306 ss.

¹³⁶ BayObLG 10 febbraio 2000, in 4 Z Sch 48/99; OLG Colonia, 16 ottobre 2000, in 9 Sch 23/00; BGH 2 aprile 1987, in *NJWRR* 1987, 1195; in *NJW* 1987, 3140.

¹³⁷ *Bill of the Arbitration Law Reform Act*, BT-Drs. 13/5274, 44; BGH 27 marzo 2003, in *SchiedsVZ* 2003, 133 ss.; in *Int.A.L.R.* 2004 N. 23.

¹³⁸ R. ZÖLLER, R. GEIMER, *Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar* 2014, § 1059 par. 41; H.J. MUSIELAK, W. VOIT, *Zivilprozessordnung: ZPO* 2013, § 1059 par. 14.

de o non rientrante nell'ambito di applicazione della convenzione di arbitrato¹³⁹, sia sotto il profilo oggettivo, sia sotto quello soggettivo (ad esempio, in caso di erronea estensione dell'efficacia del patto a soggetti diversi ed ulteriori rispetto ai formali firmatari, questione da risolvere ai sensi della legge applicabile al patto arbitrale), o abbia agito *ultra petita*, disponendo più di quanto richiesto dalle parti nelle rispettive deduzioni¹⁴⁰.

Tra i motivi invocabili dinanzi al giudice dell'impugnazione, e *lato sensu* riconducibili alla *potestas iudicandi* dell'arbitro, va altresì menzionato quello della mancata conformità della composizione del tribunale alle disposizioni del Libro 10 della ZPO o ad un legittimo accordo delle parti, a patto che (requisito, questo, introdotto dal legislatore tedesco, ma non contemplato dalla Legge Modello dell'UNCITRAL) detta difformità sia tale da verosimilmente inficiare il lodo arbitrale¹⁴¹. Tale requisito aggiuntivo ha lo scopo di garantire che il lodo non possa essere annullato per vizi formali di lieve entità, che abbiano avuto un impatto minimo o nullo sull'esito del procedimento¹⁴². Lo *standard* di riferimento, in questi casi, è rappresentato dal fatto di non potere escludere del tutto una certa ripercussione sulla pronuncia arbitrale¹⁴³. Il principio è che, una volta pronunciato il lodo, al fine di tutelare il principio della "*finality*", l'ordinamento considera idonee a condurre al suo annullamento solo istanze che dimostrino che la parte abbia subito un effettivo pregiudizio¹⁴⁴.

Trattandosi, nel loro complesso, di vizi disciplinati dal n. 1 della Sezione 1059, par. 1 ZPO, non sono rilevabili d'ufficio¹⁴⁵, ma devono essere espressamente invocati dalla parte interessata, su cui graverà altresì l'onere della prova dei profili fattuali rilevanti. La domanda di annullamento del lodo è preclusa una volta che il lodo sia stato dichiarato esecutivo da un giudice tedesco.

Come già visto in relazione ai poteri dell'*OLG*, adito ai sensi della Sezione

¹³⁹ Su tale motivo v. *OLG Colonia*, 16 novembre 2012, in 19 Sch 24/12; *OLG Dresda*, 26 luglio 2012, in 3 Sch 3/12.

¹⁴⁰ Su tale motivo v. J.P. LACHMANN, *Handbuch*, cit., 2243.

¹⁴¹ Si tratta di un motivo che non trova corrispondenze nella Legge Modello dell'UNCITRAL.

¹⁴² Per un esempio di pregiudizio ritenuto insussistente v. *OLG Hamm*, 18 ottobre 1999.

¹⁴³ *OLG Saarland*, 29 ottobre 2002, in *SchiedsVZ* 2003, 943. In favore di uno *standard* meno rigoroso v. H.J. MUSIELAK, W. VOIT, *Zivilprozessordnung: ZPO* 2013, § 1059 par. 17.

¹⁴⁴ BGH 4 marzo 1999, in BGHZ 141, 95; in RPS 2/1999, 9 (10); J.P. LACHMANN, *Nebentätigkeit des Richters im schiedsrechtlichen Verfahren*, in B. BACHMANN, S. BREIDENBACH, D. COESTER-WALTJEN, B. HESS, A. NELLE, C. WOLF (eds.), *Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag*, 2005, 477 ss.; KRÖLL, in ZZZ 2003, 211 ss.

¹⁴⁵ *OLG Monaco*, 22 gennaio 2007, in 34 Sch 18/06; BGH 15 luglio 1999, in BGHZ 142, 206; in NJW 1999, 2975, in ZZZ 2000, 483 ss., nt. U. EHRICKE.

1040 (3) ZPO, in relazione ad una decisione separata dell'arbitro affermativa della propria "competenza", anche in sede di impugnazione, ai sensi della Sezione 1059 ZPO, di un lodo definitivo sul merito, l'*OLG* non è vincolato alle valutazioni, in diritto o in fatto, già compiute dall'arbitro, sia per quanto attiene all'individuazione delle norme giuridiche ritenute rilevanti o alla loro interpretazione o applicazione alle fattispecie concrete, sia per quanto attiene alle ricostruzioni dei profili fattuali, pacifici o controversi¹⁴⁶, che il giudice statale potrà liberamente integrare ogniqualvolta lo ritenga necessario o rispetto alle quali potrà discostarsi¹⁴⁷ (mentre le conclusioni del tribunale basate sulla valutazione delle prove non dovrebbero essere oggetto di riesame da parte del giudice¹⁴⁸). Quello svolto dal giudice dell'impugnazione è dunque un *full* o *de novo review* della decisione dell'arbitro, che investe direttamente la questione dell'esistenza e validità di un patto arbitrale, senza limitarsi a verificare la regolarità dell'operato o del giudizio degli arbitri¹⁴⁹.

Sostenere il contrario, ossia il vincolo o la soggezione, più o meno intensi, del giudice statale agli accertamenti compiuti dall'arbitro sulla propria *potestas iudicandi* finirebbe per attribuire all'accordo arbitrale una portata *esorbitante* rispetto al dato normativo, nella misura in cui investirebbe gli arbitri di un potere non solo pieno ma, di fatto, *semi-esclusivo*, di giudicare sul "merito" della questione della propria *potestas iudicandi*¹⁵⁰, in contrasto, tra l'altro, con il combinato disposto delle Sezz. 1040, par. 3, 1032, par. 2 e 1059, par. 2, n. 1, lett. a), c) e d) e n. 2, lett. a) ZPO, che delineano, nell'insieme, un *inderogabile potere di controllo del giudice statale* sulla

¹⁴⁶ V., *ex multis*, BGH 23 aprile 1959, in BGHZ 30, 89; BGH 27 febbraio 1964, in MDR 1964, 590; BGH 25 ottobre 1966, in BGHZ 46, 370; BGH 31 maggio 1972, in NJW 1972, 2180.

¹⁴⁷ Sebbene il giudice dell'impugnazione non sia vincolato alla valutazione dei fatti controversi compiuta dal tribunale, quei fatti svolgono comunque un ruolo che si ripercuote sugli oneri difensivi delle parti. A fronte di una presunzione (*iuris tantum*) a favore della correttezza dei fatti accertati, la parte non solo dovrà dimostrare quali siano i fatti realmente accaduti e come il tribunale arbitrale li abbia erroneamente accertati, ma anche perché e in che misura quell'erroneo accertamento abbia determinato uno dei vizi del lodo invocabili ai sensi della Sez. 1059 (2) ZPO: v., in tal senso, BayObLG 20 marzo 2003, in 4 Z Sch 23/02; OLG Dresda, 7 giugno 2006, in 11 Sch 02/06. Su questi aspetti v. anche OLG Amburgo, 14 maggio 1999, in OLGR Amburgo, 2000, 21; in CLOUT caso No. 457; R.A. SCHÜTZE, *Die gerichtliche Überprüfung von Entscheidungen des Schiedsgerichts*, in *SchiedsVZ* 2009.

¹⁴⁸ OLG Naumburg, 20 maggio 2005, in *SchiedsVZ* 2006, 103; P. HUBER, in *SchiedsVZ* 2003, 75.

¹⁴⁹ W. PARK, *The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction*, cit., 112 ss.

¹⁵⁰ S. KROLL, P. KRAFT, *Chapter VII: Recourse against the Award, § 1059 – Application for Setting Aside*, in K.H. BÖCKSTIEGEL, P. NACIMIENTO, S. KROLL et al. (eds.), *Arbitration in Germany*, cit., 383 ss.; OLG Amburgo, 14 maggio 1999; OLG Amburgo, 2000, 21.

determinazione della questione della *potestas iudicandi* arbitrale¹⁵¹, necessario per dare copertura e legittimità costituzionale al ricorso alla giustizia privata¹⁵².

Per tali ragioni si ritiene altresì che le norme che contemplano il controllo giudiziale sulle decisioni dell'arbitro, preliminari o definitive, sulla propria "competenza", siano di *applicazione necessaria*¹⁵³, non solo non derogabili dalle parti¹⁵⁴, ma nemmeno rinunciabili prima che la disputa sia sorta¹⁵⁵: in altri termini, il diritto di chiedere l'annullamento del lodo in quanto tale non può essere escluso dalle parti in via preventiva, ossia prima dell'avvio del procedimento arbitrale¹⁵⁶.

Per questi stessi motivi, secondo la maggior parte della dottrina tedesca¹⁵⁷, e come anche ribadito dal BGH¹⁵⁸, l'attuale impianto normativo risulterebbe incompatibile con l'istituto della *Kompetenz Kompetenz Klausel*. Detto istituto, invero, attribuendo all'arbitro il *potere esclusivo* di pronunciarsi sulla questione della esistenza di un valido patto arbitrale, avrebbe l'effetto di svuotare di senso i motivi di impugnazione del lodo di cui alle Sezioni 1040 (3) e 1059 (2) ZPO¹⁵⁹, che attribuiscono ai giudici statali l'ultima parola sulla questione della validità di un patto arbitrale. Ciò detto, l'inclusione di una invalida *Kompetenz Kompetenz Klausel* in una convenzione arbitrale non rende quest'ultima automaticamente invalida, ove,

¹⁵¹ V. R.A. SCHÜTZE, *Die gerichtliche Überprüfung*, cit., per il quale: "Die Entscheidung des Schiedsgerichts ist aber überprüfbar. Das letzte Wort hat das staatliche Gericht"; U. HAAS, *Die gerichtliche Kontrolle*, cit., 202 ss.

¹⁵² Su questi profili v. OLG Francoforte, 21 dicembre 1983, in NJW 1984, 2768; BGH 26 settembre 1985, in BGHZ 96, 47; in NJW 1986, 1437.

¹⁵³ W. PARK, *The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction*, V. Items for Further Consideration, cit., 112 ss.; K.H. SCHWAB, G. WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, cit., Rdnr. 10.

¹⁵⁴ R.A. SCHÜTZE, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, 4. Aufl., 2007, Rdnr. 138.

¹⁵⁵ BayObLG 15 dicembre 1999, in RPS 2/2000, 17; in CLOUT case No. 403.

¹⁵⁶ BGH 26 settembre 1985, in BGHZ 96, 42; in NJW 1986, 1436; BayObLG 15 dicembre 1999, in RPS 2/2000, 17, in CLOUT case No. 403.

¹⁵⁷ V., tra tutti, K. SCHUMACHER, *Das neue 10. Buch der Zivilprozessordnung*, cit., 11, per il quale: "§ 1040 ZPO übernimmt Art. 16 ML seinem wesentlichen Inhalt nach. Damit gibt das neue deutsche Recht den vom Bundesgerichtshof entwickelten Grundsatz auf, dass das Schiedsgericht über die eigene Zuständigkeit dann die letzte Entscheidung hat, wenn die Parteien dies in einer besonderen ,Kompetenz – Kompetenz – Klausel' vereinbart haben"; H.J. MUSIELAK, W. VOIT, *Zivilprozessordnung: ZPO 2013*, § 1040 par. 2.

¹⁵⁸ BGH – III ZR 265/03, 13 gennaio 2005, in *SchiedsVZ* 2005, 95; in NJW 2005, 1125.

¹⁵⁹ Il profilo relativo alla priorità, prevalenza e/o esclusività dell'accertamento concernente la convenzione arbitrale nei rapporti tra arbitro e giudice statale è stato molto discusso durante i lavori preparatori della nuova legge. Per riferimenti si vedano: *Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Schiedsverfahrensrechts*, luglio 1995, 132; K.P. BERGER, *Private Dispute Resolution in International Business*, Vol. I, *Negotiation, Mediation, Arbitration*, Kluwer Law Int. 2006, at quest. 7; ID., *The Implementation of the UNCITRAL Model Law in Germany*, in *Int. Arb.* 1998, 13.

stralciata l'attribuzione agli arbitri del potere di decidere in via definitiva sulla propria competenza, la convenzione risulti, per altri versi, valida ed efficace¹⁶⁰.

Il giudizio di impugnazione per nullità del lodo ai sensi della Sezione 1059 ZPO rappresenta la sede in cui si pronuncerà la parola definitiva sulla questione della *potestas iudicandi* dell'arbitro. Invero, in linea di principio, l'accoglimento dell'impugnazione per nullità ai sensi della Sezione 1059 ZPO, che conduce all'annullamento del lodo, determina la reviviscenza (salvo diverso accordo) del patto arbitrale, sì da consentire alle parti di far decidere nuovamente ad un – diverso – arbitro la loro disputa. Ciò, evidentemente, non accade nel caso in cui l'annullamento di un lodo arbitrale sul merito (contenente implicita od espressa pronuncia, affermativa, sulla *potestas iudicandi* dell'arbitro) venga pronunciato *proprio per vizi attinenti alla convenzione arbitrale*. In tal caso, esso sancirà definitivamente l'inesistenza, invalidità o inefficacia di detta convenzione, mettendo la parola fine ai conflitti di "competenza" tra arbitrato e giurisdizione statale.

La sentenza resa dal giudice statale in sede di impugnazione, infatti, sancisce una volta per tutte l'impossibilità di fondare, su quel medesimo patto annullato, un qualsivoglia procedimento arbitrale, con *dictum* vincolante non solo per l'arbitro, ma altresì per qualsiasi altro giudice statale che dovesse confrontarsi con la medesima questione. Ove le parti intendano deferire la loro disputa nuovamente in arbitrato, dovranno procedere a stipulare un nuovo patto arbitrale¹⁶¹.

L'annullamento di un lodo arbitrale *per vizi attinenti alla convenzione arbitrale* preclude altresì, al giudice, la possibilità di rinviare la controversia allo stesso tribunale per una nuova decisione: opzione prevista dalla Sezione 1059, par. 4 ZPO solo in determinati casi¹⁶² (tra cui quelli in cui lodo venga annullato in base a motivi di carattere formale-procedurale – ad esempio perché il tribunale non era stato costituito in maniera legittima¹⁶³) e salva sempre l'opposizione di una parte¹⁶⁴. A differenza della Legge Modello dell'UNCITRAL (il cui art. 34, par. 4 consente al giudice di sospendere il procedimento di annullamento, onde consentire al tribunale di eliminare le ragioni alla base dei motivi di annullamento), la rimessione

¹⁶⁰ OLG Monaco, in 34 SchH 10/13, in *SchiedsVZ*, 2013, 287 ss.

¹⁶¹ Sull'esecuzione del lodo arbitrale v., in generale, S. KRÖLL, *Chapter VIII – Recognition and Enforcement of Awards, § 1060 – Domestic Awards*, in K.H. BÖCKSTIEGEL, S. KRÖLL et al. (eds.), *Arbitration in Germany*, cit., 488 ss.; M.L. VON BERNUTH, *Die Doppelkontrolle von Schiedsprüchen durch staatliche Gerichte*, Frankfurt am Main 1995, *passim*; W. BOSCH, *Rechtskraft und Rechtshängigkeit*, cit., *passim*; G. BORGES, *Die Anerkennung und Vollstreckung*, cit., 487 ss.; C. BORRIS, L. SCHMIDT, *Vollstreckbarkeit von Schiedsprüchen und materiellrechtliche Einwendungen des Schiedsbeklagten*, in *SchiedsVZ* 2004, 276.

¹⁶² OLG Monaco, 22 giugno 2005, in *SchiedsVZ* 2005, 308 ss.

¹⁶³ OLG Monaco, 22 giugno 2005, in *SchiedsVZ* 2005, 308.

¹⁶⁴ K.H. SCHWAB, G. WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 7 ed., 2005, 233, 19.

della causa al tribunale è consentita dalla legge tedesca *solo dopo l'annullamento del lodo* (non essendo prevista la possibilità di chiedere al giudice statale, in via principale, detta rimessione), altrimenti l'effetto preclusivo del giudicato impedirebbe qualsiasi nuova decisione sulla questione¹⁶⁵.

Va, infine, osservato, da un lato, che il giudice del giudizio di annullamento di un lodo ai sensi della Sezione 1059 ZPO è vincolato sia dall'accertamento implicito della sussistenza di un valido patto arbitrale contenuto nel precedente rigetto di una domanda di annullamento della decisione arbitrale separata sulla *potestas iudicandi* arbitrale, sia dalla statuizione non più controvertibile circa l'(in)ammissibilità della via arbitrale pronunciata dal giudice adito *ex* Sezione 1032, par. 2 ZPO¹⁶⁶; dall'altro, che, come esplicitamente stabilito dalla Sezione 1060 (2), par. 2 ZPO, il rigetto di una domanda di annullamento in relazione a determinati motivi esclude la possibilità che, nel successivo giudizio di dichiarazione dell'esecutività del lodo, quegli stessi motivi vengano utilizzati come difese per opporsi a detta dichiarazione; infine, che, ai sensi della Sezione 1065 ZPO, la decisione resa dall'*Oberlandesgericht* in un giudizio di annullamento è soggetta ad impugnazione *solo in punto di diritto* dinanzi al *Bundesgerichtshof*¹⁶⁷.

5. *Il problema dei conflitti di potestas iudicandi tra arbitrato e giurisdizione statale dalla prospettiva del giudice statale (Sezione 1032 ZPO)*

Per quanto riguarda il problema dei conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale *dalla prospettiva del giudizio statale*, la disposizione fondamentale è la Sezione 1032 ZPO¹⁶⁸, in gran parte ispirata all'art. 8 (1) della Legge Modello dell'UNCITRAL, che codifica e disciplina il regime del principio *Kompetenz Kompetenz* applicato al giudice statale.

¹⁶⁵ OLG Monaco, 22 giugno 2005, in *SchiedsVZ* 2005, 308 ss.; OLG Monaco, 30 agosto 2011, in 34 SchH 8/11.

¹⁶⁶ H.J. MUSIELAK, W. VOIT, *Zivilprozessordnung: ZPO* 2013, § 1059 par. 11; R. ZÖLLER, R. GEIMER, *Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar* 2014, § 1059 par. 39.

¹⁶⁷ BGH 15 luglio 1999, in BGHZ 142, 206; in NJW 1999, 2974; in ZZP 2000, 483 ss., nt. EHRICKE.

¹⁶⁸ Su cui v. C. ANNEN, F. SCHMIDT, *Suum cuique – Das Verhältnis zwischen staatlichem Urkundsprozess und Schiedsverfahren*, in *SchiedsVZ* 2007, 304; U. HAAS, *Die gerichtliche Kontrolle*, cit., 187 ss.; N. HILGER, *Grenzen der Zuständigkeitsfeststellung nach §§ 1032 II, 1062I Nr. 2 ZPO*, in NZG 2003, 575; P. HUBER, *Das Verhältnis von Schiedsgericht und staatlichen Gerichten bei der Entscheidung über die Zuständigkeit*, in *SchiedsVZ* 2003, 73; M. ILLMER, *Die Arglistrede an der Schnittstelle von staatlicher Gerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit*, Tübingen 2007; L. ROSENBERG, K.H. SCHWAB, P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, München 2010.

Nello specifico, se il primo comma attribuisce al giudice statale il potere di valutare la fondatezza dell'*exceptio compromissi*, trattenendo la causa nel caso in cui giunga alla conclusione che il patto arbitrale è invalido, inoperante o inidoneo ad essere eseguito, il terzo comma non *preclude la prosecuzione del giudizio statale già iniziato* (sia di quello avente ad oggetto la sola questione della “competenza” arbitrale, che di quello in cui detta questione rilevi ed emerga nell’ambito di una domanda dedotta sul merito della lite) nel caso di successiva instaurazione del procedimento arbitrale, *né la sua instaurazione* (in tal caso, solo se vertente sul merito della lite), mentre *già penda* il giudizio arbitrale.

Andando con ordine, per quanto riguarda il regime dell'*exceptio compromissi* dinanzi al giudice statale (consistendo il primo effetto di un patto arbitrale nell’esclusione della *potestas iudicandi* del giudice statale a pronunciarsi sul merito della lite), il primo comma della Sezione 1032 ZPO prevede che la parte che intenda sollevare l’eccezione di carenza di *potestas iudicandi* del giudice statale (sia esso il convenuto a fronte della domanda principale sul merito proposta dall’attore, o l’attore a fronte di una domanda riconvenzionale proposta dal convenuto, entrambe su un oggetto rientrante nell’ambito di applicazione di un patto arbitrale) invochi – senza particolari formalità¹⁶⁹ – l’esistenza del patto arbitrale *prima che inizi la trattazione del merito della disputa* (in base ad un termine preclusivo non previsto dalla precedente normativa). È in ogni caso esclusa la rilevabilità officiosa dell’esistenza della convenzione arbitrale¹⁷⁰.

Al pari di quanto previsto dall’art. II, comma 3 della Convenzione di New York, il primo comma della Sezione 1032 ZPO impone al giudice statale, dinanzi a cui sia stata tempestivamente sollevata l’eccezione di arbitrato, di rigettare la domanda come inammissibile (“(...) *so hat das Gericht die Klage als unzulässig abzuweisen* (...)”), a meno che non ritenga il patto arbitrale *invalido, inoperante o inidoneo ad essere eseguito* (“(...) *nichtig, unwirksam oder undurchführbar ist*)¹⁷¹, pur nell’ambito di un’interpretazione ampia e liberale e in base all’assunto secondo cui le parti, mediante la stipulazione del patto, hanno inteso sottoporre alla cognizione dell’arbitro la totalità della disputa, non, invece, frazionarne la cognizione tra più organi giudicanti¹⁷².

La declinazione “pratica” di dette nozioni, al solito, non è agevole né omoge-

¹⁶⁹ BGH 8 febbraio 2011, in NJW-RR 2011, 1188 par. 28.

¹⁷⁰ R. ZÖLLER, R. GEIMER, *Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar* 2014, § 1032 par. 4; BGH 4 luglio 1996, in NJW-RR 1996, 1150.

¹⁷¹ BGH 14 settembre 2000, in NJW-RR 2000, 3720; KG Berlino, 13 agosto 2001, in *SchiedsVZ* 2003, 239; BGH 14 settembre 2000, in NJW-RR 2000, 3720.

¹⁷² V., *ex multis*, OLG Monaco, 13 ottobre 2004, in NJW 2005, 832; OLG Düsseldorf, 27 febbraio 2004, in *SchiedsVZ* 2004, 161; OLG Colonia, 19 dicembre 2001.

nea, anche se, in linea di principio, esse possono essere ricondotte, rispettivamente, ai casi, da un lato, di invalidità o inefficacia *originarie* del patto arbitrale (*nichtig*)¹⁷³; dall'altro, di sua invalidità o inefficacia *sopravvenute* (*unwirksam*)¹⁷⁴; dall'altro ancora, di sua inidoneità, per qualsivoglia ragione, ad essere eseguito, nonostante la sua, in linea di principio, validità ed efficacia (*undurchführbar*) – in ragione, essenzialmente, in tali casi, di ostacoli insormontabili all'implementazione di un giudizio arbitrale di carattere pratico, insorti a seguito della sua stipulazione (si pensi, ad esempio, al caso in cui un patto arbitrale individui come co-arbitri giudici professionisti, contrariamente a quanto disposto dalla legge tedesca¹⁷⁵; non, invece, per la semplice indicazione “difettosa” degli arbitri¹⁷⁶) o durante il corso del giudizio arbitrale (ad esempio, per la sopravvenuta impossibilità di una parte di far fronte alle necessità finanziarie imposte dalla procedura arbitrale¹⁷⁷; non, invece, così almeno emerge dalla giurisprudenza prevalente, per l'inesistenza dell'istituzione arbitrale indicata dalle parti nel loro patto¹⁷⁸) –.

Ove ravvisi la fondatezza dell'eccezione di patto arbitrale¹⁷⁹, il giudice (a differenza di quanto richiesto dall'art. 8 (1) della Legge Modello dell'UNCITRAL, ossia di: “(...) *refer the parties to arbitration*”) dovrà *rigettare l'azione come inammissibile*¹⁸⁰. L'utilizzo di questa espressione, da un lato, risponde ad esigenze di certezza del diritto, integrando il rigetto della domanda, in quanto inammissibile,

¹⁷³ Si pensi alle ipotesi di vizi di forma del patto arbitrale o di carenza della capacità di agire in relazione ad una delle parti.

¹⁷⁴ V. OLG Monaco, 29 febbraio 2012, in *SchiedsVZ* 2012, 96 parr. 55 ss.

¹⁷⁵ Su cui v. KG Berlino, 6 maggio 2002, in *SchiedsVZ* 2003, 185, nt. I. MECKLENBRAUCK.

¹⁷⁶ Se le parti si sono accordate per un determinato arbitro, l'eventuale invalidità associata a questo nominativo o alla sua nomina non renderà l'intero accordo inattuabile: v., in tal senso, OLG Francoforte, 11 luglio 2013, in *SchiedsVZ* 2013, 294.

¹⁷⁷ V., in tal senso, BGH 14 settembre 2000, in NJW-RR 2000, 3720; KG Berlino, 13 agosto 2001, in *SchiedsVZ* 2003, 239; BGH 14 settembre 2000, in NJW-RR 2000, 3720.

¹⁷⁸ Per la giurisprudenza v., *ex multis*, BGH 14 luglio 2011, in *SchiedsVZ* 2011, 284; OLG Francoforte, 24 ottobre 2006, in *SchiedsVZ* 2007, 217, 218; KG Berlino, 15 ottobre 1999, KGR 2001, 49; OLG Karlsruhe, 4 aprile 2007, in OLGR 2007, 990, 992; BGH 20 gennaio 1994, NJW 1994, 1008, 1011 ss.

¹⁷⁹ Per quanto riguarda le controversie coperte dal patto arbitrale, sussiste la presunzione che le parti abbiano inteso che esse venissero risolte da un unico organo giudicante, implicando ciò una preferenza nell'ordinamento tedesco per un'interpretazione estensiva della convenzione arbitrale. V. OLG Monaco, 13 ottobre 2004 – 7 U 3722/04, in NJW 2005, 832; OLG Düsseldorf, 27 febbraio 2004, in 26 Sch 1/04, in *SchiedsVZ* 2004, 161. Per questo anche azioni di natura extracontrattuale tendono generalmente a essere fatte rientrare nel suo ambito di applicazione: v. OLG Colonia, 19 gennaio 2001 – 11 U 52/01.

¹⁸⁰ In tal senso v. *Bill of the Arbitration Law Reform Act*, BT-Drs. 13/5274, 38; P. HUBER, in *SchiedsVZ* 2003, 74; U. HAAS, *Die gerichtliche Kontrolle*, cit., 194.

un responso chiaro, univoco e precoce per la parte istante e potendo mancare, al tempo della pronuncia di rigetto, un tribunale arbitrale già costituito cui “rinviare” le parti¹⁸¹; dall’altro, implica che il giudice non possa limitarsi ad una *prima facie review* del patto arbitrale (ipotizzabile, semmai, nel caso di un’eventuale mera sospensione del giudizio)¹⁸², ma debba svolgere uno scrutinio con *cognizione piena* delle contestazioni concernenti la sua asserita invalidità o inefficacia. L’opinione di gran lunga prevalente tra la dottrina tedesca è in effetti in questo senso, non solo in ragione della particolare formulazione della norma, ma anche del fatto che l’ordinamento tedesco non contempla l’effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz* (che è generalmente associato ad un esame, quando possibile, estremamente sommario del patto arbitrale come accade nell’ordinamento francese).

Ove, invece, il giudice statale ritenga l’eccezione di patto arbitrale *infondata*, e dunque sussistente la propria *potestas iudicandi*, può decidere sull’eccezione di patto compromissorio in due modi¹⁸³: mediante una decisione separata – avente ad oggetto, esclusivamente, la questione della propria *potestas iudicandi* (in tal caso necessariamente affermativa della stessa) –, immediatamente impugnabile ai sensi della Sezione 280 ZPO¹⁸⁴; oppure insieme al merito¹⁸⁵.

La disposizione di cui al comma 1 della Sezione 1032 ZPO è norma di applicazione necessaria, anche in tal caso in linea con la nuova architettura normativa, che non consente più alle parti di accordarsi per attribuire all’arbitro l’ultima ed esclusiva parola sulla determinazione della questione della *potestas iudicandi* arbitrale¹⁸⁶.

5.1. *L’efficacia della decisione del giudice statale sull’eccezione di patto arbitrale*

Si discute, nell’ordinamento tedesco, di quale sia l’efficacia della decisione del giudice statale sull’eccezione di patto arbitrale, una volta divenuta definitiva e non più impugnabile.

Secondo l’orientamento prevalente in dottrina e giurisprudenza, la decisione

¹⁸¹ V. *Bill of the Arbitration Law Reform Act*, BT-Drs. 13/5274, 38; P. HUBER, in *SchiedsVZ* 2003, 74.

¹⁸² BGH, 13 gennaio 2005 – III ZR 265/03, in *SchiedsVZ* 2005, 95; in NJW 2005, 1125.

¹⁸³ V. R. ZÖLLER, R. ZEIMER, *Zivilprozessordnung (ZPO)* 2014, § 1032 parr. 12 ss.; P. HUBER, in *SchiedsVZ* 2003, 74; J.P. LACHMANN, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, Köln 2008, par. 651.

¹⁸⁴ V. BGH 23 maggio 1985, in NJW-RR 1986, 61.

¹⁸⁵ V., in generale, R. ZÖLLER, R. ZEIMER, *Zivilprozessordnung (ZPO)* 2014, § 1032 parr. 12 ss.; J.P. LACHMANN, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, Köln 2008, par. 651.

¹⁸⁶ BGH 13 gennaio 2005, in *SchiedsVZ* 2005, 96 ss.; *Bill of the Arbitration Law Reform Act*, BT-Drs. 13/5274, 44.

del giudice statale che rigetti come inammissibile la domanda giudiziale per accoglimento dell'*exceptio compromissi* farebbe stato sulla (e, dunque, accerterebbe in modo vincolante la) validità ed efficacia del patto arbitrale invocato, che non potrebbe di conseguenza essere più messa in dubbio né da un arbitro, né da qualsivoglia giudice statale tedesco che dovesse successivamente, *in qualunque sede*, confrontarsi con la medesima questione; si pensi al giudice dinanzi a cui detta questione sia tutt'ora pendente, in quanto oggetto principale di una domanda di mero accertamento dell'ammissibilità o inammissibilità del giudizio arbitrale – necessariamente iniziata prima dell'azione sul merito, mancando, altrimenti, l'interesse ad agire –; o al giudice adito, *ex* Sez. 1040 (3) ZPO, avverso una decisione separata dell'arbitro sulla propria "competenza"; o al giudice dell'impugnazione per nullità del lodo arbitrale definitivo (contenente statuizione implicita o esplicita sulla questione della *potestas iudicandi* dell'arbitro), adito *ex* Sez. 1059 ZPO; o al giudice adito per l'esecuzione del lodo arbitrale¹⁸⁷.

Può tuttavia capitare che l'arbitro non si conformi al *dictum* del giudice statale, rigettando la domanda come inammissibile per carenza della propria *potestas iudicandi*, perché convinto dell'invalidità della convenzione giudicata invece in precedenza valida ed efficace da parte del giudice statale. In tal caso, stante l'impossibilità di forzare l'arbitro ad assumere la causa, l'ordinamento tedesco ha trovato una soluzione di compromesso: ritenere la convenzione *inidonea ad essere eseguita*, con riesumazione della competenza del giudice statale, rimasto ormai l'unico a poter pronunciarsi sul merito. Al giudice statale non potrà essere preclusa la cognizione e decisione della causa in forza dell'efficacia vincolante (nei confronti di "se stesso", prima ancora che nei confronti degli altri giudici) della *propria precedente decisione passata in giudicato*, in quanto il rifiuto del tribunale arbitrale di conformarsi ad essa viene interpretato quale fatto nuovo e rilevante che fuoriesce dall'ambito di applicazione di quel giudicato¹⁸⁸.

La stessa efficacia extraprocessuale e vincolante, sia nei confronti dell'arbitro che nei confronti di ogni successivo giudice statale, viene predicata per il caso opposto, di decisione definitiva del giudice statale che, previo accertamento dell'invalidità del patto arbitrale, abbia rigettato l'*exceptio compromissi* affermando, attraverso una delle due forme consentitegli dalla legge (pronuncia separata ai sensi della Sezione 280 ZPO o pronuncia assieme al merito), la sussistenza della pro-

¹⁸⁷ In tal senso v. P. HUBER, in *SchiedsVZ* 2003, 74; R. ZÖLLER, R. GEIMER, *Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar* 2014, § 1032 par. 12; U. HAAS, *Die gerichtliche Kontrolle*, cit., 201 ss. *Contra* H.J. MUSIELAK, W. VOIT, *Zivilprozessordnung: ZPO* 2013, § 1032 par. 9; P.J. LACHMANN, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, Köln 2008, par. 654.

¹⁸⁸ V. K.H. SCHWAB, G. WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 7^a ed., 2005, Chap. 7 par. 3; P. SCHLOSSER, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar*, 2002 § 1032 par. 19.

pria *potestas iudicandi*¹⁸⁹. In tal caso, un eventuale lodo ciononostante pronunciato dall'arbitro sul merito della lite potrà essere censurato, proprio facendo valere l'assenza della sua *potestas iudicandi* arbitrale (incontrovertibilmente dichiarata dal giudicato statale), attraverso lo strumento impugnatorio di cui alla Sezione 1059 ZPO (sebbene, come visto, taluni – contrariamente alla posizione adottata dal BGH¹⁹⁰ – ritengano questo un passaggio superfluo, qualificando il lodo invalido “*ipso iure*”¹⁹¹).

5.2. *L'ammissibilità di una domanda giudiziale vertente esclusivamente sull'ammissibilità o inammissibilità della via arbitrale (Sezione 1032 (2) ZPO). Vari scenari*

Ai sensi del comma 2 della Sezione 1032 ZPO, prima della costituzione del tribunale arbitrale, può essere proposta all'autorità giudiziaria una domanda vertente *esclusivamente* sulla questione dell'ammissibilità o inammissibilità dell'arbitrato.

La norma rappresenta una tra le innovazioni più significative della riforma per quanto riguarda il tema dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale, perché introduce un meccanismo finalizzato a fare chiarezza, *in uno stadio preliminare*, sul tema dell'allocazione della *potestas iudicandi* tra arbitro e giudice statale, che la prassi ha rivelato essere provvisto di una certa utilità¹⁹².

A dire il vero, non si tratta di una novità assoluta nel panorama dei rimedi approntati dall'ordinamento tedesco. Nell'ambito del precedente contesto normativo, infatti, in base alla (prev.) Sez. 1045 ZPO, una parte poteva adire il giudice statale competente: “(...) *für die gerichtlichen Entscheidungen (...) über das Erlöschen eines Schiedsvertrags*”, ossia per ottenere una decisione che dichiarasse l'estinzione (*das Erlöschen*) del patto. Sebbene il testo della norma facesse unicamente riferimento all'accertamento dell'*estinzione* del patto arbitrale, e non anche della sua attuale esistenza (*das Fortbestehen*), un consistente orientamento interpretativo riteneva che quell'oggetto potesse altresì comprendere quest'ultima ipotesi¹⁹³, in particolare perché anche i dubbi circa la sussistenza o meno di un vali-

¹⁸⁹ R. ZÖLLER, R. GEIMER, *Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar* 2014, § 1032 para. 14, 16; P. HUBER, in *SchiedsVZ* 2003, 78 ss.

¹⁹⁰ BGH 19 settembre 2013, in *SchiedsVZ* 2013, 333, par. 9.

¹⁹¹ R. ZÖLLER, R. GEIMER, *Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar* 2014, § 1032 paras 14, 16; P. HUBER, in *SchiedsVZ* 2003, 78 ss. *Contra* P.J. LACHMANN, *Handbuch für die Schiedsgerichtsbarkeit*, Köln 2008, par. 654; U.G. SCHROETER, *Antrag auf Feststellung der Zulässigkeit eines schiedsrichterlichen Verfahrens*, in *SchiedsVZ* 2004, 295 ss.

¹⁹² V, e.g., OLG Francoforte, 24 ottobre 2006, in 26 Sch 6/06; OLG Oldenburg, 20 giugno 2005, in 9 SchH 2/05.

¹⁹³ P. SCHLOSSER, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar*, cit., 568.

do patto arbitrale potevano beneficiare di un procedimento in camera di consiglio (*im Beschlußverfahren*), idoneo a risolverli in maniera rapida e semplificata, al contrario di quanto sarebbe avvenuto con una comune azione di accertamento giudiziale, incompatibile con dette esigenze di celerità e speditezza.

L'accertamento contenuto nel decreto, ove non impugnato mediante una *sofortige Beschwerde* (o a seguito del rigetto di quest'ultima), era idoneo ad acquisire l'autorità della cosa giudicata, sì da risultare vincolante per tutti i successivi giudici e arbitri¹⁹⁴ (fatti salvi, con riferimento all'accertamento dell'attuale sussistenza del patto compromissorio, taluni motivi di invalidità di quest'ultimo, che l'attore non fosse riuscito a far valere nel corso del procedimento in camera di consiglio). Nel caso in cui, tuttavia, l'esistenza del patto arbitrale fosse stata accertata dal giudice statale solo *in via incidentale*, ad esempio nel corso di un procedimento in camera di consiglio avente ad oggetto un merito "diverso" (ad esempio la nomina di un arbitro, i.e. l'ipotesi di cui alla prima parte della Sezione 1045 ZPO), su di essa non si sarebbe formato il giudicato¹⁹⁵.

Vi era poi un'altra norma, la Sezione 1046 ZPO, che contemplava la proponibilità di una domanda giudiziale avente ad oggetto l'inammissibilità del giudizio arbitrale ("*(...) Klagen (...), welche die Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens (...) zum Gegenstand haben*"), ad esempio in ragione dell'asserita inesistenza (*das Nichtbestehens*) del patto. Una volta accertata, con efficacia di giudicato (*rechtskraeflig*), l'inammissibilità del procedimento arbitrale per uno dei motivi addotti, il lodo successivamente pronunciato dall'arbitro era *ipso iure* inefficace (*unwirksam*), senza che vi fosse bisogno di un'apposita azione di annullamento¹⁹⁶. Se l'azione in esame veniva proposta dopo la pronuncia del lodo, bisognava distinguere due scenari: da un lato, il caso in cui il lodo fosse già divenuto definitivo (nel qual caso esso rimaneva incontestabilmente valido ed efficace, dovendo la domanda giudiziale essere rigettata in rito); dall'altro, il caso in cui il lodo non fosse ancora divenuto definitivo (nel qual caso l'azione proposta si sarebbe trasformata in una domanda di annullamento¹⁹⁷).

¹⁹⁴ V. S. MAIER, in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 1992, sub § 1045, Nr. 1; P. SCHLOSSER, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 21^a Aufl., Tübingen, 1994, 568, che sottolineava come la *Beschlußform* non costituisse alcun ostacolo alla possibilità che il decreto statuisse con forza di giudicato sulla questione.

¹⁹⁵ V. S. MAIER, in *Münchener Kommentar*, cit., sub § 1045, Nr. 1.

¹⁹⁶ V. S. MAIER, in *Münchener Kommentar*, cit., sub § 1046, Nr. 1; P. SCHLOSSER, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 21^a Aufl., Tübingen, 1994, 568.

¹⁹⁷ Se si produceva un tale mutamento dell'azione, un eventuale successivo accertamento giudiziale incontrovertibile, reso *dopo* l'emanazione del lodo, che sancisse l'inammissibilità del procedimento arbitrale, non rendeva il lodo necessariamente *unwirksam*: se originariamente valido, esso avrebbe potuto essere nuovamente contestato solo attraverso una nuova azione di annullamento: v.

Per quanto riguarda, infine, il coordinamento tra le due domande di cui alle (prev.) Sezioni 1045 e 1046 ZPO, se un procedimento in camera di consiglio, ai sensi della Sez. 1045, fosse già pendente al momento dell'instaurazione di quello di cui alla Sez. 1046, quest'ultimo doveva essere sospeso in conformità alle prescrizioni della Sez. 148 ZPO. Nel caso opposto, in cui fosse cioè il procedimento in camera di consiglio ad essere stato instaurato successivamente, quello di accertamento *ex* Sez. 1046 ZPO, previamente instaurato, poteva essere arrestato per sopravvenuta carenza del bisogno di tutela giuridica (*das Rechtsschutzbedurfnis*), ogniqualvolta la parte ivi convenuta dichiarasse di optare per il più semplice e rapido procedimento in camera di consiglio.

La riforma del 1998 ha sostanzialmente fatto confluire i due summenzionati procedimenti nell'unico procedimento di cui alla nuova Sez. 1032, comma 2, ZPO, ai sensi della quale, fino a che il collegio arbitrale non sia costituito¹⁹⁸ (i.e. fino a che l'ultimo arbitro del collegio non sia stato nominato¹⁹⁹), una parte può adire il giudice statale competente (l'OLG della sede dell'arbitrato²⁰⁰), proponendo una domanda di accertamento della *ammissibilità o inammissibilità* del procedimento arbitrale²⁰¹ (che può altresì essere proposta in via riconvenzionale, ad esempio, avverso un'istanza di nomina di un arbitro proposta dalla controparte ai sensi dell'art. 1035 ZPO²⁰²).

La norma, che non trova corrispondenza nella Legge Modello dell'UNCITRAL, da un lato, si applica anche ai casi in cui la sede dell'arbitrato sia al di fuori del

P. SCHLOSSER, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 21^a Aufl., Tübingen, 1994, 572.

¹⁹⁸ Non influisce, dunque, la consegna tempestiva della domanda all'altra parte: BGH 30 giugno 2011, in *SchiedsVZ* 2011, 281 par. 10.

¹⁹⁹ BayObLG 9 settembre 1999; BayObLG, 10 dicembre 1998 – 4Z SchH 3/98, RPS 1/99, 18; BayObLG, 9 settembre 1999, in 4 Z SchH 3/99, RPS 1/2000, 16, nt. A. SESSLER, 9; U.G. SCHROETER, *Antrag auf Feststellung*, cit., 290; R. ZÖLLER, R. GEIMER, *Zivilprozessordnung (ZPO)*, *Kommentar* 2014, § 1032 par. 25.

²⁰⁰ Sulla norma di cui alla Sez. 1062, comma 1, n. 2, ZPO si vedano i commenti di K. SCHUMACHER, *Das neue 10. Buch der Zivilprozessordnung*, cit., 11; H. KRONKE, in *Recht der Int. Wirt.*, 1998, 257, 260; G. LÖRCHER, H. LÖRCHER, *Das Schiedsverfahren – national/international – nach neuem Recht*, Muenchen 1998, *passim*.

²⁰¹ Sulla norma di cui alla Sez. 1032, comma 2 ZPO v. i commenti di K. SCHUMACHER, *Das neue 10. Buch der Zivilprozessordnung*, cit., 10; W.J. HABSCHIED, *Il nuovo diritto dell'arbitrato in Germania*, in *Riv. arb.* 1998, 180; H.J. MUSIELAK, W. VOIT, *Zivilprozessordnung: ZPO* 2013, § 1032 par. 1; *Bill of the Arbitration Law Reform Act*, BTDRs. 13/5274, 38.

²⁰² OLG Monaco, 4 settembre 2006. È controverso se il giudice adito con tale istanza sia legittimato a valutare l'ammissibilità dell'arbitrato in assenza di un'apposita domanda riconvenzionale: v. J. BREDOW, § 1035 und die 'K-Fragen' für die Parteien, in B. BACHMANN, S. BREIDENBACH, D. COESTER-WALTJEN, B. HESS, A. NELLE, C. WOLF (eds.), *Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag*, 2005, 75.

territorio tedesco²⁰³; dall'altro, non può essere derogata per accordo delle parti; dall'altro ancora, amplia l'ambito di applicazione della precedente previsione di cui alla Sezione 1046 ZPO, che consentiva di adire il giudice statale unicamente al fine di ottenere una dichiarazione di inammissibilità della via arbitrale (*Unzulässigkeit des schiedsrichterlichen Verfahrens*)²⁰⁴.

Oggetto di una domanda di accertamento negativo ai sensi della Sezione 1032 (2) ZPO può essere solo l'inammissibilità del procedimento arbitrale *nel suo complesso*, laddove l'inammissibilità di singoli atti procedurali deve essere fatta valere nel corso di un procedimento di annullamento o quale motivo di annullamento nel corso di un procedimento di dichiarazione di esecutorietà²⁰⁵.

D'altra parte, il termine (in-)ammissibilità rinvia all'insieme di questioni attinenti *lato sensu* alla esistenza, validità ed efficacia del patto arbitrale, che il giudice valuta di norma quando si pronuncia su un'eccezione di patto arbitrale sollevata ai sensi della Sezione 1032 (1) ZPO²⁰⁶, ivi incluse l'asserita (in)esistenza del patto arbitrale, la sua (in)validità, (in)operatività o (in)idoneità ad essere implementato, l'individuazione del suo ambito soggettivo e oggettivo di efficacia, l'arbitrabilità della disputa.

Nonostante alcune voci contrarie in dottrina, per le quali la proponibilità di una domanda *ex* Sez. 1032 (2) ZPO – idonea ad essere declinata sia in termini di accertamento negativo che di accertamento positivo –, non sarebbe condizionata dall'esistenza di un legittimo interesse (*Rechtsschutzbedürfnis*)²⁰⁷, in ragione della

²⁰³ BGH 30 giugno 2011, in *SchiedsVZ* 2011, 281 par. 12.

²⁰⁴ *Bill of the Arbitration Law Reform Act*, BT-Drs. 13/5274, 38. R.A. SCHÜTZE, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, 4. Aufl., 2007, 236.

²⁰⁵ V. R.A. SCHÜTZE, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, cit., 237. *Bill of the Arbitration Law Reform Act*, BT-Drs. 13/5274, 38; OLG Amburgo, 7 settembre 2009, in IPRspr 2009 N. 279, par. 26; P.J. LACHMANN, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, 2008, par. 664 ss.; H.J. MUSIELAK, W. VOIT, *Zivilprozessordnung: ZPO 2013*, § 1032 par. 10; F. SPOHNHEIMER, *Die Vorabentscheidung über die (Un-)Zulässigkeit des schiedsgerichtlichen Verfahrens nach § 1032 Abs. 2 ZPO durch staatliche Gerichte*, in H. RÜBEMANN (ed.), *Festschrift für Gerhard Käfer*, Saarbrücken 2009, 357. *Contra* OLG Jena, 5 giugno 2003, in NJW-RR 2003, 1506 ss.; per una posizione intermedia v. U.G. SCHROETER, *Antrag auf Feststellung*, cit., 294 ss.

²⁰⁶ BGH 19 luglio 2012, in *SchiedsVZ* 2012, 281 par. 4.

²⁰⁷ Si ritiene che un tale interesse sussista solo allorquando vi sia una controversia tra le parti circa l'ammissibilità o inammissibilità della via arbitrale (così F. SPOHNHEIMER, *Die Vorabentscheidung über die (Un-)Zulässigkeit*, cit., 357). *Contra* v. H.J. MUSIELAK, W. VOIT, *Zivilprozessordnung: ZPO 2013*, § 1032 par. 12; U. HAAS, *Die gerichtliche Kontrolle*, cit., 193. Sulla nozione di "interesse ad agire" nelle azioni di accertamento v. A. ZIELIŃSKA-EISEN, T. STRECKER, *Annex II: Report on Main Features of Declarations in Germany*, in B. GESSELKALINOWSKA, V. KALISZ, *The Legal, Real and Converged Interest in Declaratory Relief*, *International Arbitration Law Library*, Vol. 48, *Kluwer Law Int.* 2019, 223 ss.

sua sussistenza in *re ipsa*²⁰⁸, la giurisprudenza maggioritaria ritiene invece che tale condizione dell'azione debba essere provata²⁰⁹, potendo mancare, ad esempio, ove una parte abbia già adito un (altro) giudice statale con una domanda sul merito della lite²¹⁰ (ma anche quando tale domanda sia stata proposta al giudice, *successivamente* all'instaurazione di un giudizio *ex* Sez. 1032 (2) ZPO²¹¹), in risposta alla quale il convenuto abbia sollevato l'eccezione di patto compromissorio ai sensi del comma 1 della Sezione 1032 ZPO²¹², che sarà dunque *già oggetto* di una pronuncia, espressa o implicita, del giudice adito nel merito²¹³. In tal caso, la procedura incardinata dinanzi al giudice di primo grado ai sensi della Sezione 1032, par. 1 ZPO dovrebbe avere la precedenza su quella pendente dinanzi all'OLG ai sensi del paragrafo 2 della medesima disposizione, dovendo quest'ultima istanza essere rigettata (indipendentemente da quale dei due giudizi fosse stato iniziato per primo²¹⁴), salva la possibilità di riproporla nel caso in cui il giudice adito con la domanda di merito non dovesse giungere alla pronuncia di una decisione²¹⁵.

Altri casi di insussistenza di un legittimo interesse, con conseguente obbligo del giudice adito, ai sensi dell'art. 1032 (2) ZPO, di rigettare in rito la domanda, si ritiene ricorrano quando, ad esempio, dopo la proposizione della domanda *ex* Sez. 1032 (2) ZPO, sia stato pronunciato un lodo arbitrale (nel qual caso all'istante non rimarrebbe che contestarlo dinanzi al giudice dell'impugnazione, nei tempi e modi previsti dalle Sezioni 1040 (3) o 1059 ZPO); o, ancora, quando il procedimento arbitrale, cui si riferisce il patto arbitrale dedotto in mero accertamento, si svolga (o debba svolgersi) al di fuori del territorio tedesco (salvo che il giudice ritenga plausibile che il futuro lodo possa essere riconosciuto in Germania), dal momento che la decisione dell'OLG, se può esplicare effetti vincolanti

²⁰⁸ H.J. MUSIELAK, W. VOIT, *Zivilprozessordnung: ZPO* 2013, § 1032 par. 12.

²⁰⁹ BayObLG 7 ottobre 2002, in NJW-RR 2003, 354; OLG Naumburg, 5 marzo 2013, in *SchiedsVZ* 2013, 237.

²¹⁰ See BayObLG 7 ottobre 2003, in *SchiedsVZ* 2003, 187, nt. D. BUSSE, 190 ss.; H.J. MUSIELAK, W. VOIT, *Zivilprozessordnung: ZPO* 2013, § 1032 par. 12.

²¹¹ U. HAAS, *Die gerichtliche Kontrolle*, cit., 187; D. BUSSE, in *SchiedsVZ* 2003, 190 ss. *Contra* F. SPOHNHEIMER, *Die Vorabentscheidung über die (Un-)Zulässigkeit*, cit., 357, 367; BayObLG 7 ottobre 2003, in *SchiedsVZ* 2003, 187, nt. D. BUSSE, 190 ss.

²¹² Così OLG Monaco, 22 giugno 2011, in *SchiedsVZ* 2011, 340.

²¹³ OLG Naumburg, 5 marzo 2013, in *SchiedsVZ* 2013, 237; OLG Francoforte, 7 marzo 2012, in *IBR* 2012, 683; OLG Monaco, 22 giugno 2011, in *SchiedsVZ* 2011, 340; OLG Koblenz, 4 giugno 1999, in *OLGR* 2000, 48; KG Berlino, 13 agosto 2003.

²¹⁴ U. HAAS, *Die gerichtliche Kontrolle*, cit., 198; D. BUSSE, in *SchiedsVZ* 2003, 190 ss. *Contra* F. SPOHNHEIMER, *Die Vorabentscheidung über die (Un-)Zulässigkeit*, cit., 367.

²¹⁵ BayObLG 7 ottobre 2003, in *SchiedsVZ* 2003, 187, nt. D. BUSSE, 190 ss.; H.J. MUSIELAK, W. VOIT, *Zivilprozessordnung: ZPO* 2013, § 1032 par. 12.

nell'ordinamento tedesco, non è generalmente idonea ad essere riconosciuta all'estero²¹⁶.

La rilevanza dell'istituto in relazione al tema dei conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione sta però soprattutto nel fatto che la decisione resa dal giudice statale sulla questione, una volta passata in giudicato, *vincola* l'arbitro che venga successivamente adito sulla base del patto oggetto dell'accertamento giudiziale²¹⁷, nonché qualunque altro giudice statale che, in sedi diverse (Sezz. 1032 (1), 1040 (3), 1059 ZPO), si dovesse confrontare con la medesima questione²¹⁸. Questa conclusione è unanimemente supportata dalla dottrina tedesca²¹⁹, che già prima della riforma era favorevole a riconoscere efficacia esterna vincolante alla decisione giudiziale sulla *potestas iudicandi* arbitrale resa nell'ambito di un giudizio di merito, divenuta definitiva.

Tale efficacia vincolante implica l'inammissibilità dell'eccezione di patto arbitrale sollevata nell'ambito di un giudizio ordinario vertente su una lite rientrante nell'ambito di applicazione del patto, nonché l'annullabilità del lodo che, a fronte di un accertamento giudiziale di *inammissibilità* dell'arbitrato, abbia ciononostante affermato la "competenza" dell'arbitro, con pronuncia separata solo su di essa o assieme al merito.

Se la costituzione del tribunale arbitrale è ostativa alla proponibilità di un'azione di mero accertamento dinanzi al giudice statale *ex* comma 2 della Sezione 1032 ZPO, il comma 3 della medesima disposizione prevede invece espressamente che la pendenza di detta azione non impedisce l'instaurazione di un procedimento arbitrale e financo la pronuncia di un lodo, impugnabile dinanzi all'*Oberlandesgericht* (*immediatamente*, se gli arbitri affermano la loro competenza con decisione separata; *assieme al lodo pronunciato sul merito*, negli altri casi). Ciò pone delicate questioni di coordinamento tra i due procedimenti e su quali possano essere le ripercussioni della decisione arbitrale sul giudizio statale pendente.

Per cominciare, il giudice statale non è obbligato ad attendere che l'arbitro si pronunci sulla propria *potestas iudicandi* prima di potersi pronunciare lui stesso

²¹⁶ BGH 30 giugno 2011, in *SchiedsVZ* 2011, 281 par. 12.

²¹⁷ U. HAAS, *Die gerichtliche Kontrolle*, cit., 206; R. ZÖLLER, R. GEIMER, *Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar* 2014, § 1040 par. 4; P. HUBER, in *SchiedsVZ* 2003, 84. *Contra* H.J. MUISELAKE, W. VOIT, *Zivilprozessordnung: ZPO* 2013, § 1032 par. 13.

²¹⁸ In tal senso v. F. SPOHNHEIMER, *Die Vorabentscheidung über die (Un-)Zulässigkeit*, cit., 357, 370. Per maggiori riferimenti v. U.G. SCHROETER, *Der Antrag auf Feststellung*, cit., 293; H.J. MUISELAKE, W. VOIT, *Zivilprozessordnung: ZPO* 2013, § 1032 par. 13; *contra* J.E. WINDTHORST, *Die Wirkung des Antrags auf Feststellung der Zulässigkeit eines schiedsrichterlichen Verfahrens* (§ 1032 Abs. 2 ZPO) *auf die Verjährung*, in *SchiedsVZ* 2004, 230.

²¹⁹ P. HUBER, in *SchiedsVZ* 2003, 84; R. ZÖLLER, R. GEIMER, *Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar* 2014, § 1040 par. 4; U. HAAS, *Die gerichtliche Kontrolle*, cit., 187.

sulla domanda di ammissibilità della via arbitrale proposta ai sensi della Sezione 1032, comma 2 ZPO²²⁰. Nel caso in cui, prima della pronuncia della decisione giudiziale, nel procedimento arbitrale instaurato successivamente, l'arbitro abbia pronunciato un lodo sul merito (affermativo, dunque, della "competenza" arbitrale), una parte della dottrina ritiene che l'OLG debba rigettare la domanda e chiudere in rito il giudizio statale per sopravvenuta carenza di interesse ad una statuizione giudiziale sull'ammissibilità del giudizio arbitrale (come già visto nel caso di coordinamento con un procedimento incardinato ai sensi dell'art. 1040 (3) ZPO). Alla parte interessata a contestare la "competenza" del tribunale arbitrale non resterebbe, dunque; che la via dell'impugnazione di nullità del lodo cui alla Sezione 1059 ZPO, altresì esperibile, secondo i più, financo ove il giudice statale adito *ex Sez.* 1032 (2) ZPO abbia proseguito indisturbato il giudizio ed emesso una pronuncia, nonostante la pronuncia del lodo sul merito nell'altra sede²²¹. L'alternativa consisterebbe nel consentire una modifica della domanda in un'istanza di impugnazione *ex Sezz.* 1040 (3) o 1059 ZPO, come consentito dalla Sezione 263 ZPO²²², praticabile tuttavia solo fino a quando il giudizio penda dinanzi all'OLG e non sia invece già pervenuto dinanzi al BGH²²³.

Al di là della sua discutibile efficacia sotto il profilo del coordinamento preventivo tra la procedura arbitrale e quella giudiziale, soprattutto se la produzione del vincolo della decisione del giudice statale nei confronti dell'arbitro (e di ogni altro giudice che si dovesse confrontare con la medesima questione) vien fatta discendere unicamente dal suo passaggio in giudicato formale, l'istituto in questione è comunque idoneo ad incidere sull'equilibrio dei rapporti arbitro-giudice, sull'operatività del principio *Kompetenz Kompetenz*, nonché sulla tempistica delle contestazioni della competenza, delle relative decisioni e dei relativi rimedi.

Nell'ambito della dottrina tedesca detto istituto ha raccolto critiche e adesioni, a seconda che l'accento sia posto sull'indipendenza e reciproca non-interferenza tra arbitrato e giurisdizione statale o, piuttosto, sull'esigenza di risolvere una volta

²²⁰ Così BGH 30 giugno 2011, in *SchiedsVZ* 2011, 281, par. 11.

²²¹ Prima della decisione del BGH, l'opinione prevalente tra gli autori tedeschi era senz'altro in favore della dottrina della nullità *ipso iure*, ritenendosi che il lodo sarebbe diventato invalido *ipso iure* nel momento in cui la decisione del giudice, che avesse dichiarato inammissibile il procedimento arbitrale, fosse divenuta definitiva. In tal senso v. H.J. MUSIELAK, W. VOIT, *Zivilprozessordnung: ZPO* 2013, § 1032 par. 12, ove si individua l'utilità residua di un giudizio di impugnazione nella possibilità di ottenere un mero accertamento giudiziale della situazione giuridica; P. HUBER, in *SchiedsVZ* 2003, 75. *Contra* U. HAAS, *Die gerichtliche Kontrolle*, cit., 202; P.J. LACHMANN, *Handbuch*, cit., par. 749; R. ZÖLLER, R. GEIMER, *Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar* 2014, § 1040 par. 15. Per una posizione intermedia v. F. SPOHNHEIMER, *Die Vorabentscheidung über die (Un-)Zulässigkeit*, cit., 357, 378 ss.

²²² V. BGH 19 settembre 2013, in *SchiedsVZ* 2013, 333, par. 12.

²²³ V. BGH 19 settembre 2013, in *SchiedsVZ* 2013, 333, par. 12.

per tutte, e possibilmente in uno stadio preliminare della procedura, la questione della *potestas iudicandi* arbitrale, evitando che l'incertezza riguardo alla sua sussistenza o meno si protragga sino all'integrale svolgimento di due procedure, rispettivamente giudiziale ed arbitrale, contestualmente pendenti sulla medesima causa.

I critici dell'istituto ritengono che un'azione di accertamento giudiziale dell'ammissibilità della via arbitrale, idonea al giudicato e dunque a vincolare l'arbitro, contrasterebbe con il principio *Kompetenz Kompetenz* applicato all'arbitrato: un accertamento incontrovertibile e vincolante sulla questione della "competenza" arbitrale potrebbe, in tale ottica, comprimere il potere dell'arbitro di valutare in piena autonomia la propria competenza e, in definitiva, la sua indipendenza rispetto al giudice statale. Viene altresì rilevato che, sotto il profilo sistematico, una tale azione sarebbe ridondante, potendo la parte interessata *già ottenere in diverse sedi ed occasioni* un accertamento sulla validità del patto arbitrale: ad esempio, in un giudizio (statale o arbitrale) vertente sul merito della disputa, nel cui ambito venga sollevata la questione della carenza di *potestas iudicandi* dell'organo adito; oppure in occasione della richiesta rivolta al giudice statale di provvedere alla nomina di uno o di tutti gli arbitri in mancanza di accordo o cooperazione delle parti, oppure di disporre misure cautelari (sebbene sia dubbio, in tali casi, se l'esame compiuto dal giudice statale sul patto arbitrale avvenga, in assenza di una espressa domanda di accertamento incidentale, con cognizione piena, tale da tradursi in un accertamento incontrovertibile ove non ulteriormente contestato). Vengono altresì criticate, infine, l'efficacia ed effettività di questo istituto ai fini di coordinamento preventivo tra le procedure arbitrali e giudiziali, dal momento che, trattandosi di giudizio di prima istanza, sarebbe comunque necessario attendere l'esito di un secondo grado di giudizio prima di pervenire ad una statuizione definitiva sulla quesitone, spendibile in arbitrato al fine di impedirne la prosecuzione.

La fondatezza e pregnanza di tali rilievi, senza dubbio condivisibili, sono non poco attenuate, nell'ordinamento tedesco, da una serie di accorgimenti procedurali, che consentono di contenere le lungaggini tradizionalmente associate alle azioni proposte in sede giudiziale (del resto, sono state proprio le esigenze della *procedural economy* alla base della riforma del 1998, e, tra queste, in particolare l'esigenza di pervenire, per quanto possibile, ad una decisione *rapida* sulla questione della "competenza" arbitrale²²⁴). Da un lato, infatti, la competenza a decidere su una domanda giudiziale proposta *ex Sez. 1032*, comma 2 ZPO spetta all'*Oberlandesgerichtshof*, le procedure davanti al quale si caratterizzano per speditezza e rapidità (in ragione della limitazione del numero delle udienze – di solito una al massimo – e di un tempo piuttosto contenuto per pervenire ad una

²²⁴ BT-Drs. 13/5274, 38.

decisione – di solito circa sei mesi –). Dall'altro lato, in giurisdizioni *arbitration-friendly*, come è sicuramente quella tedesca, l'approccio dei giudici statali alla questione della determinazione della *potestas iudicandi* arbitrale è caratterizzato da deferenza e leale collaborazione, senza ostruzionismi o ostilità preconcetti; ciò consente di "limitare i danni" dell'interferenza giudiziale e della compressione del principio *Kompetenz Kompetenz* applicato all'arbitrato, già ampiamente contenuti dal fatto che, a domande giudiziali di tal fatta viene di solito attribuita, nella programmazione dell'attività giudiziaria, priorità nella trattazione; che tale azione non possa più essere proposta nel caso in cui *già penda il giudizio arbitrale*; e che, contestualmente o successivamente alla sua proposizione, è sempre possibile per la parte interessata instaurare un procedimento arbitrale sulla base del medesimo patto arbitrale dedotto in sede giudiziale come esclusivo oggetto di accertamento.

Detti accorgimenti smussano un po' non solo le rigidità, ma anche i rischi di possibili utilizzi strumentali di un tale meccanismo, che potrebbe effettivamente svolgere un ruolo chiarificatore con particolare riferimento a questioni procedurali complesse, sia sotto il profilo oggettivo che sotto quello soggettivo, ove l'oggettiva incertezza circa l'esistenza di un valido patto arbitrale o la sua controversa opponibilità a una molteplicità di parti coinvolte nel procedimento renderebbero sconsigliabile dover attendere l'integrale celebrazione di un giudizio arbitrale (che potrebbe financo protrarsi per anni), contro la volontà di una o più di esse, prima di poter fare definitivamente chiarezza sulla procedibilità della via arbitrale. Ove poi, nell'ambito del giudizio arbitrale parallelamente pendente, l'arbitro dovesse pervenire ad una decisione sulla "competenza" arbitrale (o, addirittura, ad un lodo sul merito), prima che il giudice statale si pronunci sulla domanda *ex Sez. 1032 ZPO*, il lodo, come visto, potrebbe essere speso all'interno del giudizio statale per impedirne la continuazione.

6. *La contemporanea pendenza di un procedimento arbitrale e di un giudizio statale sulla medesima causa (Sezione 1032 (3) ZPO) e i conflitti di potestas iudicandi arbitro-giudice in una prospettiva "dinamica"*

La scelta del legislatore tedesco di riconoscere l'operatività del principio *Kompetenz Kompetenz* sia nell'ambito del giudizio arbitrale che nell'ambito di quello statale, senza, peraltro, accoglierne l'effetto negativo secondo il modello francese, implica il rischio di una pendenza parallela di giudizi, in sede arbitrale e statale, sulla medesima causa o su cause strettamente connesse, evidentemente vissuto ed accettato dall'ordinamento tedesco come fisiologico.

Tale parallelismo può verificarsi, in primo luogo, quando, a fronte della pen-

denza di un giudizio statale, vertente unicamente sulla questione dell'ammissibilità della via arbitrale, oppure sul merito della causa, nel cui ambito il giudice abbia rigettato l'*exceptio compromissi*, una parte inizi un giudizio arbitrale avente ad oggetto quel medesimo "merito" e fondato sul medesimo patto alla base di quell'eccezione; in tal caso, non applicandosi, nei rapporti arbitro-giudice, l'istituto della litispendenza fondato sul criterio della prevenzione²²⁵, l'arbitro non sarà minimamente influenzato o condizionato dalla contemporanea pendenza del giudizio statale, potendo procedere in autonomia alla valutazione della sussistenza della propria "competenza" e, in caso di esito positivo, alla trattazione del merito della causa e financo alla pronuncia del lodo arbitrale.

In secondo luogo, si potrà avere un parallelismo di procedure quando, a fronte di un giudizio arbitrale su una determinata causa, nell'ambito del quale l'arbitro abbia rigettato l'eccezione di carenza della propria *potestas iudicandi*, una parte inizi un giudizio statale su quella medesima causa; anche in tal caso, specularmente allo scenario appena visto (arbitrato iniziato per secondo), il giudice statale non sarà condizionato o limitato dalla previa e contemporanea pendenza del giudizio arbitrale, potendo proseguire il giudizio e financo pronunciarsi nel merito, se ritiene che il patto arbitrale sia invalido o inesistente²²⁶. Né nel primo, né nel secondo caso sono previsti meccanismi di sospensione obbligatoria della procedura iniziata per seconda, né nella forma "pura", né nella forma di una sospensione risolutivamente condizionata alla declinatoria di competenza pronunciata dall'organo adito per primo²²⁷.

La conferma della reciproca ininfluenza, per l'arbitro e per il giudice statale, di un contestuale procedimento pendente nell'altra sede (sulla medesima causa o su causa "pregiudiziale", i.e. qual è quello avente unicamente ad oggetto l'accertamento della *potestas iudicandi* arbitrale) emerge inequivocabilmente dal disposto del comma 3 della Sezione 1032 ZPO, secondo cui, appunto, la proposizione di un'azione giudiziale nel merito, in relazione ad una disputa coperta da un patto arbitrale, o la proposizione di una domanda di accertamento dell'ammissibilità o inammissibilità della via arbitrale ai sensi del comma 2 della medesima disposi-

²²⁵ Sul fatto che sarebbe pacifica la non applicabilità, nei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale, dell'istituto della litispendenza fondato su criterio della prevenzione, v. P. HUBER, in *SchiedsVZ* 2003, 74; U. HAAS, *Die gerichtliche Kontrolle*, cit., 194.

²²⁶ V. C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario*, cit., 678; ma v. K. SCHUMACHER, *Das neue 10. Buch der Zivilprozessordnung*, cit., 10, per il quale "(n)ach der Bildung des Schiedsgerichts kann die Rüge der Unzuständigkeit oder die Rüge der Überschreitung der schiedsrichterlichen Befugnisse dagegen gemäß § 1040 Abs. 2 ZPO (der Art. 16 Abs. 2 ML entspricht) nur noch vor dem Schiedsgericht geltend gemacht werden". Nello stesso senso R.A. SCHÜTZE, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren*, Muenchen 1999, 237.

²²⁷ Così il BGH 13 gennaio 2005, in *SchiedsVZ* 2005, 95 ss.

zione, non impediscono né l'instaurazione, né la prosecuzione (e financo, ivi, la pronuncia di un lodo nel merito) di un procedimento arbitrale (togliendo così qualsivoglia appiglio normativo alla tesi di un'applicazione bilaterale dell'istituto della litispendenza tra arbitrato e giurisdizione ordinaria, che prima della riforma aveva tra i suoi fautori, ad esempio, Bettermann²²⁸).

Lo scopo della disposizione, come chiaramente emerge dai lavori preparatori²²⁹, è evitare il ricorso al giudice statale per meri scopi dilatori, ossia per ostacolare o comunque ritardare l'instaurazione o continuazione del giudizio arbitrale²³⁰ (sebbene si ritenga che l'arbitro possa valutare l'opportunità se sospendere il giudizio in attesa della pronuncia del giudice statale²³¹).

Un'altra (indiretta) conferma della reciproca ininfluenza e irrilevanza, per l'arbitro e per il giudice statale, della pendenza di una (qualsivoglia) procedura nell'altro foro è altresì data dal comma 3 della Sezione 1040, che, nel disciplinare il potere dell'arbitro di decidere sulla propria "competenza" con pronuncia separata *immediatamente impugnabile*, gli consente comunque di proseguire il procedimento e financo di pronunciarsi sul merito, pur se la sua pronuncia sulla "competenza" sia attualmente oggetto di un contestualmente pendente giudizio di impugnazione.

Tale norma *esclude* senz'altro che l'instaurazione o la prosecuzione di un processo arbitrale siano impedita dalla pendenza di un giudizio statale (sul merito o sulla mera questione dell'ammissibilità della via arbitrale).

Vien dunque posta fuori gioco l'ipotesi della possibile spendita di un'eccezione di litispendenza per paralizzare un procedimento arbitrale iniziato per secondo sulla medesima causa di un giudizio statale già pendente; non, invece (almeno espressamente), la tesi, prospettata a suo tempo da Bosch²³², che una tale eccezione possa essere sollevata nell'ambito del giudizio ordinario iniziato per secon-

²²⁸ V., *supra*, il paragrafo "Il conflitto di potestas iudicandi tra arbitrato e giurisdizione statale nel contesto normativo precedente alla riforma del 1998".

²²⁹ La norma si basa sull'art. 8 della Legge Modello e estende la regola ivi contemplata alla procedura governata dalla § 1032 (2) ZPO (v. *Bill of the Arbitration Law Reform Act*, BT-Drs. 13/5274, 38). La norma non è di applicazione necessaria né inderogabile, per cui le parti possono senz'altro accordarsi nel senso di prevedere il dovere del tribunale di sospendere il giudizio fintantoché penda un giudizio statale. V. P. HUBER, I. BACH, *Arbitration Agreement and Substantive Claim Before Court*, in K.H. BÖCKSTIEGEL, S. KRÖLL *et al.* (eds.), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, cit., 116 ss.

²³⁰ V. *Bill of the Arbitration Law Reform Act*, BT-Drs. 13/5274, 38; H.J. MUSIELAK, W. VOIT, *Zivilprozessordnung: ZPO 2013*, § 1032 par. 15.

²³¹ V. *Bill of the Arbitration Law Reform Act*, BT-Drs. 13/5274, 38; BGH 30 giugno 2011, in *SchiedsVZ* 2011, 281, par. 11.; P.J. LACHMANN, *Handbuch*, cit., par. 684.

²³² V., *supra*, il paragrafo "Il conflitto di potestas iudicandi tra arbitrato e giurisdizione statale nel contesto normativo precedente alla riforma del 1998".

do, al fine di bloccarne la prosecuzione in ragione della previa pendenza di un procedimento arbitrale sulla stessa causa.

Per espressa previsione del comma 2 della medesima disposizione di legge (Sez. 1032 (2) ZPO) – con soluzione analoga a quella adottata dal legislatore italiano del 2006 a proposito dell'art. 819 *ter*, comma 3, c.p.c. – non vi può invece essere alcun parallelismo, *dopo la costituzione del tribunale arbitrale*, tra un giudizio arbitrale sul merito della lite e l'azione giudiziale finalizzata ad accertare l'ammissibilità o inammissibilità del giudizio arbitrale, tutte le volte in cui quest'ultima *non sia iniziata per prima*; ciò potrebbe far pensare ad una sorta di "riesumazione", da parte del legislatore tedesco, dell'istituto della litispendenza unilaterale o zoppa, anche se, a ben vedere, il rapporto fra le due azioni non è di identità, ma di connessione (per taluno per pregiudizialità-dipendenza, sebbene di rito).

Per quanto attiene, poi, in generale, al rapporto tra un giudizio arbitrale, in cui sia stato pronunciato un lodo affermativo della "competenza" arbitrale e un giudizio di impugnazione incardinato avverso il lodo, vanno distinte varie ipotesi (alcune già illustrate quando ci si è soffermati sul tema dell'impugnazione immediata del lodo pronunciato sulla *potestas iudicandi* arbitrale).

Nel caso in cui, nonostante la pendenza dell'impugnazione proposta avverso la pronuncia arbitrale separata affermativa della "competenza" dell'arbitro, l'arbitro opti per non sospendere il giudizio e per proseguire con la trattazione nel merito²³³, l'intervento della decisione del giudice dell'impugnazione che abbia negato la competenza dell'arbitro non potrà che tradursi in una chiusura in rito del giudizio arbitrale; sarebbe infatti dichiarato nullo (previa impugnazione ai sensi della Sezione 1059 ZPO) un eventuale lodo di merito ciononostante pronunciato.

Non è invece del tutto chiaro quale sia l'effetto di un lodo arbitrale sul merito della lite, intervenuto *prima* della pronuncia del giudice dell'impugnazione proposta *ex* Sez. 1040 (3) ZPO avverso il lodo affermativo della competenza. Come si ricorderà, secondo il BGH, che si è espresso di recente sul punto²³⁴, l'effetto consisterebbe nel *venir meno di ogni legittimo interesse* alla prosecuzione del giudizio impugnatorio, sicché al giudice statale non resterebbe altra opzione che chiudere in rito in giudizio per inammissibilità dello stesso. Secondo un altro orientamento, tuttavia, in tal caso, alla luce della Sezione 263 ZPO, l'impugnante sarebbe legittimato a modificare la propria domanda, trasformandola in un'impugnazione *ex* Sez. 1059 ZPO onde indirizzarla non avverso il lodo sulla sola competenza, *ma avverso il lodo sul merito*, a patto che il giudizio instaurato ai sensi

²³³ Tale possibilità è stata contemplata dal legislatore per evitare che lo strumento impugnatorio venga usato strumentalmente dalle parti per porre in essere tattiche dilatorie. V. *Bill of the Arbitration Law Reform Act*, BT-Drs. 13/5274, 44.

²³⁴ Così la decisione del BGH del 19 settembre 2013, par. 12.

della Sezione 1040 (3) ZPO sia *ancora pendente dinanzi all'OLG* (e non sia, invece, già approdato, a seguito di impugnazione avverso la decisione di quest'ultimo, dinanzi al BGH).

Nel caso in cui, tuttavia, successivamente alla pronuncia del lodo di merito, *ma prima dell'acquisizione da parte dello stesso del carattere della definitività*, il giudice dell'impugnazione adito *ex Sez. 1040 (3) ZPO* (che non abbia nel frattempo già dichiarato inammissibile detto lodo), dovesse pervenire alla conclusione che non sussiste la "competenza" dell'arbitro, si discute, come già accennato in precedenza, se il lodo debba essere considerato invalido *ipso iure*, o se sia comunque necessario proporre, avverso esso, l'impugnazione di cui alla Sezione 1059 ZPO, spendendo ivi l'intervenuta decisione statale che neghi la competenza arbitrale. Per quanto la giurisprudenza del BGH si sia espressa nel senso della necessità di un'apposita impugnazione²³⁵, in base ad esigenze di certezza giuridica e di rispetto dell'opzione legislativa in favore di un'apposita procedura di impugnazione del lodo, caratterizzata da precisi e inderogabili preclusioni temporali (in virtù delle quali un lodo diventa inattaccabile solo una volta decorso il termine per proporre la relativa impugnazione), non pochi autori, anche e soprattutto per ragioni di economia processuale, si sono espressi nel senso opposto, ossia della invalidità *ipso iure* del lodo²³⁶.

Il sistema delle "vie parallele" adottato dall'ordinamento tedesco è bensì fiero di parallelismi di procedure, ma conosce non pochi accorgimenti processuali, che in parte contribuiscono a contenere taluni inconvenienti pratico-applicativi.

Per cominciare, nel caso di contemporanea pendenza di due giudizi, uno arbitrale e uno statale, sulla medesima causa, il cristallizzarsi dell'accertamento arbitrale sulla questione della "competenza" arbitrale (sia nel senso della sua sussistenza, che in quello della sua insussistenza) – contrariamente alla situazione ante-riforma, quando vigeva come regola l'indifferenza del giudice statale alle decisioni dell'arbitro (espresse o implicite) sulla propria competenza – è idoneo ad esplicare effetti extraprocessuali sul parallelo procedimento giudiziale, imponendo al giudice statale di prendere atto dell'accertamento cui, sul punto della *potestas iudicandi* arbitrale, sia pervenuto l'arbitro. Sia la Sezione 1040 (3) che la Sezione 1059 ZPO, infatti, prevedono termini *preclusivi*, decorsi i quali la decisione dell'arbitro, divenuta definitiva e non più censurabile, esplica efficacia vincolante nei confron-

²³⁵ BGH 19 settembre 2013 par. 9. In questo senso v. anche P.J. LACHMANN, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, 2008, par. 749; R. ZÖLLER, R. GEIMER, *Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar* 2014, § 1040 par. 15; U. HAAS, *Die gerichtliche Kontrolle*, cit., 202.

²³⁶ V. H.J. MUSIELAK, W. VOIT, *Zivilprozessordnung: ZPO* 2013, § 1040 par. 12; P. HUBER, in *SchiedsVZ* 2003, 73, 75.

ti di qualunque altro arbitro o giudice statale che dovesse confrontarsi con la medesima questione.

In particolare, il meccanismo previsto dal comma 3 della Sezione 1040 ZPO (pronuncia separata dell'arbitro sulla propria competenza e sua immediata impugnabilità), fa sì che la decisione che di norma prevarrà, in ragione della sua verosimile anteriorità cronologica nell'acquisizione del carattere della definitività, sarà quella dell'arbitro (non impugnata o confermata in sede di impugnazione). Come sottolineato da autorevole dottrina: “[s]embra chiaro, in tale nuovo sistema, che il giudicato che in tempi (più) celeri si formerà sulla decisione parziale arbitrale vincolerà anche il giudice ordinario della eventuale parallela causa di merito. Rendendo così il sistema accettabile anche dal punto di vista funzionale (...)”²³⁷.

Se, dunque, la decisione dell'arbitro *non ancora definitiva* (perché non siano ancora decorsi i termini per proporre impugnazione, oppure perché il giudizio su quest'ultima risulti tutt'ora pendente) non è idonea ad esplicare efficacia vincolante nei confronti del giudice statale (salvo indurlo a sospendere il giudizio in attesa della definizione della questione²³⁸, in analogia a quanto dispone la Sezione 148 ZPO), ove l'arbitro abbia invece affermato la propria “competenza” con decisione separata, e questa sia divenuta definitiva per mancata impugnazione secondo i tempi e i modi contemplati dalla Sezione 1040, par. ZPO (oppure perché detta impugnazione, pur ritualmente e tempestivamente proposta, sia stata rigettata), al giudice statale non resterà che prendere atto della *sussistenza* della competenza arbitrale – in quanto incontrovertibilmente accertata dall'arbitro – e, per l'effetto, chiudere in rito il giudizio incardinato dinanzi a lui.

Se, invece, l'arbitro abbia declinato la propria competenza, si ritiene che il giudice statale non possa a sua volta declinare la competenza, ma sia obbligato ad assumere la causa, in ragione della non operatività del patto arbitrale (o della sua insuscettibilità ad essere eseguito) perché, non essendo la pronuncia declinatoria impugnabile per motivi direttamente attinenti alla *potestas iudicandi* arbitrale, una successiva declinatoria del giudice statale lascerebbe l'attore privo di rimedi e vittima di un diniego di giustizia. Quanto all'impossibilità, per il giudice statale, di pronunciare una seconda declinatoria (in virtù dell'obbligo di ritenere valido ed efficace il patto arbitrale), essa discende altresì da una decisione del giudice dell'impugnazione che, annullando la pronuncia dell'arbitro affermativa della propria “competenza”, abbia definitivamente sancito l'inesistenza o invalidità del patto.

²³⁷ C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario*, cit., 678. V., sul punto, anche W.J. HABSCHEID, *Il nuovo diritto dell'arbitrato*, cit., 175 ss.; M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, in *Riv. arb.*, 1998, III, 505 ss.

²³⁸ R. ZÖLLER, R. GEIMER, *Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar*, 2014, § 1032 par. 13, 16; U. HAAS, *Die gerichtliche Kontrolle*, cit., 198; P.J. LACHMANN, 2002, par. 648 ss.

Nel caso in cui il giudice statale decidesse di non tenere conto di una decisione arbitrale definitiva sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, non solo procedendo con la trattazione, ma financo decidendo il merito della lite, taluni (ed è l'opinione maggioritaria) ritengono che debba prevalere la decisione del giudice statale (sempre in ragione del fatto che sarebbe in ogni caso quest'ultimo ad avere l'ultima parola sulla questione²³⁹), con la conseguenza di rendere il lodo arbitrale invalido, mentre altri – con posizione forse preferibile, pena, altrimenti, l'aggiramento dell'autonomia e indipendenza del fenomeno arbitrale (significativamente potenziate dalla riforma) e la vanificazione degli effetti della procedura di cui alle Sezz. 1040 (3) ZPO, mirante proprio all'ottenimento, in una fase ancora preliminare della procedura, di una decisione incontrovertibile e incontestabile sulla questione della *potestas iudicandi* dell'arbitro – ritengono che debba essere la decisione arbitrale a prevalere, in ragione dell'antiorità della pronuncia²⁴⁰.

In linea di principio, tali conclusioni, che riguardano, *in primis*, il rapporto tra una pronuncia arbitrale definitiva (vertente – anche o solo – sulla *potestas iudicandi* arbitrale) e un giudizio statale vertente sul merito della controversia rientrante nell'ambito di applicazione del patto investito (esplicitamente o implicitamente) da quella pronuncia, possono altresì estendersi al rapporto tra la pronuncia arbitrale definitiva (vertente – anche o solo – sulla *potestas iudicandi* arbitrale) e un giudizio statale vertente esclusivamente sulla questione dell'ammissibilità di una procedura arbitrale ai sensi della Sezione 1032, par. 2 ZPO²⁴¹.

Nel caso in cui fosse il giudice statale a pervenire per primo ad una decisione definitiva sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, l'arbitro non potrà che adeguarsi al *dictum* giudiziale, se vorrà evitare un sicuro annullamento del proprio (futuro) lodo. Ove ciò non accada, si prospettano due diversi scenari.

Nel caso in cui la decisione statale sia *affermativa* della propria competenza (in conseguenza dell'accertata invalidità del patto arbitrale) e l'arbitro dovesse ciononostante ritenersi competente, il suo lodo, sia quello separato vertente esclusivamente sulla propria competenza, sia quello sul merito della lite, non potrà che essere annullato dal giudice statale in sede di impugnazione, rispettivamente *ex* Sezz. 1040 (3) o 1059 ZPO. Anche in riferimento a questa ipotesi (come già visto

²³⁹ Così U. HAAS, *Die gerichtliche Kontrolle*, cit., 209 ss.; H.J. MUSIELAK, W. VOIT, *Zivilprozessordnung: ZPO 2013*, § 1032 par. 14.

²⁴⁰ Così L. ROSENBERG, K.H. SCHWAB, P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 2004, § 160 par. 24; H. THOMAS, H. PUTZO, K. REICHOLD, *Zivilprozessordnung (ZPO), Kommentar*, 2013, München, Sez. 580, par. 12.

²⁴¹ P. HUBER, *Arbitration Agreement, § 1032 – Arbitration Agreement and substantive Claim before Court*, in K.H. BÖCKSTIEGEL, S. KRÖLL *et al.* (eds.), *Arbitration in Germany*, cit., 139 ss.; ID., in *SchiedsVZ 2003*, 73 ss.

in precedenza) si discute tuttavia se tale impugnazione sia davvero necessaria, o se il lodo arbitrale debba considerarsi invalido *ipso iure*²⁴², sì da fondare un'eccezione spendibile dalla parte ogniqualevolta l'altra dovesse invocare, in qualsiasi sede e per qualsivoglia finalità, gli effetti di quel lodo.

Nel caso opposto, di decisione statale definitiva *declinatoria* della *potestas iudicandi* del giudice statale (in conseguenza dell'accertamento della validità del patto arbitrale), ove l'arbitro dovesse successivamente ritenersi *a sua volta incompetente*, in mancanza di rimedi impugnatori esperibili avverso la decisione dell'arbitro (e in ragione del fatto che la declinatoria dell'arbitro ammonterebbe a fatto nuovo e rilevante, che non poteva essere tenuto in considerazione al momento della pronuncia della precedente decisione²⁴³), si ritiene che il patto arbitrale diventi *ipso facto* inoperante o inidoneo ad essere eseguito, con la conseguente reviviscenza della competenza del giudice statale. Si tratta di un meccanismo che elimina in radice il rischio di irreversibili conflitti negativi di competenza e, dunque, di un sostanziale diniego di giustizia, evitando una preoccupante compressione di un diritto fondamentale (quello di azione) delle parti.

Per quanto riguarda, infine, il rapporto tra giudizio di nullità e giudizio di esecuzione del lodo, si ritiene che, ogniqualevolta sia stato dato inizio al secondo, venga meno il legittimo interesse giuridico all'instaurazione del primo²⁴⁴, in ragione della possibilità di proporre, nel procedimento di nullità attualmente pendente, domanda riconvenzionale volta ad ottenere una dichiarazione di esecutività del lodo²⁴⁵. Anche se, tecnicamente, non sussiste un rapporto di litispendenza tra i due procedimenti (annullamento del lodo e dichiarazione di esecutività dello stesso), la Sezione 1059 (3), par. 4 ZPO esclude esplicitamente la proponibilità di

²⁴² In quest'ultimo senso v. R. ZÖLLER, R. GEIMER (2014), § 1032 parrr. 14, 16; H.J. MUSIELAK, W. VOIT, *Zivilprozessordnung: ZPO 2013*, § 1032 par. 9 (in base all'argomentazione che non sarebbe opportuno chiedere alla parte soccombente nel processo arbitrale di dover passare attraverso una procedura impugnatoria). *Contra* D. SYNATSCHKE, *Die Unzuständigkeitserklärung des Schiedsgerichts*, JWV 2006, 108; J.P. LACHMANN, *Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis*, cit., 654; U.G. SCHROETER, *Antrag auf Feststellung*, cit., 288, 295 ss. Nel senso della necessità di un'impugnazione ai sensi dell'art. 1059 ZPO si è schierata anche la giurisprudenza del BGH: v., *ex multis*, BGH 19 settembre 2013, in *SchiedsVZ 2013*, 333, par. 9.

²⁴³ V. in questo senso v. K.H. SCHWAB, G. WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 7^a ed., 2005, Cap. 7 par. 3.

²⁴⁴ Il punto, in realtà, è controverso; in favore dell'approccio illustrato nel testo v. OLG Amburgo, 24 gennaio 2003, in *SchiedsVZ 2003*, 284, 286; in *Int.A.L.R. 2003 N-33*; in CLOUT, caso No. 571; OLG Naumburg, 21 maggio 2004, in *Int.A.L.R. 2006*, N-61; OLG Francoforte, 14 ottobre 2010, in 26 Sch 6/10 and 26 Sch 22/10.

²⁴⁵ V. anche R.A. SCHÜTZE, *Die gerichtliche Überprüfung von Entscheidungen*, cit., 241 ss., per il quale: "Die staatliche Nachprüfung erfolgt hier in entsprechender Weise wie bei der Aufhebung eines Schiedspruchs".

una domanda di annullamento di un lodo già dichiarato esecutivo in Germania, dal momento che i medesimi vizi e censure possono essere fatti valere sia come motivi di annullamento del lodo, sia come difesa avverso la dichiarazione di esecutività dello stesso²⁴⁶. D'altra parte, nell'ambito di un procedimento di esecuzione di un lodo, l'invalidità del patto arbitrale non è più invocabile ove il termine per proporre l'impugnazione per nullità sia già decorso. Al contrario, non è preclusa la proponibilità di una domanda di annullamento di un lodo, se questo sia stato bensì dichiarato esecutivo, ma da un giudice straniero, oppure nel caso di un lodo fondato sull'accordo raggiunto dalle parti e redatto da notaio, secondo il disposto di cui alla Sezione 1053 ZPO²⁴⁷.

SEZIONE SECONDA

L'ORDINAMENTO AUSTRIACO

7. *Premessa*

L'ordinamento austriaco presenta una serie di particolarità per quanto attiene alla disciplina dei rapporti e conflitti tra arbitrato e giurisdizione statale, che non trovano riscontro in altri ordinamenti. Si tratta di regole ed istituti che ripropongono, in parte soluzioni già sperimentate nel contesto normativo precedente alla riforma del 2006. Al fine di consentirne un più esaustivo inquadramento, riteniamo dunque opportuno premettere all'analisi del regime normativo attuale alcuni brevi riferimenti alla situazione ante-riforma.

8. *Il conflitto di competenza tra arbitrato e giurisdizione statale nell'ordinamento austriaco nel contesto normativo precedente alla riforma del 2006*

Fino alla riforma del 2006²⁴⁸, il diritto austriaco non contemplava alcuna norma che disciplinasse *espressamente* il problema dei rapporti e conflitti di com-

²⁴⁶ Ciò vale anche, in linea di principio, se una parte abbia chiesto la dichiarazione di esecutività per solo alcune parti del lodo, poiché la domanda di annullamento del lodo nella sua interezza può essere proposta come domanda riconvenzionale.

²⁴⁷ H.J. MUSIELAK, W. VOIT, *Zivilprozessordnung: ZPO* 2013, § 1059 par. 33.

²⁴⁸ *SchiedsRAG* 2006.

potenza tra arbitrato e giurisdizione ordinaria²⁴⁹. Nemmeno l'eccezione di patto compromissorio in sede giudiziale era legislativamente disciplinata²⁵⁰. La giurisprudenza era però concorde nell'attribuirvi, una volta proposta in sede giudiziale, l'effetto di impedire la prosecuzione del giudizio statale, alla stregua di un impedimento processuale (*Prozesshindernis*).

Controversa era, tuttavia, l'esatta qualificazione giuridica di detta eccezione. A fronte di chi la qualificava in termini di eccezione di carenza di interesse alla tutela per via giudiziale (*Einrede des mangelden*)²⁵¹, v'era chi parlava, invece, di eccezione di incompetenza²⁵². Quanto al regime processuale dell'eccezione *de qua*, essa poteva essere rilevata *d'ufficio* al momento del deposito della domanda, mentre, successivamente, *solo* su istanza di parte, a patto che ciò avvenisse prima della udienza orale²⁵³. Invero, il rilievo d'ufficio aveva un ruolo marginale, considerato che raramente dall'atto di citazione poteva risultare l'esistenza di un patto compromissorio. La preclusione alla rilevabilità (d'ufficio) di detta eccezione *dopo la costituzione del convenuto* trovava giustificazione nel fatto che parte della dottrina austriaca, in ragione della riconduzione dell'eccezione di arbitrato alla sfera di autonomia delle parti, interpretava la proposizione di una domanda nel merito da parte dell'attore, unita alla mancata proposizione dell'*exceptio compromissi* da parte del convenuto costituito in giudizio, quale *risoluzione tacita del patto compromissorio*²⁵⁴.

Una delle peculiarità dell'ordinamento austriaco risiedeva nel fatto che l'arbitrato era concepito quale "giurisdizione speciale di diritto civile" (*Sondergericht bürgerlichen Rechts*), con la conseguenza che la notificazione, ad opera dell'attore e nei confronti del convenuto, della domanda di arbitrato, era ritenuta idonea a produrre gli *stessi effetti della pendenza della lite dinanzi ad un giudice statale* (*Streithängigkeit*). Ne derivava che, una volta instaurato il procedimento arbitrale,

²⁴⁹ C. ASCHAUER, *Keine Klage auf Feststellung der Unzuständigkeit des Schiedsgerichts bei anhängigem Schiedsverfahren*, in Wbl 2003, 413; G. BACKHAUSEN, *Schiedsgerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung des Schiedsvertragsrechts*, Wien 1990; B. BERGER, F. KELLERHALS, *Internationale und interne Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Zurich 2006; R. GEIMER, E. GEIMER, G. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, 5ª ed., Koeln 2005; U. HAAS, *Die gerichtliche Kontrolle*, cit., 187; F. KREMSLEHNER, *Lis pendens and res judicata in International Commercial Arbitration*, in *Austrian Arbitration Yearbook*, Wien 2007, 127; P.G. MAYR, *Die Wahrnehmung der Unzuständigkeit nach der ZVN 2002*, in ÖJZ 2004, 361.

²⁵⁰ V. W. BOSCH, *Rechtskraft*, cit., 186.

²⁵¹ V., per riferimenti H.W. FASCHING, *Lehrbuch des oesterreichischen Zivilprozessrecht*, Wien 1990, 1073, n. 2184.

²⁵² V., per riferimenti H.W. FASCHING, *Lehrbuch des oesterreichischen Zivilprozessrecht*, Wien 1990, 1073, n. 2184.

²⁵³ V. W. BOSCH, *Rechtskraft*, cit., 186.

²⁵⁴ V. H.W. FASCHING, *Lehrbuch*, cit., 1073, n. 2184.

non era più possibile adire il giudice statale sulla medesima causa, per l'operatività, in via analogica, del meccanismo della prevenzione²⁵⁵. Un'applicazione analogica dell'istituto della litispendenza che è rimasta, seppur con alcune differenze, anche nell'ambito del nuovo regime normativo.

D'altra parte, se le parti stipulavano un patto arbitrato relativamente ad una determinata controversia *già* dedotta dinanzi al giudice statale, e tale patto veniva invocato dinanzi a quest'ultimo, la domanda giudiziale doveva essere rigettata non appena, con la notificazione della domanda di arbitrato alla controparte, si fosse dato inizio al giudizio arbitrato. Era dubbio, in tal caso, se la competenza del giudice statale venisse meno a causa di una *qualifizierter Streithängigkeit* o perché la stipulazione di un accordo arbitrato *in corso di causa* integrasse una rinuncia all'azione giudiziale (senza, tuttavia, che ciò implicasse necessariamente una contestuale rinuncia alla pretesa: *Klagerücknahme ohne Anspruchsverzicht*)²⁵⁶.

Si è detto prima del regime processuale dell'eccezione di patto compromissorio. Fasching rilevava come si dovesse differenziare tra l'eccezione di patto compromissorio e l'eccezione di litispendenza arbitrato: sebbene entrambe costituissero un *impedimento processuale rilevabile d'ufficio*, la prima era soggetta ai limiti temporali fissati dall'art. 41 della ZPO austriaca (qui di seguito anche OZPO o ZPO), mentre la seconda poteva essere rilevata durante tutto il corso del procedimento²⁵⁷.

L'arbitro, comunque, era fornito (per legge) del potere di decidere della propria competenza e doveva perciò esaminare, senza la necessità di un'istanza di parte, l'esistenza e validità dell'accordo arbitrato. Era in ogni caso inammissibile una sospensione o interruzione (*eine Unterbrechung*) del procedimento arbitrato per permettere la decisione, da parte del giudice ordinario, sulla validità ed esistenza del patto.

La decisione dell'arbitro sulla propria competenza, infine, era *idonea a vincolare* il giudice statale, a patto che fosse decorso inutilmente il termine previsto per l'impugnazione del lodo che statuisse (anche) sulla competenza arbitrato, ovvero qualora l'impugnazione, ritualmente proposta, fosse stata rigettata²⁵⁸.

²⁵⁵ V. H.W. FASCHING, *Lehrbuch*, cit., 608, n. 1190 e 1073, n. 2183; W. BOSCH, *Rechtskraft*, cit., 186.

²⁵⁶ V., sul punto, H.W. FASCHING, *Lehrbuch*, cit., 1073, n. 2183, che richiama MATSCHER, in *JBI*, 1975, 412, 452.

²⁵⁷ V. H.W. FASCHING, *Lehrbuch*, cit., n. 728-735.

²⁵⁸ V. H.W. FASCHING, *Lehrbuch*, cit., 1073, n. 2185.

9. *Il conflitto di competenza tra arbitrato e giurisdizione statale a seguito della riforma del 2006. Un regime normativo “complesso”*

La riforma della legge arbitrale del 2006 (*SchiedsRAG*), anch'essa ispirata, come quella tedesca, sebbene con non poche deviazioni, alla Legge Modello dell'UNCITRAL, ha introdotto una serie di previsioni sul tema che ci occupa, con cui il legislatore austriaco ha posto fine a molte delle incertezze teorico-applicative del passato, contribuendo a delineare un sistema compiuto e autosufficiente per quanto riguarda la questione della determinazione della competenza arbitrale e dei conflitti che generalmente si verificano tra arbitrato e giurisdizione ordinaria²⁵⁹.

Tra le norme più significative introdotte dal legislatore della riforma vengono in rilievo, in particolare, gli artt. 584 e 592 ZPO, rubricati, rispettivamente, *Schiedsvereinbarung und Klage vor Gericht* (ovvero patto arbitrale e azione dinanzi al giudice statale) e *Befugnis des Schiedsgerichts zur Entscheidung ueber seine eigene Zustaanndigkeit* (ovvero legittimazione del tribunale arbitrale a decidere sulla propria competenza).

Se l'art. 584 si occupa estesamente della questione dei rapporti arbitro-giudice *dalla prospettiva del giudice statale*, l'art. 592 adotta invece la *prospettiva dell'arbitro*.

Nello specifico, l'art. 584, comma 3, ZPO ha codificato una vera e propria *litispendenza arbitrale unilaterale*, ai sensi della quale l'instaurazione di un giudizio arbitrale ha l'effetto di precludere alle parti la possibilità di adire successivamente, in relazione alla stessa causa, il giudice statale (al contrario di quanto avviene nel caso inverso, non ostando la previa instaurazione del giudizio statale all'incardinamento – oltre che alla prosecuzione – di un processo arbitrale).

²⁵⁹ V. C. LIEBSCHER, P. OBERHAMMER, W. RECHBERGER, *Schiedsverfahrensrecht*, Wien, 2012, I, 497; N. ABURUMIEH, C. KOLLER, E. POELTNER, *Formvorschriften fuer Schiedsvereinbarungen*, in ÖJZ 2006, 439; W. JAKUSCH, in Angst, EO, 2nd ed., 2008, § 84 c EO; H. ISCHIA, P. MAYR, *Das neue oesterreichische Schiedsverfahrensrecht*, in RIW 2006, 881; S. KROELL, *Die Neuregelung des oesterreichischen Schiedsrechts – Felix Austria!?*, in *Festschrift Horn*, 2006, 989; C. LIEBSCHER, *The Austrian Arbitration Act*, 2006; *Text and Notes*, 2006; NEUTEUFEL, *Das neue oesterreichische Schiedsrecht*, in ÖJZ 2006, 433; P. OBERHAMMER, *Der Weg zum neuen oesterreichischen Schiedsverfahrensrecht*, in *SchiedsVZ* 2006, 57; W. RECHBERGER, *Das neue oesterreichische Schiedsrecht*, in ZZP, 119, 2006, 261. V. anche W. MELIS, *National Report for Austria 2018-2019*, in L. BOSMAN (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*; *ICCA & Kluwer Law International* 2019, Suppl. No. 104, febbraio 2019, 1 ss. Una successiva riforma, entrata in vigore il 1 gennaio 2014, non ha invece inciso sulla tematica che qui ci occupa. V. *Zivilprozessordnung, Inkl Schiedsrüg* 2013. Per un'analisi dell'ultimo intervento del legislatore v. G. ZEILER, *Schiedsverfahren – §§ 577-618 idF des SchiedsRÄG* 2013, 2. Aufl., NWV Verlag, 2014; C. LIEBSCHER, P. OBERHAMMER, W. RECHBERGER [Hrsg.], *Schiedsverfahrensrecht*, Band II, Wien [u.a.], 2016.

D'altra parte, il comma 4 dell'art. 584 ZPO introduce per la prima volta l'istituto della *trasmigrazione del processo dagli arbitri al giudice statale e viceversa*. Ancora, l'art. 584, comma 5, ZPO sanziona espressamente le condotte delle parti integranti un *venire contra factum proprium*, quale è quella della parte che, in uno stadio preliminare del procedimento, abbia invocato l'esistenza di un patto arbitrale, per poi affermarne, in uno stadio successivo o in un'altra sede, l'inesistenza o l'invalidità.

L'art. 592, comma 1, ZPO, dal canto suo, *ad instar* di quanto visto per il comma 3 dell'art. 1040 ZPO tedesco, attribuisce espressamente all'arbitro il potere di statuire sulla propria competenza *con pronuncia separata*, immediatamente impugnabile.

10. *L'articolata disciplina dei rapporti arbitro-giudice dalla prospettiva del giudice statale (Art. 584 ZPO)*

L'art. 584 ZPO, come detto, disciplina il tema dei rapporti arbitro-giudice *dalla prospettiva del giudice statale*. La norma contiene una serie di previsioni che prospettano e disciplinano una serie piuttosto nutrita di ipotesi tra loro distinte: dal caso in cui venga proposta dinanzi al giudice statale un'azione (nel merito) relativa ad una controversia rientrante nell'ambito di applicazione di un patto arbitrale (con contestuale disciplina del regime dell'*exceptio compromissi*); al caso della contemporanea pendenza di due giudizi, in sede, rispettivamente, giudiziale e arbitrale; dall'efficacia della decisione, rispettivamente, del giudice statale e dell'arbitro, sulla questione della competenza arbitrale; alla trasmigrazione della causa dall'una all'altra sede; al divieto di *venire contra factum proprium* in relazione alla proposizione dell'eccezione di patto compromissorio.

Andiamo qui di seguito ad esaminare in dettaglio tutte queste ipotesi.

10.1. *Il peculiare regime dell'exceptio compromissi tra istanza di parte e rilievo officioso del giudice*

Il primo comma dell'art. 584 ZPO (che, al contrario dei successivi commi, si ispira all'art. 8 della Legge Modello dell'UNCITRAL e riprende alcune disposizioni della Sezione 1032 della ZPO tedesca) stabilisce che il giudice statale debba rigettare una domanda proposta in relazione ad una controversia rientrante nell'ambito di applicazione di un patto arbitrale²⁶⁰, a meno che il convenuto si di-

²⁶⁰ La presenza di un valido patto arbitrale esclude non solo il ricorso al giudice statale per le

fenda nel merito o all'udienza orale *senza sollevare la relativa eccezione*. Ciò però non accade (“*Dies gilt nicht*”) – e qui sta la prima particolarità della disciplina austriaca rispetto a quelle della maggior parte degli altri ordinamenti – ove il giudice statale determini (“*wenn das Gericht feststellt (...)*”) che il patto arbitrale sia inesistente o inidoneo ad essere eseguito. La pendenza di un giudizio statale nel merito della disputa non è comunque ostativa all'instaurazione o continuazione di un procedimento arbitrale parallelo sulla medesima causa, potendo in tal caso l'arbitro financo pronunciare il lodo nel merito.

In virtù di quanto dispone l'art. 577, par. 2 ZPO, la disposizione di cui al primo comma dell'art. 584 è altresì applicabile nel caso in cui la domanda proposta al giudice austriaco riguardi una controversia *deferita ad un arbitrato estero*, la cui sede sia dunque al di fuori dell'ordinamento austriaco, oppure non sia stata ancora determinata²⁶¹. Peraltro, nel caso di arbitrato estero, prevarranno le disposizioni della Convenzione Europea sull'Arbitrato Commerciale Internazionale del 21 aprile 1961 o di altre Convenzioni bilaterali eventualmente applicabili.

Dalla formulazione del primo comma dell'art. 584 ZPO – in particolare laddove stabilisce che un'azione giudiziale in una materia soggetta ad un patto arbitrale *debba essere rigettata* e che la preclusione alla spendita dell'eccezione di patto arbitrale, conseguente al comportamento omissivo del convenuto, non opera ogniqualevolta il giudice determini che il patto arbitrale sia inesistente o inidoneo ad essere eseguito – pare emergere una regola (*la rilevabilità d'ufficio del patto arbitrale*) che è sconosciuta alla maggior parte degli ordinamenti e contrasta altresì con la previsione di cui all'art. 8 (1) della Legge Modello²⁶². La formulazione di questa norma, tuttavia, si presta a non univoche interpretazioni.

In dottrina v'è, ad esempio, chi ritiene, in base ad un'interpretazione letterale della norma, che il giudice sia tenuto a rigettare la domanda *ex officio*, se, appunto, *già dall'atto di citazione* appaia evidente l'esistenza di un valido patto arbitrale²⁶³. Osserva in proposito Rechberger che la verifica, da parte del giudice statale,

procedure ordinarie, ma altresì l'attivazione di procedure sommarie documentali (“*Urkundenprozess*”): così il BGH 12 gennaio 2006, III ZR 214/05, in *SchiedsVZ* 2006, 101 ss.

²⁶¹ S. RIEGLER, A. PETSCHER, A. FREMUTH-WOLF, M. PLATTE, C. LIEBSCHER, *Arbitration Law of Austria: Practice and Procedure*, Huntington, New York 2007, 187.

²⁶² Così W. RECHBERGER, in C. LIEBSCHER, P. OBERHAMMER, W. RECHBERGER, *Schiedsverfahrensrecht*, cit., 503; C. HAUSMANINGER, *Sub 584 ZPO* Rz 4, 49, in H.W. FASCHING, A. KONECNY, *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, 2nd ed., Wien 2015; A. FREMUTH, WOLF, *Sub 584 ZPO*, in S. RIEGLER, A. PETSCHER, A. FREMUTH-WOLF, M. PLATTE, C. LIEBSCHER, *Arbitration Law of Austria. Practice and Procedure*, Huntington New York 2007, Rz 29.

²⁶³ Così C. LIEBSCHER, A. SCHMID in F.B. WEIGAND, A. BAUMANN, *Practitioner's Handbook on International Arbitration*, 2nd ed., Oxford 2009, mn 44. Il commento ufficiale alla riforma, in

circa l'ammissibilità del procedimento incardinato dinanzi ad esso possa avvenire, d'ufficio, anche prima della *Auftrag zur Klagebeantwortung* (ossia della fissazione di un'udienza orale o della concessione di una misura di pagamento condizionata), ossia, appunto, *in limine litis*. In tal caso, l'accertamento dell'esistenza di un valido patto arbitrale dovrebbe condurre al rigetto della domanda proposta, ai sensi dell'art. 584, par. 1, ZPO. Tale approdo discenderebbe dalla regola generale codificata dall'art. 43 (1) JN – cui la norma in questione fa implicito riferimento, pur senza richiamarla espressamente –, ai sensi della quale un giudice deve sempre esaminare la sussistenza della propria giurisdizione *in limine litis* ed *ex officio*, dovendo rigettare la domanda se si ritiene sfornito di giurisdizione (o competenza).

Altri autori dubitano invece che l'art. 43 (1) JN si applichi anche al caso in cui le parti abbiano stipulato un patto arbitrale, perché dovrebbe spettare solo ad esse (in ossequio alla natura privatistica, e dunque essenzialmente disponibile, del fenomeno arbitrale) la decisione se avvalersi o meno della relativa eccezione. Ammettere la rilevabilità d'ufficio di un patto arbitrale, seppur nei ristretti limiti previsti dalla legge, contrasterebbe con il principio cardine in materia di arbitrato, rappresentato dall'autonomia delle parti.

Ad ogni modo, dalla riconduzione della relazione tra arbitrato e giurisdizione ordinaria, e della relativa eccezione, alla categoria dell'*ammissibilità della via giudiziaria* (*Zulässigkeit des gerichtlichen Weg*), né la dottrina né la giurisprudenza, già prima della riforma, hanno mai tratto la conseguenza dell'applicabilità della norma di cui al par. 42 JN, che prevede la rilevabilità d'ufficio e *in ogni stato e grado del procedimento* dell'inammissibilità dell'azione giudiziale²⁶⁴. È infatti opinione condivisa che, nell'includere, all'art. 584, comma 1, OZPO, l'inciso secondo cui il giudice statale non rigetterà l'azione se determina che il patto arbitrale sia inesistente o inidoneo ad essere eseguito, il *SchiedsRAEG* del 2006 non abbia inteso stravolgere un consolidato orientamento interpretativo, secondo cui sarebbe precluso al giudice adito il rigetto dell'azione quando il convenuto (pur potendolo entro i termini a lui concessi) abbia omesso di sollevare tempestivamente l'eccezione di patto arbitrale²⁶⁵. Tale lettura appare del resto maggiormente in linea

relazione alla disposizione di cui alla Sez. 584, nota che, ai sensi della precedente legge arbitrale, i giudici statali dovevano esaminare *ex officio* l'ammissibilità dei giudizi civili ("*Zulaessigkeit des ordentlichen Rechtswegs*"), ai sensi della Sez. 41 JN.

²⁶⁴ Così v. P. MAYR, in W. RECHBERGER (ed.), *Kommentar zur ZPO*, 3 ed., Vienna, New York, 2006, par. 43 JN Rz 4 bis 6 e par. 104 JN Rz; BALLON, in H.W. FASCHING, A. KONECNY, *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, 2. Aufl., II/1: EGZPO, §§ 1 bis 73 ZPO, 2002, par. 42 JN Rz 7.

²⁶⁵ Per il dibattito sull'accostamento dell'eccezione di patto compromissorio a quelle di incompetenza improrogabile o, invece, prorogabile, v. P. OBERHAMMER, *Entwurf eines neuen Schiedsverfahrensrechts*, Wien 2002, 53; ID., *Prozessbeschleunigung als rechtspolitisches Gestaltungsanliegen*, Fran Klein, *Symposium, Schriftenreihe des Bundesministeriums fuer Justiz Bd 123*, Wien, Graz, 2005, 55, 57;

con la generalmente accettata qualificazione dell'eccezione *de qua* in termini di "eccezione di incompetenza prorogabile", dal carattere eminentemente privatistico in quanto espressione dell'autonomia delle parti²⁶⁶.

Al fine di conciliare le diverse posizioni, Reiner pone la norma in una prospettiva sistematica, elaborando un criterio che collega la norma in questione con quella che contempla i motivi di annullamento del lodo arbitrale²⁶⁷. In quest'ottica, un giudice statale sarebbe legittimato al rilievo officioso dell'esistenza di un patto arbitrale, tutte le volte (e solo quando) esso sia legittimato ad annullare un lodo in base a motivi rilevabili d'ufficio (nel caso, dunque, di non arbitrabilità della disputa o di contrarietà con norme di ordine pubblico). In tutti gli altri casi, la proposizione dell'eccezione non potrebbe che essere lasciata all'iniziativa della parte²⁶⁸.

Al di là della preferenza per l'una o l'altra tesi, va in ogni caso osservato che solo raramente l'esistenza di un patto arbitrale emergerà già dall'atto di citazione, essendo assai improbabile che la parte attrice, la quale, nonostante l'esistenza di quel patto, abbia deciso di perseguire la via giudiziale, ne faccia essa stessa diretta menzione²⁶⁹. Un eventuale rigetto in rito dell'azione come inammissibile avverrà dunque, di regola, alla stregua di quanto avviene negli altri ordinamenti, solo a seguito di eccezione tempestivamente sollevata dal convenuto²⁷⁰. Lo stesso dicasi per la rilevazione, da parte del giudice statale, della pendenza di un procedimento arbitrale²⁷¹.

D'altra parte, dalla previsione della rigettabilità della domanda *in limine litis*, non paiono discendere conseguenze particolari o seri inconvenienti pratici per le parti.

Per cominciare, è sempre consentito loro escludere tale (potenziale) rigetto dall'inizio, mediante la stipulazione di un espresso accordo. Inoltre, anche ove il

W. RECHBERGER in C. LIEBSCHER, P. OBERHAMMER, W. RECHBERGER, *Schiedsverfahrensrecht*, cit., 505.

²⁶⁶ Per indicazioni sul momento in cui l'eccezione di incompetenza del giudice statale in virtù dell'esistenza di un patto arbitrale deve essere sollevata v. W. RECHBERGER in C. LIEBSCHER, P. OBERHAMMER, W. RECHBERGER, *Schiedsverfahrensrecht*, cit., 506.

²⁶⁷ A. REINER, *Staatliche Justiz und Schiedsgerichtsbarkeit: Konkurrenz oder Kooperation?*, in *Schriftenreihe Niederösterreichische Juristische Gesellschaft*, Heft 103, 2008, 11 ss.

²⁶⁸ M. ROTH, in F.B. WEIGAND, A. BAUMANN, *Practitioner's Handbook on International Arbitration*, cit., Part 5 art. 8 Rz 19.

²⁶⁹ H. SCHUMACHER, *Current Questions on the Jurisdiction of Arbitral Tribunals*, in C. KLAUSEGGER, P. KLEIN, F. KREMSLEHNER, A. PETSCHKE, N. PITKOWITZ, J. POWER, I. WELSER, G. ZEILER, *Austrian Arbitration Yearbook*, Munich-Vienna 2008, 46.

²⁷⁰ "Gerdae dann ist es aber wieder wenig wahrschilisch, dass es der Klaeger nochmals beim ordentlichen Gericht versucht".

²⁷¹ Così W. RECHBERGER in C. LIEBSCHER, P. OBERHAMMER, W. RECHBERGER, *Schiedsverfahrensrecht*, cit., 503.

giudice dovesse disporre il rigetto della domanda *in limine litis*, si tratterebbe di provvedimento non vincolante per l'arbitro o per altri giudici statali. Secondo la giurisprudenza²⁷² e la dottrina maggioritaria²⁷³, infatti, le decisioni del giudice statale sulla propria competenza, rese *in limine litis*, non sono soggette al regime previsto dalla norma di cui all'art. 46 JN sugli effetti vincolanti di una decisione, divenuta definitiva, che abbia pronunciato l'incompetenza (per materia) del giudice statale. Si tratterebbe, in tal caso, di una formale *Prüfungsrecht* (art. 41, par. 2, JN), inidonea ad integrare un vincolo extraprocessuale, anche in ragione del fatto che essa prescinde da un contraddittorio con il convenuto²⁷⁴.

L'eccezione di patto arbitrale, anche laddove riguardi un arbitrato da svolgersi (o svolgentsi) all'estero²⁷⁵, deve essere sollevata *prima di ogni difesa nel merito*, secondo il tipico regime preclusivo dell'eccezione di incompetenza ai sensi dell'art. 104, par. 3, JN²⁷⁶. Sebbene manchi, nell'art. 584, comma 1, ZPO, una disposizione simile a quella di cui all'art. 592, comma 2, ZPO (che consente all'arbitro di rimettere in termini una parte che abbia sollevato tardivamente l'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* dell'arbitro, ove il ritardo appaia giustificato), si ritiene che tale rimessione possa operare anche in sede giudiziale, in base alle norme generali che regolano i procedimenti davanti al giudice statale, per i quali è sempre prevista la possibilità, in relazione alle eccezioni di incompetenza dell'organo adito, di essere rimessi *in den vorigen Stand*.

Il primo comma dell'art. 584 ZPO, nella seconda parte del primo capoverso, riproduce poi, in parte, la norma di cui alla sec. 104 (3) NJ, che regola la sanatoria dell'incompetenza dinanzi al giudice statale. A differenza di quest'ultima, tuttavia, essa non contempla l'obbligo del giudice di segnalare alla parte non rappresentata da un avvocato la possibilità di sollevare l'eccezione di incompetenza e le conseguenze della mancata proposizione. Ne deriva che non v'è alcuna possibile

²⁷² V., *ex multis*, OGH 28 dicembre 1923, Ob I 849/23, SZ V/331; 6 marzo 1930, 1 Ob 166/30, ZBI 1930, 188; 20 maggio 1936, 1 Ob 457/36, Oerz 1937, 234.

²⁷³ P. MAYR, in W. RECHBERGER, *Kommentar zur ZPO*, 3 ed., cit., par. 46 JN Rz 1; W. RECHBERGER, D.A. SIMOTTA, *Zivilprozessrecht, (Österreichisches Recht)*, 8ª ed., Wien, Rz 288; BALLON, in H.W. FASCHING, A. KONECNY, *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, 2. Aufl., II/1: EGZPO, §§ 1 bis 73 ZPO, 2002, par. 46 JN, Rz 5 ss.

²⁷⁴ H. SCHUMACHER, *Current Questions on the Jurisdiction*, cit., 47.

²⁷⁵ Art. 584 par. 1 ZPO; Art. 577 par. 2 ZPO.

²⁷⁶ La *difesa nel merito* delle parti si articola, per utilizzare la versione inglese dei commentari, nella facoltà di: "(...) *make submission on the substance of the dispute*" (ossia depositare una comparsa di risposta che deve contenere, appunto, anche l'eccezione di carenza di competenza del giudice adito) e di: '*orally plead*' (ovvero argomentare in udienza, oralmente, le proprie posizioni quanto al merito della disputa) con espressioni tratte, rispettivamente, dalla Sez. 74 ZPO e dalla Sez. 104 (3) JN, al fine di apparire familiari ad un avvocato, ammesso ad esercitare in Austria, che debba apparire dinanzi al giudice austriaco.

sanatoria per il convenuto che abbia omesso di sollevare tempestivamente l'eccezione di arbitrato, che si considera rinunciata per tutto il procedimento, precludendogli la possibilità di contestare la futura decisione giudiziale, allegando, in sede di impugnazione, l'esistenza di un patto arbitrato.

Si ritiene, generalmente, che le conseguenze della mancata eccezione rimangano su un piano squisitamente processuale (impossibilità di contestare, in un momento successivo, la competenza del giudice statale in ragione dell'esistenza del patto arbitrato), senza alcuna ricaduta sul piano sostanziale, ovvero senza che si abbia la tacita risoluzione del patto, che precluderebbe la successiva instaurazione di un procedimento arbitrato basato su quel medesimo patto²⁷⁷. Non mancano, tuttavia, opinioni in senso contrario²⁷⁸, che evidenziano come, se non si optasse per la *consumazione* (estinzione, risoluzione tacita) del patto arbitrato, non tempestivamente invocato, *in relazione a quella determinata controversia*, si fornirebbe al convenuto nel giudizio statale uno strumento per porre in essere tattiche dilatorie, consistenti nell'attendere l'esito del giudizio statale e, constatato il suo volgersi in senso ad esso sfavorevole, procedere ad instaurare un giudizio arbitrato su quella medesima causa²⁷⁹. I fautori di questa tesi non ritengono in ogni caso di estendere questa "consumazione" del patto a dispute *diverse* da quella dedotta in sede giudiziale, rispetto alle quali, dunque, detto patto rimarrebbe in ogni caso integro ed efficace²⁸⁰.

L'eccezione di patto arbitrato può riguardare solamente una parte dell'oggetto della controversia e può essere sollevata da tutte le parti vincolate al patto arbitrato. Al di là delle parti formalmente stipulanti la clausola, l'eccezione può altresì essere sollevata da ogni cessionario o successore²⁸¹.

Nel caso in cui si verta in ipotesi di *connessione sostanziale* tra le cause, vi siano più parti convenute e il patto arbitrato sia vincolante solo per alcune di esse, l'eccezione sollevata da uno solo dei convenuti vincolato dalla convenzione arbitrato non condurrà al rigetto della domanda, ma opererà una sorta di *vis attractiva* del-

²⁷⁷ V'è chi ritiene tale rilevanza d'ufficio incompatibile con la Legge Modello dell'UNCITRAL: così H.M. HOLTZMANN, J.E. NEUHAUS, *A Guide to the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer, Law Int. 1995, *Uncitral Guide* 302. In dottrina, in senso contrario ad un rigetto *in limine litis* si è ad esempio espresso P. MAYR, in W. RECHBERGER, *Kommentar zur ZPO*, 3 ed., cit., § 43 JN Rz 6.

²⁷⁸ C. HAUSMANNINGER, *Sub Art. 584 ZPO*, in H.W. FASCHING, A. KONECNY, *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, cit., Rz 50.

²⁷⁹ V. erlrv 1158 blg NR 22 GP 10.

²⁸⁰ C. CALAVROS, *Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, Bielefeld 1988, 52 mw N.

²⁸¹ S. RIEGLER, A. PETSCHKE, A. FREMUTH-WOLF, M. PLATTE, C. LIEBSCHER, *Arbitration Law of Austria*, cit., 194.

la competenza arbitrale nell'alveo di quella giudiziale, dovendo l'azione proposta nei confronti di tutte le parti proseguire unicamente dinanzi al giudice statale. Nel caso, invece, di domande connesse *solo sul piano procedurale*, l'azione dovrà essere rigettata solo rispetto al convenuto (o ai convenuti) vincolato/i alla convenzione, mentre potrà proseguire nei confronti degli altri soggetti non vincolati dalla stessa²⁸².

Il giudice dinanzi al quale sia sollevata l'eccezione di patto compromissorio deve conoscere della validità del patto in maniera piena ed esaustiva, non limitandosi, cioè, ad uno scrutinio superficiale (esame *prima facie*). Dovrà quindi verificare non solo la sua esistenza, ma anche la validità, efficacia, oggettiva e soggettiva, ed operatività, nonché l'arbitrabilità della disputa. Il testo della norma, infatti, rimanda alle espressioni utilizzate dall'art. 8 (1) della Legge Modello e dall'art. II (3) della Convenzione di New York. In particolare, la nozione di non esistenza – *nicht vorhanden* – rimanda alle nozioni di cui alla Convenzione di New York di '*null and void, inoperative*', mentre quella di *incapable of being performed – undurchfuehrbar* – è stata riprodotta letteralmente dalla norma austriaca²⁸³. In casi eccezionali, l'eccezione di arbitrato può essere rigettata quando appaia che il convenuto non abbia i mezzi finanziari per far fronte all'arbitrato, determinando tale situazione la (temporanea) inefficacia del patto arbitrale²⁸⁴.

Nel caso in cui l'eccezione di arbitrato appaia infondata, perché non esiste alcun (valido, efficace od operativo – *durchfuehrbar* –) patto arbitrale, o la controversia non rientri nel suo ambito di applicazione²⁸⁵, il giudice ordinario deve rigettare l'eccezione di arbitrato come *sachlich unbegrundet* e proseguire il procedimento incardinato dinanzi a sé (o limitarsi ad un rigetto parziale nel caso in cui l'ambito del patto arbitrale sia più ristretto rispetto alla controversia dedotta in giudizio)²⁸⁶. Al contrario di quanto disposto dall'art. 8 (1) della Legge Modello, e

²⁸² S. RIEGLER, A. PETSCH, A. FREMUTH-WOLF, M. PLATTE, C. LIEBSCHER, *Arbitration Law of Austria*, cit., 194.

²⁸³ B. KLOIBER, H. HALLER, in B. KLOIBER, W. RECHBERGER, P. OBERHAMMER, H. HALLER, *Das neue Schiedsrecht Schiedsrechts-ÄnderungsG 2006: Schiedsrechts-Änderungsgesetz 2006*, Wien 2006, 22.

²⁸⁴ Nello stesso senso, come si ricorderà, la giurisprudenza tedesca: BGH 14 settembre 2000, III, ZR 33/00, in NJW 2000, 3720; BGH 12 novembre 1987, III ZR, 29/78, in NJW, 1215; BGH 18 novembre 1998, VIII ZR 344/97, in NJW 1999, 648.

²⁸⁵ C. HAUSMANNINGER, *Sub Art. 584 ZPO*, in H.W. FASCHING, A. KONECNY, *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, cit., Rz 55, che osserva come il convenuto sia onerato unicamente dell'onere di rilevazione del patto e della prova della sua avvenuta stipulazione, mentre all'attore spetta fornire la prova che detto patto è inefficace o inoperativo.

²⁸⁶ Un caso peculiare è rappresentato dalla proposizione, in sede giudiziale, da parte del conve-

altresi dall'art. II, par. 3 della Convenzione di New York, tuttavia, per i quali il giudice statale, una volta che il convenuto abbia tempestivamente sollevato una fondata eccezione di patto arbitrale, deve rinviare le parti all'arbitrato ('(...) *refer the parties to arbitration*'), la legge austriaca si limita ad imporre al giudice *il rigetto della domanda*. La soluzione (analoga a quella adottata dal legislatore tedesco) è peraltro in linea con quanto emerso dai lavori preparatori della Legge Modello, da cui emerge come ai singoli legislatori nazionali sia stata intenzionalmente lasciata (dai redattori) l'individuazione del tipo di provvedimento da adottare a seguito dell'accoglimento di un'eccezione di patto arbitrale²⁸⁷.

10.2. *L'adozione (con temperamenti) della soluzione della "litispendenza zoppa", i.e. solo in favore dell'arbitrato. Vari scenari*

L'ultima parte del primo comma dell'art. 584 ZPO, che riproduce in ciò il contenuto dell'art. 8, par. 2 della Legge Modello, specifica che la pendenza di un'azione giudiziale sul merito della lite²⁸⁸ non è ostativa *all'instaurazione* o alla *prosecuzione* di un procedimento arbitrale sulla medesima lite, e financo alla pronuncia di un lodo nel merito. Lo scopo della norma è impedire che una parte utilizzi strumentalmente il giudizio statale per ostacolare la percorribilità o la prosecuzione della via arbitrale²⁸⁹. Il legislatore austriaco non ha fatto altro che codificare una soluzione ritenuta già applicabile nel contesto normativo precedente²⁹⁰.

Pendente un giudizio statale sulla medesima causa (o nonostante la sua solo successiva investitura), l'arbitro potrà dunque decidere di proseguire con la trattazione e decisione della causa, senza essere obbligato a disporre la sospensione: ciò che, verosimilmente, avverrà ogniqualvolta egli riterrà l'azione giudiziale un abuso di diritto (*rechtsmissbraeulich*) o comunque un mezzo per ostacolare e dilazionare la percorribilità della via arbitrale²⁹¹. Ove, invece, non risulti che il giudizio stata-

nuto, di una domanda riconvenzionale o di compensazione, in relazione alla quale sussista un patto arbitrale, su cui v. C. KOLLER, *Aufrechnung und Widerklage im Schiedsverfahren unter besonderer Beruecksichtigung des Schiedsorts Oesterreich*, Wien 2009, *passim*.

²⁸⁷ M. ROTH, in F.B. WEIGAND, A. BAUMANN, *Practitioner's Handbook*, cit., art. 16, mn. 21.

²⁸⁸ Nell'ordinamento austriaco, un'azione dinanzi al giudice statale si considera pendente (*schieds-haengig*) dal momento in cui la domanda è notificata al convenuto (v. art. 232, par. 1 OZPO).

²⁸⁹ V. C. HAUSMANNINGER, *Sub Art. 584 ZPO*, in H.W. FASCHING, A. KONECNY, *Kommentar*, cit., Rz 40; P. OBERHAMMER, in B. KLOIBER, W. RECHBERGER, P. OBERHAMMER, H. HALLER, *Das neue Schiedsrecht Schiedsrechts*, cit., 124 ss.

²⁹⁰ V. G. BACKHAUSEN, *Schiedsgerichtsbarkeit unter besonderer Beruecksichtigung des Schiedsvertragsrechts*, Wien 1990., 135.

²⁹¹ W. RECHBERGER, W. MELIS, *Sub Art. 584 ZPO*, in W. RECHBERGER, *Kommentar zur ZPO*, 3rd ed., Vienna-New York, 2006, Rz 2.

le sia stato instaurato al solo fine di ostacolare l'accesso delle parti all'arbitrato e sia ragionevole attendersi una decisione del giudice statale sulla questione della competenza arbitrale in tempi brevi²⁹² (nonché, anche, nei casi in cui il giudizio statale sia in uno stadio particolarmente avanzato della trattazione della causa), il collegio arbitrale, da poco costituito, potrebbe optare per sospendere il giudizio incardinato dinanzi ad esso e per attendere la decisione del giudice statale. Ciò specialmente avverrà ove sia lo stesso arbitro a nutrire dubbi circa la sussistenza della propria *potestas iudicandi*²⁹³.

Nel caso in cui il giudice statale pervenga ad una decisione, *definitiva*, con cui neghi la *potestas iudicandi* dell'arbitro, questi dovrà in ogni caso adeguarsi al *dictum* giudiziale, pena la futura annullabilità del lodo. È lo stesso commento ufficiale alla riforma del 2006 a disporre in tal senso, agevolando in tal modo il lavoro degli interpreti²⁹⁴. Lo stesso effetto preclusivo alla continuazione dell'arbitrato discenderà da una decisione del giudice statale (sia austriaco che straniero, laddove le norme sul riconoscimento lo consentano) sullo stesso merito arbitrale, che sia divenuta *res iudicata*. La mancata considerazione di tale decisione da parte dell'arbitro integrerà motivo invocabile nell'ambito di un giudizio di annullamento del lodo ai sensi dell'art. 611 (2) n. 8 ZPO.

Dall'analisi che precede, emerge una disciplina del parallelismo di procedure tra arbitrato e giurisdizione statale non esente da dubbi e perplessità²⁹⁵. Se, infatti, non pone soverchi problemi l'ipotesi in cui il procedimento dinanzi al giudice statale sia ancora in uno stadio preliminare (alle prese, magari, con l'accertamento della competenza del giudice adito), mentre il procedimento arbitrale sia già in uno stadio avanzato della trattazione del merito della causa (dato che un lodo passato in giudicato sarebbe senz'altro spendibile nell'ambito del giudizio statale, imponendone la chiusura in rito), meno chiaro è l'effetto di quel lodo *prima del suo passaggio in giudicato* (quando, ad esempio, avverso esso, sia stata proposta un'impugnazione di nullità ai sensi dell'art. 611 Abs 2 Z 1 ZPO). Se, infatti, un'immediata chiusura del giudizio statale potrebbe tradursi in una *frustrierten Aufwand* in

²⁹² V. H. SCHUMACHER, *Current Questions on the Jurisdiction*, cit., 51.

²⁹³ V. G. HUSSLEIN-STICH, *UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit (Internationales Wirtschaftsrecht)*, Köln 1990, 50. La possibilità che il giudice statale possa sospendere il procedimento arbitrale, discussa financo nell'ambito della Commissione che ha redatto la Legge Modello (v. J.E. NEUHAUS, *A Guide to the Uncitral Model Law*, cit., 306), non è in realtà mai stata presa seriamente in considerazione dalla dottrina austriaca.

²⁹⁴ Così il Commento ufficiale alla riforma, *sub* Sez. 584.

²⁹⁵ Alcune voci in dottrina si sono mostrate molto critiche rispetto alla facilità con cui, alla luce delle nuove disposizioni, è possibile, nell'ordinamento austriaco, l'insorgenza di un parallelismo tra procedure in sede, rispettivamente, arbitrale e statale, prospettando, come possibile rimedio, un obbligo in capo all'arbitro di sospendere il procedimento dinanzi ad esso sino a che il giudice statale non si pronunci sulla propria competenza.

tutti i casi in cui il lodo dovesse poi venire annullato, ove il giudice statale, ignorando la pronuncia del lodo, decidesse invece di proseguire nella trattazione del merito, financo pronunciando sentenza, vi sarebbe il rischio che nel frattempo il lodo passi in giudicato, sì da paralizzare la procedibilità del giudizio statale (anche se eventualmente svolgentesi in sede di impugnazione).

Onde evitare i summenzionati inconvenienti, da più parti si suggerisce che il giudice statale, dopo l'avvenuta pubblicazione del lodo sul merito, sospenda il processo statale sino al decorso del termine per la proposizione dell'impugnazione avverso il lodo o, in caso di avvenuta proposizione di detta impugnazione, sino a che il giudice dell'impugnazione non si sia pronunciato²⁹⁶. Ciò consentirebbe al giudice statale, in caso di annullamento del lodo, di evitare di pronunciare una declinatoria che finirebbe per determinare un diniego di giustizia per l'attore.

La soluzione codificata nel primo comma dell'art. 584 OPO (che implementa, *dalla prospettiva del giudice statale*, i principi del sistema delle "vie parallele") diverge da quella adottata, per la medesima fattispecie, ma a fori invertiti, codificata dal terzo comma della medesima norma, che impedisce invece l'instaurazione di un procedimento giudiziale (o arbitrale) *ove un giudizio arbitrale sia già pendente sulla medesima causa*. In tal caso il giudice (o l'arbitro) adito per secondo dovrà rigettare la domanda come *inammissibile*. Con tale disposizione il legislatore della riforma del 2006 ha innanzitutto equiparato la pendenza del giudizio arbitrale a quella del giudizio statale, codificando una soluzione che già prima della riforma era caldeggiata dall'orientamento dominante²⁹⁷ e ricollegando alla proposizione della domanda di arbitrato, in linea di principio, gli stessi effetti derivanti dalla proposizione di una domanda giudiziale. In secondo luogo, il combinato disposto delle disposizioni di cui ai commi 1 e 3 dell'art. 584 ZPO dà luogo alla soluzione della *litispendenza zoppa o unilaterale*, a favore, cioè, del solo procedimento arbitrale iniziato per primo, in applicazione analogica, ma, appunto, solo unidirezionale, della norma di cui all'art. 233 (1) ZPO).

La *ratio* della disciplina austriaca è ravvisabile nell'intenzione di *favorire l'arbitrato*, evitando manovre dilatorie e ostruzionistiche delle parti e scoraggiando il convenuto dal proporre, pendente l'arbitrato, azioni "di disturbo" (sulla competenza o nel merito) dinanzi al giudice statale. Il mero fatto della pendenza di un giudizio arbitrale è dunque elemento sufficiente ad *impedire al giudice qualsivoglia esame sul patto arbitrale*, anche ove questi dovesse nutrire fondati dubbi sulla esistenza e validità di esso²⁹⁸; funzione che egli è invece

²⁹⁶ V. H. SCHUMACHER, *Current Questions on the Jurisdiction*, cit., 52.

²⁹⁷ Così MATSCHER, in JBl 1975, 414 ss. 419, OGH 23.04.1974 4 Ob 18/74 - Veröff: Arb 9228.

²⁹⁸ V. EtlRV 1158 Blg NR 22. GP 10; H. SCHUMACHER, *Current Questions on the Jurisdiction of Arbitral Tribunals*, cit., 49.

chiamato a svolgere ogniqualvolta sia stato adito *prima* dell'instaurazione del giudizio arbitrale.

Dal momento che tale soluzione potrebbe indurre, nella pratica, a condotte distorsive, consentendo ad una parte in mala fede di impedire alla controparte l'accesso al giudice statale, mediante l'instaurazione di un giudizio arbitrale anche quando sia palese l'assenza di un valido patto arbitrale, parte della dottrina, pur a fronte di un dato normativo piuttosto inequivoco nel dare comunque priorità al giudizio dell'arbitro adito per primo e nel paralizzare qualsivoglia azione giudiziale successiva, ritiene che il giudice statale adito per secondo sia non solo legittimato, *ma addirittura obbligato* a svolgere un esame, almeno sommario, sull'esistenza e validità di una convenzione arbitrale. Egli, cioè, dovrebbe poter trattare la causa nel merito e financo deciderla, nonostante la pendenza del giudizio arbitrale, *ogniquale giunga alla conclusione che il patto arbitrale sia manifestamente nullo*²⁹⁹. A fronte di un patto arbitrale palesemente inesistente o invalido, sarebbe altrimenti assurdo, si sostiene, costringere comunque il giudice statale ad astenersi da qualsivoglia valutazione e rimanere forzatamente in attesa non solo della pronuncia di un lodo sul merito, ma addirittura, in caso di impugnazione di questo, della sentenza del giudice dell'impugnazione³⁰⁰. Posto di fronte ad un procedimento arbitrale palesemente illegittimo, insomma il giudice statale dovrebbe infatti poter svolgere uno scrutinio preliminare del patto arbitrale, dato che una sua statuizione, divenuta poi definitiva, circa l'insussistenza della *potestas iudicandi* arbitrale, potrebbe risolvere sul nascere il conflitto positivo di competenza tra arbitrato e giurisdizione statale. Si tratta di posizioni difficilmente conciliabili con il dato normativo, che però, su altri profili, quale ad esempio quello del regime di rilevanza della litispendenza di un giudizio arbitrale, è molto meno univoco.

Una lettura sistematica della norma, che tenga altresì conto del complesso delle disposizioni contenute nell'art. 584 ZPO, rende in ogni caso preferibile l'opzione in favore del rilievo d'ufficio. Come emergerà dall'analisi delle altre disposizioni di questo corposo articolo, infatti, il legislatore austriaco ha introdotto una serie di norme volte al coordinamento reciproco tra le due procedure (arbitrale e giudiziale) e, letto in quest'ottica, anche il meccanismo della litispendenza zoppa si giustifica con l'obiettivo di evitare un parallelismo di procedure sulla medesima causa, attribuendo in prima battuta all'organo che, sulla base di un patto arbitrale non manifestamente nullo, appare quello legittimato in quanto scelto dalle parti, la decisione sulla sua validità e dunque sulla percorribilità della via arbitrale. In tale prospettiva, il rilievo officioso della previa pendenza arbitrale (confinando contestualmente il

²⁹⁹ Critico rispetto a questa tesi P. OBERHAMMER, in B. KLOIBER, W. RECHBERGER, P. OBERHAMMER, H. HALLER, *Das neue Schiedsrecht*, cit., 124 ss.

³⁰⁰ C. HAUSMANNINGER, *Sub Art. 584 ZPO*, in H.W. FASCHING, A. KONECNY, *Kommentar*, cit., Rz 29 ss.

rilievo su istanza di parte al solo patto arbitrale – e la legittimazione del giudice statale a svolgere uno scrutinio preliminare sulla sua sussistenza e validità³⁰¹ –, in mancanza del quale quello può considerarsi tacitamente rinunciato ove non addirittura risolto) è funzionale a garantire che tale meccanismo operi efficacemente.

La normativa austriaca contempla peraltro un automatismo *attenuato* rispetto a quello tipico della litispendenza “zoppa”, consistente nel consentire al giudice statale di evitare una pronuncia di rigetto (con la possibilità, quindi, di svolgere un esame sulla validità del patto e, in caso di esito negativo, di procedere con la trattazione nel merito della causa³⁰²) nei casi in cui, nell’ambito del procedimento arbitrale, l’eccezione di carenza della competenza arbitrale sia stata sollevata *temporaneamente* (non oltre la prima difesa nel merito della controversia) e al giudice statale risulti che una decisione del tribunale arbitrale su di essa non potrà essere resa entro un termine ragionevole. La *ratio* di tale “deroga” all’automatismo che caratterizza la regola della litispendenza zoppa è da ravvisare non solo nell’intento di evitare un utilizzo strumentale, solo a fini dilatori, dell’instaurazione di un giudizio arbitrale, a fronte di un patto palesemente invalido, ma soprattutto nell’intenzione di evitare che il soggetto che agisce per la tutela dei propri diritti sia *esposto per troppo tempo ad una situazione di stallo procedurale*. Ciò anche alla luce dell’art. 6 CEDU, ché altrimenti si finirebbe per incorrere in una sostanziale violazione del diritto fondamentale delle parti di accesso alla giustizia, tramite un uso distorto dello strumento arbitrale, finalizzato cioè unicamente ad ostacolare la controparte nella tutela dei propri diritti per via giudiziaria³⁰³.

Va peraltro osservato che non risulta chiaro l’effetto, sul contestualmente pendente giudizio arbitrale, della decisione del giudice statale di non rigettare la domanda. V’è cioè da chiedersi se l’arbitro possa proseguire indisturbato oppure se, come ritenuto da parte della dottrina³⁰⁴, perda la legittimazione a pronunciarsi sulla propria competenza. Il dato letterale della norma, in uno con un inquadramento sistematico della fattispecie che tenga anche conto della persistente vigenza, nell’ambito del procedimento arbitrale, del principio *Kompetenz Kompetenz*, induce a preferire la prima soluzione, con la conseguenza non solo che l’arbitro mantiene intatto il potere di decidere sulla propria competenza, nonostante la prosecuzione del giudizio statale, ma anche che, ove ciò avvenga, la competenza “sussidiaria” del giudice statale (emersa in conseguenza della lentezza e non prevedibilità circa il futuro andamento della procedura arbitrale), deve venir meno

³⁰¹ Ciò anche nei casi in cui il giudice statale sia adito con una richiesta di concessione di misure cautelari: v. l’art. 585 ZPO.

³⁰² ErlRV 1158 BlgNR 22. GP. 10.

³⁰³ Erl RV 1158 BlgNR 22 GP 10.

³⁰⁴ W. RECHBERGER, W. MELIS, *Art. 584 ZPO*, in W. RECHBERGER, *Kommentar zur ZPO*, cit., Rz 4.

(essendo stato rimosso l'ostacolo ad una piena operatività del meccanismo della litispendenza zoppa), rivelandosi a quel punto *irrelevante* un'ulteriore eccezione di parte sul fatto che il giudizio arbitrale potrebbe impiegare troppo tempo per pervenire ad un pronunciamento sul merito³⁰⁵.

Quanto alla nozione di "termine ragionevole" entro cui la decisione arbitrale sulla competenza dell'arbitro dovrebbe essere resa ("(...) *eine Entscheidung des Schiedsgerichtes hierüber in angemessener Dauer nicht zu erlangen ist*"), mancano, nel *ErlRV*, indicazioni specifiche. Dipenderà, evidentemente, dalle circostanze (tra cui potranno rilevare, ad esempio, lo stadio in cui si trovi il procedimento arbitrale, oppure l'eventuale pianificazione dei passaggi successivi), dovendo farsi anche riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 6 CEDU³⁰⁶, al fine di attenersi a *standards* il più possibile uniformi.

Si registra non poca confusione, in dottrina, in relazione all'ipotesi in cui le parti, durante la pendenza di un giudizio statale, stipulino un patto arbitrale³⁰⁷. In tal caso, secondo Fasching³⁰⁸, il giudice statale sarebbe obbligato a rigettare la domanda proposta dinanzi ad esso, non appena venga instaurata dinanzi all'arbitro la medesima causa tra le stesse parti e la domanda venga notificata al convenuto. Non è chiaro, tuttavia, se il giudice statale debba preliminarmente valutare la esistenza e validità del patto arbitrale, né il motivo per cui il giudice statale dovrebbe divenire incompetente se il giudizio incardinato innanzi a lui sia stato instaurato prima di detta stipulazione, soprattutto alla luce del fatto che si ritiene generalmente che il principio della *perpetuatio fori* non valga nei casi in cui si debba valutare l'ammissibilità della *Rechtsweg*³⁰⁹.

Da ciò discende che la questione del coordinamento tra giudizio ordinario e arbitrato, conseguente alla stipulazione, in corso di causa, di un patto arbitrale, non potrebbe che risolversi in una preliminare questione di competenza³¹⁰. Ciò dovrebbe convincere dell'applicabilità, anche al caso di specie, del combinato disposto dei commi 1 e 3 dell'art. 584 ZPO, ossia della pacifica perseguibilità del giudizio statale una volta che il giudice abbia valutato come non esistente o non valido il patto arbitrale, senza che la successiva instaurazione del giudizio arbitrale

³⁰⁵ V. H. SCHUMACHER, *Current Questions on the Jurisdiction of Arbitral Tribunals*, cit., 51.

³⁰⁶ Vgl. ErlRV 1158 Blg NR 22 GP 10. Il commento ufficiale alla riforma rinvia, infatti, per la determinazione della nozione di "tempo ragionevole", all'art. 6 della Convenzione EDU e alla relativa giurisprudenza: v. per riferimenti H. SCHUMACHER, *Current Questions on the Jurisdiction of Arbitral Tribunals*, cit., 50.

³⁰⁷ Su tale ipotesi v. C. HAUSMANNINGER, *Sub Art. 584 ZPO*, in H.W. FASCHING, A. KONECNY, *Kommentar*, cit., Rz 39.

³⁰⁸ H.W. FASCHING, *Lehrbuch*, cit., Rz 2183.

³⁰⁹ V. ogh 2 Ob 140/89, SZ 63/11; 5 Ob 523/95; 2 Ob 27/03i, RdM 2004/122.

³¹⁰ Così, nel vigore della precedente disciplina, v. anche MATSCHER, in JBL 1975, 453.

abbia alcuna ripercussione su di esso. V'è tuttavia chi ritiene che, ove l'attore non ritiri spontaneamente l'azione proposta dinanzi al giudice statale, questa possa proseguire, obbligando addirittura l'arbitro a dichiararsi incompetente³¹¹.

10.3. *Gli effetti della declinatoria arbitrale non ancora divenuta definitiva e l'opzione alternativa, per la parte, di impugnarla o di adire il giudice statale. Vari scenari*

Il secondo comma dell'art. 584 detta una regola davvero peculiare per quanto attiene all'efficacia, nei confronti del giudice statale, della decisione dell'arbitro sulla propria competenza. Esso statuisce infatti che, una volta che l'arbitro abbia declinato la propria competenza, in ragione della ritenuta insussistenza di un patto arbitrale valido e idoneo ad essere eseguito, *il giudice statale non possa a sua volta rigettare la domanda in rito*, allegando l'esistenza di un patto arbitrale valido e dunque, in relazione alla domanda proposta, la sussistenza della *potestas iudicandi* dell'arbitro.

Dalla formulazione della norma (che non fa alcun esplicito riferimento al momento in cui il giudice statale venga adito, né al carattere, definitivo o meno, della pronuncia arbitrale), deve desumersi (alla luce del fatto che un'azione giudiziale non è proponibile una volta instaurato il giudizio arbitrale), da un lato, che l'azione giudiziale in questione potrebbe essere già stata proposta prima dell'instaurazione di quella arbitrale (oppure solo a seguito della declinatoria dell'arbitro); dall'altro, che il lodo declinatorio, per produrre l'efficacia "esterna" delineata dalla norma, *non deve essere necessariamente passato in giudicato*.

Tale ultima conclusione trova del resto conferma nella seconda parte della norma, laddove si statuisce che, a seguito di declinatoria pronunciata dall'arbitro, la parte che abbia adito, nel merito, il giudice statale, *perde il diritto di impugnare il lodo declinatorio* con l'impugnazione per nullità ai sensi dell'art. 611 ZPO. Se il lodo è ancora impugnabile, e all'attore è lasciata l'alternativa tra impugnarlo o adire direttamente l'autorità giudiziaria con la medesima domanda nel merito proposta precedentemente in sede arbitrale, significa che gli effetti del lodo, che vincola il giudice statale a quanto, sulla questione dell'esistenza e validità del patto arbitrale, abbia statuito l'arbitro, *si producono ancor prima del passaggio in giudicato del lodo medesimo* e dell'acquisizione, da parte dello stesso, del carattere dell'incontrovertibilità. La rinuncia all'impugnazione del lodo, pare di capire, verrebbe meno ove l'attore ritirasse la domanda nel merito e non fossero ancora decorsi i termini per la sua proposizione.

³¹¹ Così W. RECHBERGER in C. LIEBSCHER, P. OBERHAMMER, W. RECHBERGER, *Schiedsverfahrensrecht*. cit., 517.

La scelta che la norma impone all'attore in arbitrato, tra un'impugnazione del lodo declinatorio e un'azione giudiziale vertente sul medesimo oggetto previamente dedotto in arbitrato, mira ad evitare la sovrapposizione di procedure giudiziali originanti dalla medesima disputa, pur se aventi un oggetto diverso (il controllo della legittimità del lodo, in un caso; la disputa nel merito, nell'altro) e svolgentesi dinanzi a giudici diversi.

Nel caso in cui l'attore, dapprima proponga impugnazione avverso il lodo declinatorio e, pendente l'impugnazione, agisca successivamente in giudizio proponendo la medesima domanda previamente dedotta in arbitrato, si ritiene che l'impugnazione debba essere rigettata come infondata dal giudice dell'impugnazione³¹². Se è impedita la sovrapposizione di rimedi, è invece sempre consentita la loro proposizione in momenti diversi (proposizione dell'impugnazione avverso il lodo declinatorio; rigetto della stessa; successiva proposizione di una domanda giudiziale nel merito).

Come detto in apertura del presente paragrafo, si tratta di soluzione davvero peculiare, che non trova praticamente riscontro negli altri ordinamenti. La peculiarità risiede non tanto nel fatto che l'attore in arbitrato possa rinunciare all'impugnazione del lodo arbitrale che abbia pronunciato (negativamente) sulla sola competenza (dal momento che numerosi ordinamenti stranieri riconoscono il potere delle parti di convenire una rinuncia, preventiva, all'impugnazione del lodo, non solo per motivi attinenti alla esistenza o validità di un patto arbitrale, ma financo per violazione dell'ordine pubblico), quanto nel fatto che *la declinatoria dell'arbitro*, pur se ancora potenzialmente controvertibile, *vincoli il giudice statale all'accertamento compiuto dall'arbitro* sulla propria competenza. Tale soluzione consente all'ordinamento austriaco di *evitare un conflitto negativo di competenza e dunque il rischio di un diniego di giustizia*, mediante l'introduzione di un meccanismo che assomiglia al meccanismo disciplinato dal nostro art. 44 c.p.c. per il caso di declinatoria in relazione ai criteri di competenza "deboli". La peculiarità della norma si coglie, però, anche sotto altri due profili.

Da un lato, essa si riferisce *unicamente al caso della declinatoria di competenza* da parte dell'arbitro, *non, invece, a quello di una statuizione affermativa della propria competenza*. Dall'altro, delinea un vincolo solo unidirezionale, del lodo nei confronti del giudice statale, ma non viceversa.

Quanto al primo profilo, va osservato che, nel vigore del precedente impianto normativo, *una pronuncia declinatoria dell'arbitro sulla propria competenza non era qualificata come lodo*, non potendo dunque essere impugnata dinanzi al giudice

³¹² Così A. FREMUTH WOLF, in S. RIEGLER, A. PETSCHKE, A. FREMUTH-WOLF, M. PLATTE, C. LIEBSCHER, *Arbitration Law of Austria*, cit., 196.

statale³¹³, né produrre l'effetto della cosa giudicata³¹⁴. Al fine di evitare un *conflitto negativo di competenza* (ovvero una declinatoria del giudice statale sulla propria competenza, successiva a quella pronunciata dall'arbitro), la dottrina aveva elaborato una tesi, per la verità molto criticata sotto il profilo teorico, anche se sostanzialmente "avallata" in ragione delle sue fruttuose ripercussioni pratico-applicative³¹⁵, secondo cui il giudice statale era vincolato alla declinatoria arbitrale di competenza, in quanto *fatto* che doveva essere assunto come *pacífico* da parte del giudice statale³¹⁶.

L'attuale comma 2 dell'art. 584 ZPO risolve la precedente lacuna normativa (di fatto recependo la soluzione in precedenza elaborata dalla dottrina³¹⁷), con soluzione applicabile tuttavia unicamente ai casi in cui un tribunale arbitrale declini la competenza per l'asserita inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione di arbitrato. Ove, invece, la pronuncia declinatoria dipenda dal fatto che, in relazione alla controversia dedotta, e sulla base di quel medesimo patto, sia competente *un altro tribunale arbitrale*, il giudice statale rimane ovviamente libero di declinare a sua volta la propria competenza, invocando l'esistenza di un valido patto arbitrale³¹⁸. Ciò che impedisce alla parte di iniziare *deliberatamente* una procedura arbitrale dinanzi al tribunale arbitrale non competente, ottenendo così, dopo la probabile declinatoria da questi pronunciata, di incardinare stabilmente l'azione dinanzi al giudice statale (che, secondo il dettato della norma, non potrebbe a sua volta rigettare la domanda invocando la competenza arbitrale: "(...) *so darf das Gericht eine Klage darüber nicht mit der Begründung zurückweisen, dass für die Angelegenheit ein Schiedsgericht zuständig*"), così aggirando l'obbligo originario di deferire la controversia in arbitrato³¹⁹.

La norma va altresì letta in combinato disposto con l'art. 611 (1) e (2) n. 1 ZPO, che consente l'impugnazione, nel termine di tre mesi dalla ricezione del lodo, delle decisioni che abbiano pronunciato sulla competenza dell'arbitro (sia di quelle affermative in assenza di un valido patto arbitrale, sia di quelle declinatorie in presenza di un valido patto arbitrale³²⁰). Si ha, dunque, l'attribuzione, alla pro-

³¹³ V. A. FREMUTH-WOLF, 2004, 263 ss.

³¹⁴ V. OGH 21 febbraio 1922, 2 Ob 17/22, SZ 4/23.

³¹⁵ Così A. FREMUTH WOLF, 2004, 269; S. RIEGLER, A. PETSCHKE, A. FREMUTH-WOLF, M. PLATTE, C. LIEBSCHER, *Arbitration Law of Austria*, cit., 190.

³¹⁶ Così W. RECHBERGER, W. MELIS, *Art. 595 ZPO*, in W. RECHBERGER, *Kommentar zur ZPO*, cit., 2000, mn. 2

³¹⁷ Un'azione di annullamento è dunque ammissibile indipendentemente dal fatto se il tribunale arbitrale abbia affermato o negato la propria *potestas iudicandi*: v. il Commento ufficiale alla riforma, Sez. 611.

³¹⁸ V. il Commento ufficiale alla riforma, Sez. 584.

³¹⁹ V. il Commento ufficiale alla riforma, Sez. 584.

³²⁰ L'art. 611, comma 2, n. 1 recita infatti testualmente: "*Ein Schiedsspruch ist aufzuheben, wenn*

nuncia declinatoria arbitrale, dello *status* di vero e proprio lodo, con possibilità di autonoma impugnazione e idoneità ad esplicare un'efficacia preclusiva nei confronti di un successivo giudizio statale.

Come detto, il meccanismo coniato dal legislatore austriaco, che prevede un vincolo del giudice statale alla pronuncia dell'arbitro sulla propria competenza, riguarda unicamente il caso in cui l'arbitro *l'abbia declinata*, non invece, il caso opposto in cui l'abbia affermata. *Nulla quaestio*, tuttavia, sulla facoltà dell'arbitro di pronunciare *anche una decisione affermativa della propria competenza*. Essa discende non solo dalla pacifica applicabilità, anche all'arbitrato, del principio *Kompetenz Kompetenz*, codificata dal comma 1 dell'art. 592 ZPO, che non fa distinzioni tra pronuncia affermativa o declinatoria ove statuisce che il tribunale arbitrale decide sulla propria competenza e che tale decisione può essere resa con lodo separato o assieme alla decisione sul merito³²¹ (anzi, proprio la previsione di un lodo separato è ipotesi che si riferisce unicamente ad una pronuncia affermativa della competenza); ma anche dal fatto che l'art. 611, in tema di impugnazione del lodo arbitrale, prevede espressamente l'annullabilità di un lodo, ogniqualvolta sia accertato che non esista un valido patto arbitrale – “*Ein Schiedsspruch ist aufzuheben, wenn 1. eine gültige Schiedsvereinbarung nicht vorhanden ist (...)*” – (dovendosi argomentare, *a contrario*, che il lodo abbia invece affermato, espressamente o implicitamente, la sussistenza della competenza arbitrale). Nemmeno sul fatto che anche una pronuncia dell'arbitro affermativa della propria competenza sia idonea a passare in giudicato vi sono dubbi, dal momento che quella pronuncia è immediatamente impugnabile, ai sensi dell'art. 611 (2), n. 1, ZPO, entro un termine perentorio di tre mesi: la mancata impugnazione o il rigetto della stessa renderà definitiva, e vincolante sia per l'arbitro che per i giudici statali, la pronuncia arbitrale affermativa della competenza. Ciò detto, rimane una sostanziale differenza di disciplina tra la declinatoria di competenza e la pronuncia affermativa della stessa da parte dell'arbitro, dato che solo nel primo caso si avrà un'immediata efficacia extraprocessuale, a prescindere, cioè, dall'acquisizione della definitività della pronuncia, imponendo al giudice statale di conformarsi alla valutazione compiuta dall'arbitro circa l'inesistenza di una valida ed efficace pattuizione arbitrale.

Quanto, poi, al secondo dei summenzionati profili (relativo all'assenza di una disposizione espressa sull'efficacia vincolante della decisione del giudice statale che abbia affermato o negato la competenza arbitrale), va osservato che tale omis-

1. eine gültige Schiedsvereinbarung nicht vorhanden ist, oder wenn das Schiedsgericht seine Zuständigkeit verneint hat, eine gültige Schiedsvereinbarung aber doch vorhanden ist (...)”.

³²¹ La norma recita testualmente: “(1) *Das Schiedsgericht entscheidet selbst über seine Zuständigkeit. Die Entscheidung kann mit der Entscheidung in der Sache getroffen werden, aber auch gesondert in einem eigenen Schiedsspruch*”.

sione è *intenzionale*, come chiaramente emerge dai lavori preparatori³²². Ciò perché era ed è opinione pacifica che, dall'insieme delle norme rilevanti consegue che un lodo arbitrale, in contrasto con una decisione del giudice statale che abbia affermato o negato la competenza dell'arbitro, sia suscettibile di essere impugnato ed annullato ai sensi dell'art. 611 (2), n. 1, ZPO³²³; da quella stessa norma discende altresì che, a quella decisione giudiziale, sarà vincolato anche il giudice dell'impugnazione del lodo arbitrale³²⁴.

Ciò, peraltro, solo allorquando il tribunale abbia la propria sede nell'ordinamento austriaco. Nel caso di arbitrato estero, l'efficacia vincolante di una decisione del giudice statale austriaco sulla competenza dell'arbitrato dipenderà dalla sua idoneità ad essere riconosciuta come efficace e vincolante nella giurisdizione della sede e, dunque, in base ad una legislazione straniera. È dunque possibile che, in quest'ultimo scenario, sorga un conflitto positivo o negativo tra arbitrato e giurisdizione statale sulla questione della competenza arbitrale, fatto sempre salvo il caso che, ove quel lodo debba essere riconosciuto in Austria, l'esistenza di una decisione giudiziale definitiva che abbia negato la *potestas iudicandi* arbitrale osterà al suo riconoscimento.

È evidente, peraltro, che il vincolo del giudice statale alla sua stessa decisione sulla competenza non può che presupporre che le circostanze non mutino. Ove, ad esempio, il giudice abbia rigettato la domanda ritenendo esistente e valido un patto arbitrale invocato dalle parti, potrà essere nuovamente adito in relazione alla medesima causa e deciderla nel merito se nel frattempo quel patto arbitrale sia stato risolto o modificato dalle parti.

La possibilità, per le parti, di impugnare dinanzi al giudice statale sia la decisione arbitrale affermativa che quella declinatoria della competenza implica l'impossibilità, per le stesse, di attribuire all'arbitro, per via pattizia, il potere di decidere in via esclusiva, definitiva e vincolante sulla questione della esistenza e validità del patto arbitrale. Sarà infatti sempre il giudice statale ad avere l'ultima parola su tale questione. Ne segue l'inammissibilità, nell'ordinamento austriaco, dell'istituto della *Kompetenz Kompetenz Klausel*.

³²² S. RIEGLER, A. PETSCHKE, A. FREMUTH-WOLF, M. PLATTE, C. LIEBSCHER, *Arbitration Law of Austria*, cit., 192.

³²³ V., in tal senso, il Commento ufficiale alla riforma, Sez. 584.

³²⁴ Così H. SCHUMACHER, *Current Questions on the Jurisdiction of Arbitral Tribunals*, cit., 45; W. RECHBERGER in C. LIEBSCHER, P. OBERHAMMER, W. RECHBERGER, *Schiedsverfahrensrecht*, cit., 513 ss.; OBERHAMMER, *Entwurf eines neuen Schiedsverfahrensrechts*, cit., 56, che, per queste ragioni ritiene inutile un'espressa regolamentazione dell'efficacia vincolante della decisione sulla competenza resa dal giudice statale. V. anche OGH 22 marzo 2001, 4 Ob 63/01w (inedita), per cui la Sez. 46 (1) JN non limiterebbe l'effetto vincolante di una decisione del giudice statale alle decisioni concernenti la propria competenza, in quanto una decisione relativa alla carenza di competenza di un tribunale arbitrale parimenti vincolerebbe i giudici statali.

Infine, manca, nell'art. 584 ZPO, una norma corrispondente a quella contenuta nell'art. 1032, comma 2, ZPO tedesca, secondo cui le parti, sino al momento della costituzione del tribunale arbitrale, hanno facoltà di proporre al giudice ordinario una domanda di mero accertamento vertente esclusivamente sull'ammissibilità o inammissibilità della procedura arbitrale³²⁵. Come emerge dai lavori preparatori della legge di riforma, i redattori hanno preferito non adottare un simile istituto, né, più un generale, codificare l'ammissibilità di un'azione volta ad un mero accertamento dell'(in)esistenza, (in)validità o (in)efficacia di un patto arbitrale³²⁶, ritenendo che a garantire le esigenze di certezza e celerità fossero sufficienti, da un lato, la previsione dell'*impugnabilità immediata* della decisione arbitrale separata sulla competenza e, dall'altro, la possibilità di contestare la competenza dell'arbitro e del giudice statale nell'ambito, rispettivamente, del giudizio arbitrale e del giudizio statale³²⁷.

10.4. *L'espressa previsione di una* *trasmigrazione della causa bilaterale tra arbitrato e giurisdizione statale*

A differenza dell'ordinamento italiano, dove, alla sancita ammissibilità (per via giurisprudenziale) dell'istituto della *trasmigrazione bilaterale della causa* tra la sede arbitrale e quella giudiziale (e viceversa), non s'accompagna la previsione dell'efficacia extraprocessuale vincolante della decisione (giudiziale o arbitrale) sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, l'ordinamento austriaco disciplina sia il vincolo all'accertamento sia, separatamente, in un'altra norma, l'istituto della *trasmigrazione del processo* dall'arbitro al giudice e viceversa, delineando così un sistema che, oltre ad eliminare *tout court* l'inconveniente della perdita degli effetti sostanziali e processuali prodotti a seguito della proposizione della domanda all'organo poi dichiaratosi incompetente e il rischio di un diniego di giustizia, riduce al minimo il verificarsi o comunque il protrarsi di un conflitto negativo di competenza tra arbitrato e giurisdizione statale.

³²⁵ Su cui v. C. ASCHAUER, *Keine Klage auf Feststellung*, cit., 413 ss.

³²⁶ P. OBERHAMMER, in B. KLOIBER, W. RECHBERGER, P. OBERHAMMER, H. HALLER, *Das neue Schiedsrecht*, cit., 121, 124.

³²⁷ Non è altresì prevista, per un tribunale arbitrale o un giudice statale, la possibilità di imporre ad una parte di iniziare una procedura arbitrale (*action to compell arbitration*) né di astenersi dall'intraprendere un'azione giudiziale o di rinunciare ad una domanda giudiziale già proposta (*anti-suit injunction*). L'unico rimedio concesso ad una parte, a fronte della violazione ad opera dell'altra parte di un patto arbitrale, consiste nella facoltà di sollevare la relativa eccezione dinanzi al giudice statale. Appare dunque improbabile che un giudice austriaco riconosca ed esegua un'*anti-suit injunction* pronunciata da un giudice straniero o da un tribunale arbitrale avente sede all'estero: così A. FREMUTH-WOLF, 2004, 190 ss.

Il quarto comma della norma in esame, infatti, dispone che, nel caso di declinatoria pronunciata da un giudice, in ragione dell'accertata sussistenza della competenza dell'arbitro, o da un arbitro in ragione dell'accertata insussistenza di un valido patto arbitrale e quindi della sussistenza della competenza del giudice statale, o, ancora, nel caso di annullamento di un lodo da parte del giudice dell'impugnazione in ragione della carenza di *potestas iudicandi* dell'arbitro, la causa si intende proseguita (“(...) *so gilt das Verfahren als gehörig fortgesetzt* (...)”), in caso di sua immediata riassunzione (“(...) *wenn unverzüglich Klage (...) erhoben wird*”) dinanzi al giudice statale o al tribunale arbitrale competenti.

La norma, che introduce un meccanismo di trasmigrazione che tecnicamente si differenzia da una vera e propria *translatio iudicii* (dato che, nell'ordinamento austriaco, essa vige unicamente nei rapporti tra autorità giudiziarie statali³²⁸), mira ad evitare che pronunce a contenuto meramente processuale (nonché le difficoltà che possono avere le parti nell'individuare l'organo competente in relazione ad una disputa coperta da un patto arbitrale) vadano a detrimento del diritto delle parti ad ottenere una tutela giurisdizionale *sul merito delle liti*, provocando il maturarsi di prescrizioni e decadenze nel caso di proposizione di una domanda dinanzi al giudice statale o all'arbitro poi dichiaratisi incompetenti. La “continuazione” del processo consente la conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda – tra cui, in particolare, quello dell'interruzione della prescrizione o dell'impedimento di una decadenza (questo il senso dell'espressione “(...) *so gilt das Verfahren als gehörig fortgesetzt*”) – nel passaggio da un foro all'altro.

Nella Legge Modello manca una previsione corrispondente, avendo i redattori ritenuto preferibile non prendere posizione espressa sulla questione, lasciandone l'eventuale introduzione e disciplina al legislatore nazionale³²⁹. Lo stesso dicasi per la ZPO tedesca, nella quale l'art. 1044 si limita a regolare unicamente la questione della pendenza del giudizio arbitrale (*Schiedshaengigkeit*)³³⁰.

Nel vigore della precedente legge austriaca sull'arbitrato, l'OGH aveva avuto occasione di chiarire che, ai sensi dell'art. 1497 ABGB, un'azione proposta al giudice *competente* sospendeva la prescrizione³³¹, mentre una domanda proposta dinanzi ad un giudice *incompetente* non produceva l'effetto sospensivo³³². La mancata previsione di una *trasmigrazione della causa* nei rapporti tra arbitrato e giuri-

³²⁸ V. art. 230 e 261 (6) ZPO.

³²⁹ M. ROTH, in F.B. WEIGAND, A. BAUMANN, *Practitioner's Handbook*, cit., art. 16 mn 24.

³³⁰ La questione è però affrontata dall'art. 204 (1) n. 11 della BGB, ai sensi della quale il termine di prescrizione non corre (*ist gehemmt*) durante la pendenza del giudizio arbitrale.

³³¹ OGH 31 marzo 1966, 5 Ob 30/66, SZ 39/63; OGH 5 ottobre 1910, Rv V, 1538/10, Giunf 5202.

³³² OGH 28 agosto 2003, 8 ObA 60/03 m, in Arb. 12 .353.

sdizione ordinaria³³³ si era tradotta in un incentivo al fenomeno del parallelismo di procedure, spesso instaurate dallo stesso attore per il timore di incorrere in prescrizioni o decadenze in caso di declinatorie, contestuali o successive, pronunciate dagli organi aditi.

La norma in commento non indica con precisione il termine entro il quale la causa debba essere riassunta dinanzi al giudice o all'arbitro competente, limitandosi a richiedere che l'assunzione avvenga "*immediatamente*". L'espressione, volutamente vaga, lascia un certo qual margine di flessibilità al fine di tenere conto delle particolari circostanze del caso concreto (ad esempio, del tempo necessario a costituire un tribunale arbitrale), anche se rimanda ad un lasso temporale più circoscritto rispetto ad espressioni più elastiche utilizzate da altri legislatori in relazione a fattispecie simili ("tempestivamente", "entro un tempo ragionevole", "senza ritardo" ...).

Ad ogni modo, come emerge dai lavori preparatori, ad integrare una riassunzione è considerata sufficiente la domanda di una parte volta alla costituzione del tribunale arbitrale³³⁴.

10.5. *Il divieto di venire contra factum proprium*

L'ultimo comma dell'art. 584 ZPO codifica, per la prima volta³³⁵, il principio del divieto del *venire contra factum proprium*. Né la Legge Modello, né la legge arbitrale tedesca contemplano una norma simile (senza peraltro che ciò abbia impedito alla dottrina e giurisprudenza tedesche di sanzionare i comportamenti contraddittori delle parti, invocando la Sez. 242 del BGB³³⁶).

La norma dispone che una parte, che abbia invocato l'esistenza di un patto arbitrale in una fase anteriore del procedimento (pare, dunque, doversi escludere il caso in cui l'invocazione di un patto arbitrale sia avvenuta in una fase stragiudiziale, ad esempio nel corso di una corrispondenza tra le parti prima dell'instaurazione del giudizio³³⁷ o nell'ambito di meccanismi quali le c.d. *pre-trial settlement negotia-*

³³³ OGH 17 maggio 2001, 7 OB 67/01 ss. RdW, 2002/21.

³³⁴ W. RECHBERGER, W. MELIS, Sez. 584 ZPO, in W. RECHBERGER, *Kommentar zur ZPO*, cit., mn 5.

³³⁵ Mancava, infatti, una norma simile nella precedente normativa: v. A. FREMUTH-WOLF, 2004, 156 ss.

³³⁶ WAGNER in F.B. WEIGAND, A. BAUMANN, *Practitioner's Handbook*, cit., mn 79. Sul tema v. anche, per una prospettiva simile, OLG Francoforte, 1 ottobre 1998, 1 U 163/96, RIW 1999, 461.

³³⁷ Condotta che dovrebbe comunque poter essere sanzionata, al di fuori dell'ambito applicativo della norma in commento e alla luce dei principi elaborati dall'OLG di Vienna nella decisione del 15 dicembre 1998 (13 R 154/98 g, Eclex 1999/96), per la quale sussisterebbe un abuso del diritto ogniqualvolta, prima del processo, il rappresentante dell'attore abbia proposto al rappresen-

tions), non possa allegare l'inesistenza dello stesso in una fase successiva, salvo che non siano mutate circostanze essenziali (quali, ad esempio, la stipula, in un momento successivo, di un accordo tra le parti per risolvere il patto arbitrale o un peggioramento della situazione finanziaria di una delle parti).

Con l'espressione *verfahrens* (*proceedings*) il legislatore pare aver inteso riferirsi sia alla procedura arbitrale che a quella giudiziale complessivamente (e/o congiuntamente) considerate, comprendendo, dunque, sia il caso in cui il convenuto nel giudizio statale eccepisca la carenza di competenza del giudice statale adito in ragione dell'esistenza di un patto arbitrale e successivamente, a seguito del rigetto della domanda giudiziale per incompetenza, eccepisca dinanzi al tribunale arbitrale l'inesistenza o invalidità di quello stesso patto; sia il caso in cui l'attore, a fronte di una domanda riconvenzionale proposta dal convenuto, eccepisca l'esistenza o validità di un patto arbitrale al fine di stralciare detta riconvenzionale dalla trattazione, e successivamente, a seguito del rigetto in rito della domanda, per accertata incompetenza del giudice su di essa, contesti dinanzi all'arbitro (precedentemente o successivamente adito) l'esistenza e validità di quello stesso patto; sia, infine, il caso in cui l'attore in arbitrato, che abbia fatto affidamento sulla esistenza e validità del patto compromissorio, impugni il lodo che lo ha visto soccombente nel merito, allegando l'invalidità di quel medesimo patto³³⁸.

Stando alla lettera della norma, il comportamento censurato è quello di chi contesti in un secondo momento un patto di cui aveva in precedenza affermato l'esistenza e validità. Tuttavia, dato che la *ratio* piuttosto evidente a fondamento di questa norma è quella di sanzionare la condotta di una parte che tenga posizioni contraddittorie in relazione alla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, è ragionevole estenderne l'applicabilità anche al caso in cui una parte abbia dapprima contestato l'esistenza di un valido patto arbitrale dinanzi all'arbitro per ottenere una chiusura in rito del giudizio arbitrale e dipoi abbia invocato quel medesimo patto per paralizzare il giudizio statale.

10.6. *Alcune peculiarità della disciplina dalla prospettiva del giudizio arbitrale (Art. 592 ZPO). La pronuncia separata dell'arbitro sulla propria competenza e la sua impugnabilità immediata. Vari scenari*

Per quanto riguarda la problematica dei rapporti arbitro-giudice *dalla prospettiva dell'arbitro*, la norma di cui all'art. 592 ZPO detta alcune previsioni rilevanti.

tante del convenuto di stipulare un patto arbitrale e questi abbia replicato di riservarsi tutte le eccezioni contro un'eventuale futura azione, allorché poi venga eccepita l'incompetenza.

³³⁸ Si pensi, altresì, al caso in cui, a seguito del rigetto, da parte dell'arbitro, della domanda attorea, per carenza di *potestas iudicandi*, l'attore impugni la parte della decisione sui costi, allegando contestualmente la carenza di quella *potestas*.

Oltre a codificare espressamente il principio *Kompetenz Kompetenz*, statuendo che l'arbitro può giudicare sulla propria competenza ("*Das Schiedsgericht entscheidet selbst über seine Zuständigkeit*")³³⁹, principio tuttavia pacifico anche nel contesto della precedente normativa³⁴⁰, il primo comma della norma, in combinato disposto con il terzo comma, introduce una tra le innovazioni più rilevanti della riforma del 2006 (assieme all'art. 611), ossia la facoltà, attribuita al tribunale arbitrale, di decidere sulla propria competenza non solo assieme al merito, ma anche *mediante un lodo arbitrale separato, immediatamente impugnabile*³⁴¹.

È chiaro, in questo caso, l'influsso dell'art. 16 della Legge Modello, recepito altresì, in precedenza, dall'ordinamento tedesco, che contempla tale possibilità all'art. 1040, comma 3 ZPO. La scelta se decidere separatamente sulla questione di competenza o continuare con la trattazione della causa e decidere la questione solo assieme al merito rientra nella discrezionalità dell'arbitro, dipendendo spesso la scelta dal grado di interrelazione della questione con l'oggetto sostanziale della disputa (si pensi ai casi di contestazione dell'efficacia e opponibilità della convenzione arbitrale ad una pluralità di parti, nell'ambito di fenomeni quali il collegamento contrattuale o i gruppi di società). Nel vigore della precedente normativa, l'impossibilità, per l'arbitro, di emettere una pronuncia separata sulla propria competenza, che fosse immediatamente impugnabile (sussistendo unicamente la possibilità di emettere una *decisione provvisoria sulla competenza – Zwischenentscheidung –*, non vincolante, in quanto inidonea ad assumere la forma di un lodo³⁴²), in uno con il fatto che non vi fosse alcuna norma che imponesse la proposizione dell'eccezione della carenza di competenza arbitrale *entro un determinato termine*, corroborata dalla sanzione di non poterla più sollevare in un momento successivo della procedura, aveva dato luogo a prassi poco efficienti dal punto di vista procedurale. Da un lato, la contestazione della *potestas iudicandi* dell'arbitro poteva essere mossa addirittura successivamente alla pronuncia del lodo di merito, ossia per la prima volta in sede di impugnazione di nullità. Dall'altro, la parte che intendeva contestare l'eventuale decisione arbitrale affermativa della competenza doveva attendere la fine del procedimento arbitrale ed impugnare il lodo di merito, invocando il motivo della invalidità del patto arbitrale³⁴³.

³³⁹ M. PLATTE, *An Arbitrator's Duty to Render Enforceable Awards*, 20 (3), in *J. Int'l Arb.* 2003, 307 ss. Si ritiene, invece, che, in linea di principio, sia da escludere il potere di rilievo officioso dell'arbitro, anche alla luce del fondamentale principio di autonomia delle parti: così S. RIEGLER, A. PETSCHKE, A. FREMUTH-WOLF, M. PLATTE, C. LIEBSCHER, *Arbitration Law of Austria*, cit., 302.

³⁴⁰ Così W. RECHBERGER, W. MELIS, Sez. 577 ZPO, in W. RECHBERGER, *Kommentar zur ZPO*, cit., mn 13; H.W. FASCHING, *Lehrbuch*, 2 nd ed. 1990, mn. 2185.

³⁴¹ A sua volta, la decisione del giudice statale che decide sull'impugnazione è soggetta ad impugnazione.

³⁴² OGH 28 novembre 2000, 1 Ob 126/00 m, ecolex 2001, 123.

³⁴³ W. RECHBERGER, W. MELIS, Sez. 577 ZPO, in W. RECHBERGER, *Kommentar zur ZPO*, cit., mn 13; OGH 25 giugno 1992, 7 Ob 545/92, SZ 65/95.

La riforma ha dunque innovato su questi due aspetti, consentendo, da un lato, una pronuncia separata dell'arbitro sulla propria competenza, soggetta ad immediata impugnazione, per i motivi di cui ai nn. 1 e 3 (in mancanza della quale la questione diventa *res iudicata* e non più rivedibile da un successivo giudice o arbitro); obbligando la parte, dall'altro, a sollevare – entro un termine determinato, pena la perdita del diritto a contestare la competenza del tribunale in un momento successivo – le eccezioni alla *potestas iudicandi* dell'arbitro (sia di quelle relative all'asserita assenza di un valido patto arbitrale, sia di quelle relative all'esorbitanza delle domande e conclusioni delle parti rispetto all'ambito di applicazione della convenzione arbitrale).

Parimenti a quanto statuito dall'art. 1040 (3) ZPO nell'ordinamento tedesco, il terzo comma della norma in esame prevede che, pendente il giudizio di impugnazione avverso un lodo con cui l'arbitro abbia affermato la propria competenza, l'arbitro possa continuare il procedimento e financo pronunciare un lodo sul merito (ciò che, di regola, avverrà quando sia l'eccezione a suo tempo sollevata, sia l'impugnazione proposta avverso il lodo gli appaiano infondate, oppure proposte per mere ragioni dilatorie), salvo che non ritenga più opportuno sospendere il procedimento.

Il fatto che il combinato disposto dei commi 1 e 3 si riferisca *unicamente alla decisione affermativa di competenza*, si spiega con il fatto che, da un lato, la pronuncia declinatoria di competenza trova già una sua compiuta disciplina nel combinato disposto degli artt. 584, comma 2 e 611, comma 2, n. 1, ZPO, ai sensi dei quali, a seguito di una pronuncia declinatoria, l'attore può scegliere se adire il giudice di prime cure con la medesima domanda previamente dedotta in arbitrato (ciò che implicherebbe, *ipso iure*, la rinuncia all'impugnazione del lodo declinatorio), oppure *se impugnare direttamente il lodo arbitrale*, entro il termine di tre mesi, adducendo il motivo dell'esistenza di un valido patto arbitrale; dall'altro, occupandosi il comma 3 dell'art. 592 ZPO di "continuazione del giudizio arbitrale" nonostante la pendenza dell'impugnazione, è evidente che esso si riferisca unicamente al caso di pronuncia affermativa della competenza arbitrale, non potendo esserci, in caso di declinatoria, alcuna continuazione (o eventualmente sospensione) del giudizio.

In conseguenza della scelta dell'arbitro di proseguire o sospendere il giudizio mentre pende l'impugnazione *ex art. 592*, comma 3 ZPO avverso il lodo affermativo della competenza, si possono profilare diversi scenari.

In primo luogo, ove una decisione del giudice dell'impugnazione, che accerti la carenza di *potestas iudicandi* dell'arbitro, intervenga *dopo* la pronuncia del lodo, ma *prima del decorso* dei termini per proporre l'impugnazione avverso il lodo di merito, la parte soccombente nel merito potrà impugnare il lodo facendo valere quella sentenza al fine di ottenerne un annullamento ai sensi dell'art. 611 (2) n. 1, 3 o 5 ZPO.

In secondo luogo, ove, invece, il lodo di merito intervenga quando ancora penda il giudizio di impugnazione avverso il lodo separato sulla competenza, l'eventuale impugnazione del lodo di merito condurrà verosimilmente ad una riunione delle due procedure di impugnazione.

In terzo luogo, ove una decisione del giudice dell'impugnazione, che accerti la carenza di *potestas iudicandi* dell'arbitro, intervenga quando ancora penda il giudizio arbitrale sul merito, questo non potrà che arrestarsi in rito (con possibile decisione sui costi³⁴⁴), nonostante l'art. 608 (1) ZPO non contempri espressamente questa ipotesi tra quelle di estinzione del procedimento; in caso contrario, il futuro lodo sarà senz'altro soggetto ad annullamento.

In quarto luogo, nel caso in cui, prima della fine del giudizio arbitrale, il giudice statale rigetti l'impugnazione proposta avverso il lodo sulla competenza, così confermando la sussistenza della *potestas iudicandi* arbitrale, questa non potrà più essere contestata in un eventuale successivo giudizio di impugnazione avverso il lodo di merito.

In quinto luogo, l'accoglimento o il rigetto dell'impugnazione *avverso il lodo declinatorio* avrà l'effetto, rispettivamente, di rendere incontestabile la competenza arbitrale, sia nei confronti di un giudice statale che sia stato adito prima dell'instaurazione del giudizio arbitrale e il giudizio dinanzi al quale sia ancora pendente, sia nei confronti di futuri tribunali arbitrali (infatti, con la pronuncia declinatoria, il precedente tribunale diviene *functus officio*, come emerge espressamente dal dettato di cui all'art. 608 (3) ZPO, esaurendosi il mandato del tribunale arbitrale nel momento in cui termina il procedimento arbitrale, ed essendo necessaria la costituzione di un nuovo tribunale, per quanto possa trattarsi della rinomina dei membri precedenti)³⁴⁵; oppure di sancire definitivamente l'inammissibilità di un successivo giudizio arbitrale, fondato su quel medesimo patto arbitrale.

Il sistema, nel suo complesso, risulta non poco articolato ma tutto sommato armonico ed efficiente, nella misura in cui il principio *Kompetenz Kompetenz* non comporta mai che l'ultima parola sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale spetti all'arbitro. Essa, infatti, è riservata al giudice statale, salvo i casi di preclusione all'accesso a quest'ultimo per mancata tempestiva proposizione dell'eccezione durante l'arbitrato o per l'omessa proposizione dell'impugnazione. Si tratta di

³⁴⁴ In mancanza, la decisione spetterà al giudice statale. Sull'obbligazione a rimborsare i costi della procedura v., in particolare, la Sez. 609, mns 25 ss.

³⁴⁵ V. Commento ufficiale alla riforma, sez. 608. Se un lodo declinatorio viene annullato, in base al fatto che è accertata l'esistenza di un patto arbitrale valido, le parti, ove intendano dare inizio ad un nuovo arbitrato, dovranno nominare un nuovo tribunale (dal momento che il precedente avrebbe già esaurito il suo compito, essendo, come si suol dire, *functus officio*). Il nuovo tribunale sarà tuttavia vincolato agli accertamenti compiuti, in punto di *potestas iudicandi* arbitrale, dal giudice dello Stato.

un sistema che riproduce in parte, con qualche variante, quello adottato dalla Legge Modello dell'UNCITRAL e dal combinato disposto delle Sezioni 1032 e 1040 della ZPO tedesca.

Il principio *Kompetenz Kompetenz* applicato all'arbitro incontra, come detto, il limite rappresentato da una decisione giudiziale vincolante sulla questione della giurisdizione arbitrale (emessa da un giudice austriaco o da un giudice straniero, ove la stessa sia riconosciuta in Austria). Tale vincolo, sebbene non espressamente codificato, discende dal fatto che, come visto, un lodo arbitrale, che contrasti con una decisione del giudice statale, affermativa o negatoria della competenza dell'arbitro, è annullabile ai sensi dell'art. 611 (2) n. 1 ZPO³⁴⁶, e che a quella decisione giudiziale sarà vincolato altresì il giudice dell'impugnazione del lodo arbitrale³⁴⁷.

Va ricordato, infine, che, in ragione della mancanza di una norma espressa in relazione alla particolare fattispecie del contrasto di un lodo con una decisione giudiziale vincolante sul punto della competenza arbitrale, e a mò di chiusura del sistema, taluno invoca l'art. 611 (2) n. 8 (violazione dell'ordine pubblico austriaco)³⁴⁸, mentre altri richiamano l'art. 613, che recita: "*Stellt ein Gericht oder eine Behörde in einem anderen Verfahren, etwa in einem Exekutionsverfahren, fest, dass ein Aufhebungsgrund nach § 611 Abs. 2 Z 7 und 8 besteht, so ist der Schiedsspruch in diesem Verfahren nicht zu beachten*".

10.7. *L'impugnazione del lodo per motivi attinenti alla potestas iudicandi dell'arbitro*

La norma che rileva in tema di impugnazione ed annullamento di un lodo arbitrale per motivi attinenti, *lato sensu*, alla competenza, è l'art. 611 ZPO, che si ispira all'art. 34 della Legge Modello dell'UNCITRAL e all'art. 1059 della ZPO tedesca.

L'ordinamento austriaco, a differenza di quelli francese, svedese, svizzero e belga, non consente alle parti di *rinunciare preventivamente* (ossia prima della pronuncia del lodo) all'impugnazione per nullità del lodo arbitrale³⁴⁹. Parimenti inammissibili sono acquisenze anticipate, transazioni e *default judgements admitting the claim*, dal momento che gli effetti giuridici di un lodo non rientrano nella disponibilità delle parti³⁵⁰. A differenza di quanto disposto dall'art. 34 (4) della

³⁴⁶ V., in tal senso, il Commento ufficiale alla riforma: Sez. 584.

³⁴⁷ Così H. SCHUMACHER, *Current Questions on the Jurisdiction of Arbitral Tribunals*, cit., 45; W. RECHBERGER in C. LIEBSCHER, P. OBERHAMMER, W. RECHBERGER, *Schiedsverfahrensrecht*, cit., 513 ss.; OBERHAMMER, *Entwurf eines neuen Schiedsverfahrensrechts*, cit., 56.

³⁴⁸ Vedi il Commento ufficiale alla Riforma, Sez. 592.

³⁴⁹ W. RECHBERGER, W. MELIS, Sez. 611 ZPO, in W. RECHBERGER, *Kommentar zur ZPO*, cit., mn 3.

³⁵⁰ H.W. FASCHING, *Lehrbuch*, 2nd ed., cit., mn 2233.

Legge Modello (e altresì dalla Sezione 1059 (4) della ZPO tedesca), la legge austriaca – anche alla luce di una riflessione svolta dai redattori circa l'infrequenza e scarsa utilità dell'istituto³⁵¹ – non contempla il rinvio della causa al tribunale arbitrale, al fine di consentire a quest'ultimo di modificare o integrare il lodo, sì da porre rimedio a vizi di questo che integrerebbero motivi di impugnazione.

Il comma 1 dell'art. 611 ZPO statuisce che l'unico rimedio esperibile dalla parte che intenda contestare un lodo *con cui l'arbitro abbia deciso sulla propria competenza* è l'impugnazione per l'annullamento del lodo, mentre i due commi che delineano la tipologia di vizi invocabili avverso il lodo sono il comma 2, n. 1 (che menziona l'asserita inesistenza di un patto arbitrale o il fatto che il tribunale arbitrale abbia negato la propria competenza nonostante l'esistenza di un patto arbitrale valido³⁵²) e il comma 3 (che si riferisce al caso di un lodo che verta su una disputa non contemplata o comunque non rientrante nell'ambito di applicazione del patto arbitrale o che contenga decisioni su domande o questioni che stanno al di fuori dell'ambito del patto o che esorbitino dalle conclusioni delle parti).

A tali motivi invocabili solo su istanza di parte, vanno aggiunti quelli, classici, rilevabili d'ufficio (non compromettibilità della disputa e violazione dell'ordine pubblico austriaco – "(...) *the fundamentals of the Austrian legal system*" –).

Degno di menzione, in questo ambito, è anche il comma 5 dell'art. 611 ZPO, che non trova corrispondenze nella Legge Modello dell'UNCITRAL o nella ZPO tedesca, ma piuttosto nell'art 595, comma 2 della legge austriaca precedente, ai sensi del quale l'annullamento di un lodo arbitrale non ha, in linea di principio, alcun effetto sul sottostante patto arbitrale, a meno che, ovviamente – anche se la norma non lo prevede espressamente – il motivo dell'annullamento non sia stato per l'appunto l'inesistenza o l'invalidità del patto arbitrale.

Tuttavia, quando un lodo arbitrale sulla medesima causa *sia stato già annullato per due volte*, il giudice dell'impugnazione, adito con una nuova richiesta di annullamento di un ulteriore lodo sempre sulla medesima causa, e che ritenga di pronunciarsi ancora nel senso dell'annullamento del lodo, su richiesta di una parte può disporre l'annullamento del lodo e contestualmente dichiarare il patto arbitrale invalido in relazione a quella determinata disputa. Ne deriva che, nel nuovo contesto normativo, un patto arbitrale può essere *dichiarato incontrovertibilmente nullo e invalido* per tre vie: a) nell'ambito di un giudizio arbitrale o statale, l'arbitro o rispet-

³⁵¹ V. OGH 5 dicembre 1901, GIUNF 2543.

³⁵² Il riferimento è all'inesistenza *tout court* di un valido patto arbitrale (o perché fin dall'inizio non v'era nessun patto, o perché il patto originariamente stipulato già presentava elementi di invalidità: v. H. SCHUMACHER, *Schieds* VZ 2006, 75), nonché alle ipotesi di patti bensì validi in origine, ma invalidatisi successivamente, anche se prima della pronuncia del lodo arbitrale, oppure a quelli che abbiano cessato la loro efficacia. Ne segue che il motivo di impugnazione del lodo di cui al par. 2, n. 1 deve essere interpretato in coordinamento con le Sez. 581, 583 e 592 ZPO.

tivamente il giudice accertano l'inesistenza di un valido patto arbitrale e la decisione diviene definitiva (ad esempio perché non impugnata); b) nell'ambito di un giudizio statale di impugnazione di nullità del lodo, il giudice annulla il lodo per l'accertata inesistenza di un valido patto arbitrale; c) un lodo arbitrale di merito viene annullato per ben tre volte, anche se per motivi diversi rispetto a quelli attinenti alla sussistenza o insussistenza della *potestas iudicandi* dell'arbitro, e il giudice dell'impugnazione dichiara, su istanza di parte e con pronuncia definitiva e non più contestabile, che il patto arbitrale è (definitivamente) invalido in relazione a quella determinata disputa.

SEZIONE TERZA

L'ORDINAMENTO FRANCESE

11. *La disciplina dei conflitti di potestas iudicandi tra arbitrato e giurisdizione statale nell'ordinamento francese sino alla riforma del 2011*

Per quanto riguarda i conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale nell'ordinamento francese, va ricordato che il principio *Kompetenz Kompetenz* è andato progressivamente affermandosi, nel corso degli anni, come principio fondamentale *anche in arbitrato*, soprattutto per opera della giurisprudenza³⁵³, nonostante in passato proprio essa avesse manifestato non poca resistenza alla sua operatività nel contesto arbitrale, attribuendo *unicamente al giudice statale* la competenza a conoscere e a decidere delle contestazioni inerenti il patto arbitrale e imponendo, per l'effetto, agli arbitri, eventualmente aditi prima, ma anche successivamente all'incardinamento di un giudizio statale, di sospendere il procedimento pendente dinanzi ad essi in attesa che a pronunciarsi sulla questione fosse il giudice statale³⁵⁴.

Con la riforma del 1980 il legislatore aveva infine codificato quel principio,

³⁵³ V. H. MOTULSKY, *Ménace sur l'arbitrage: la prétendue incompétence des arbitres en cas de contestation sur l'existence ou la validité d'une clause compromissoire*, in *Sem. jur.* 1954, I, 1194; ID., *Etudes et notes sur l'arbitrage*, in *Dalloz* 1974, 189.

³⁵⁴ Orientamento fortemente criticato dalla dottrina: v. E. LOQUIN, *Compétence arbitrale*, in *Juris classeur de procédure civile* 1994, 15; per ulteriori riferimenti, v. E. LOTTI, *La riforma dell'arbitrato in Francia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1983, 265, che vi vedeva "une menace pour l'arbitrage", che faceva di fatto venir meno l'efficacia di ogni accordo preventivo volto a vincolare le parti alla via arbitrale.

statuendo, all'art. 1466 NCPC, che l'arbitro aveva il potere di decidere di tutte le contestazioni sollevate dinanzi ad esso e relative alla propria competenza (esistenza, validità, efficacia e ambito di applicazione del patto arbitrale)³⁵⁵.

A tale disposizione si accompagnava quella di cui all'art. 1458 NCPC, che codificava a tutti gli effetti il c.d. effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz*³⁵⁶, prevedendo l'obbligo del giudice statale di declinare senz'altro la propria "competenza", ogniquale volta venisse eccepito dinanzi ad esso un patto arbitrale cui fosse già stata data esecuzione mediante la costituzione del tribunale arbitrale; oppure, per il caso in cui il tribunale non fosse ancora stato costituito e dunque un giudizio arbitrale non potesse dirsi pendente, di limitarsi ad un esame sommario del patto arbitrale, potendo cioè declinare la propria competenza solo nel caso in cui detto patto risultasse *manifestamente* nullo o invalido³⁵⁷.

³⁵⁵ Il testo dell'articolo recita: "*Si, devant l'arbitre, l'une des parties conteste dans son principe, ou son étendue le pouvoir juridictionnel de l'arbitre, il appartient à celui-ci de statuer sur la validité ou les limites de son investiture*". V. G. RECCHIA, *Riforme legislative straniere sull'arbitrato*, in *Rev. arb.* 1991, 673.

³⁵⁶ Il cui testo recitava: "*Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente. Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle*". La norma era stata estesa anche all'arbitrato internazionale e risultava applicabile indifferentemente ai casi di arbitrato avente sede in Francia o all'estero. Su questi profili v. V. App. Parigi 25 ottobre 2006, *Société Nuovo Pignogne v. SAS Dalkia France et autres*, in *Rev. arb.* 2007, 343; Cass. 11 luglio 2006, *Société PT Andhika Lines v. Société AXA*, in *Rev. arb.* 2006, 979, nt. O. CACHARD e in JCP 2006, I, 187, nt. C. SERAGLINI; Cass. 7 giugno 2006, *Copropriété Maritime Jules Verne v. Société ABS*, in *Rev. arb.* 2006, 945, nt. E. GAILLARD; Cass. 1^e civ., *Eurodif v. République Islamique d'Iran*, 28 giugno 1989, in *Rev. arb.* 1989, 653, nt. P. FOUCHARD e Cass. 7 giugno 1989 in *Rev. arb.* 1992, 61.

³⁵⁷ L'eccezione di *manifesta inapplicabilità* non era espressamente contemplata nell'art. 1458, par. 2, ma è il frutto della giurisprudenza della Corte di cassazione francese. V., *ex multis*, Cass. 16 ottobre 2001, *Quarto Children's Books Ltd v. Société Editions du Seuil et Société Editions Phidal Inc.*, in *Bull. civ.* I, 254; in *Rev. arb.* 2002, 919, nt. D. COHEN. Per un'applicazione di questa eccezione nell'ambito della giurisprudenza sull'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz* v. Cass. 23 maggio 2006, nel caso *Mme Alhinc et autres c/ Banque de France et autre*, in *Rev. arb.* 2006, 859, per la quale: "(...) la juridiction étatique (...) n'était pas compétente pour connaître du litige dès lors qu'il appartient à l'arbitre de se prononcer par priorité, sous le contrôle du juge de l'annulation, sur sa propre compétence, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage"; Cass. 11 luglio 2006, nel caso *NBC c/Bernadaux*; Cass. 21 novembre 2006, nel caso *Groupama Transports c/ société MS Regine Hans und Klaus Heinrich KG*, per la quale: "(...) la combinaison des principes de validité de la clause d'arbitrage international et de compétence-compétence interdit au juge étatique de statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la clause d'arbitrage avant que l'arbitre ne se soit prononcé sur ce point, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la clause"; App. Parigi 2 aprile 2003, nel caso *Ourdieu et autre c/Merril Lynch Pierce Fenner & Smith SAF et autre*, in *Rev. arb.* 2005, 115, nt. X. BOUCOBZA, per la quale: "(...) l'appréciation des limites et de la validité de l'investiture des arbitres relève au premier chef de la

Al vizio della *manifesta nullità* la giurisprudenza aveva progressivamente accostato quello della *manifesta inapplicabilità* (ricorrente, ad esempio, nei casi in cui le parti della controversia non fossero le stesse che avevano sottoscritto il patto arbitrale³⁵⁸): un criterio ulteriore che consentiva ai giudici statali di potenziare il controllo esercitato sulla convenzione arbitrale.

Nel sistema delineato dal combinato disposto degli artt. 1466 e 1458 NCPC, ispirato ad un chiaro *favor arbitratus* e all'idea della esclusività della cognizione arbitrale sulla convenzione arbitrale (salvo l'eccezione poc'anzi menzionata)³⁵⁹, l'*ultima parola* sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale spettava in ogni caso al giudice statale, competente in via esclusiva a conoscere dell'eventuale impugnazione avverso un lodo che avesse pronunciato sulla sola competenza arbitrale (affermandola o declinandola), o avverso un lodo definitivo che avesse pronunciato sia sulla convenzione arbitrale, sia sul merito. In sede di impugnazione del lodo, potevano essere fatti valere, come motivi di impugnazione (invocabili sia in avverso lodi domestici, ai sensi dell'art. 1481 (1), sia avverso lodi internazionali,

compétence de ceux-ci [et] qu'une juridiction étatique ne saurait en conséquence se substituer aux arbitres pour déterminer, avant même que le tribunal choisi par les parties ait pu émettre un point de vue sur cette question, si les clauses en cause présentent, ou non, un caractère abusif; App. Parigi 29 marzo 2006, nel caso *H&M Hennes et Mauritz c/ Sarl Gaspar Pssy*, per la quale: "(...) il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage".

³⁵⁸ O. CACHARD, *Le contrôle de la nullité ou de l'applicabilité manifeste de la clause compromissoire*, in *Rev. arb.* 2006, 893; Cass. 23 gennaio 2007, *Société Levantina y motores (Lehimosa) et autres v. Scala et autres*, in *Rev. arb.* 2007, 180, nt. PIC.

³⁵⁹ Un esempio di tale *favor* è riscontrabile nella decisione della Corte di Cassazione del 18 dicembre 2003, nel caso *SCI La Chartreuse and SA Immodis v. SA Viadix and Mr. Cavagna*, in *ASA Bulletin* 2004, Vol. 22, 4, 800 ss., nt. CHANG, *The Superiority of the Arbitration Clause over a Forum Selection Clause under French Law*. Si trattava di un caso di coesistenza, nello stesso contratto, di una clausola arbitrale e di una clausola di proroga della giurisdizione (il contratto conteneva infatti le due seguenti clausole: "*In case of a dispute over the application of the present dispositions, the parties agree to each name an arbitrator. In the event the arbitrators cannot agree on a decision, they are authorized to join a third arbitrator of their choice; in case of disagreement over the designation, the courts of Paris will name the third arbitrator upon application by the most diligent party*" e "(...) it is agreed that all disputes relating to the present leasing contract and the Agreement to Buy clause contained therein will fall under the exclusive jurisdiction of the Court at lessor's registered seat"). Se fino ad allora una tale situazione veniva sanzionata con la nullità o inoperatività della clausola, la Corte, in riforma della decisione della Corte d'Appello, che aveva ritenuto le due clausole in manifesta contraddizione tra loro, sancendone l'inoperatività, faceva applicazione dell'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz*, sancito dall'art. 1458 NCPC, concludendo nel senso che spettava in via esclusiva all'arbitro ogni valutazione circa la validità della clausola compromissoria inserita in un contratto che conteneva altresì una clausola di proroga della giurisdizione, con esclusione di ogni qualsivoglia potere concorrente del giudice statale.

ai sensi dell'art. 1502 (1)), l'assenza di un patto arbitrale³⁶⁰, la sua invalidità³⁶¹ o la cessazione della sua efficacia³⁶².

12. *La riforma della legge arbitrale francese (Décret N. 2011-48 del 13 gennaio 2011) e l'effetto negativo del principio Kompetenz Kompetenz*

Il giorno 1 maggio 2011 è entrato in vigore il *Décret* N. 2011-48 del 13 gennaio 2011³⁶³, che ha sostituito le disposizioni del quarto libro del *Code de Procédure Civile* (qui di seguito CPC³⁶⁴), introdotte a suo tempo dal *Décret* N. 81-500 del 1980³⁶⁵.

La nuova legge arbitrale francese mantiene la distinzione tra i regimi dell'*arbitrato domestico* (disciplinato dagli artt. 1442-1503 del Titolo I) e dell'*arbitrato internazionale* (disciplinato dagli artt. 1504-1527 del Titolo II). Ai sensi dell'art. 1506 CPC, una serie di disposizioni contenute nella sezione dedicata all'arbitrato

³⁶⁰ V., per l'arbitrato domestico, le decisioni App. Parigi nei casi *Lincet et al v. UCALM et al* del 24 maggio 1983; *Société des Huileries de l'Arceau v. S. A. Frahuil* del 5 dicembre 1985; *Perpignan Import v. Eurimpex* del 10 gennaio 1986; nonché Cass. 5 maggio 1982, *Antenne 2 v. S.C.P. Etoile-Neuilly*, in *Rev. arb.* 1983, 75. V. anche il commento di J. ROBERT a App. Parigi, 18 marzo 1983, *Quemener et Fils*, in *Rev. arb.* 1983, 491 ss. Per l'arbitrato internazionale v. App. Parigi, *Dow Chemical et al. v. Isover Saint Gobain*, 21 ottobre 1983 in *Rev. arb.* 1984, 98; *Arab Republic of Egypt v. Southern Pacific Properties*, 12 luglio 1984, in *Journ. Dr. Int'l* 1985, 129.

³⁶¹ V. App. Parigi, 10 dicembre 1985, *Vitali and Maindrault v. CFCI*.

³⁶² Per l'arbitrato domestico v. App. Parigi, *Scarmagnan v. Gueudet*, 16 dicembre 1982; *Mange-not v. Debest*, 31 maggio 1985; *Meimon v. Lobut*, 15 dicembre 1985. Per l'arbitrato internazionale v. App. Parigi, *Société Anonyme Blo'h et fils v. Delatrae Mockfjaerd*, 17 novembre 1984. Per un'analisi puntuale dei casi menzionati in questa e nelle note precedenti v. E. STANTON, *The Court of Appeal of Paris and lack of arbitral jurisdiction. A 1980-1986 Digest*, in *Arb. Int'l* 1986, Vol. 2, 3, 220 ss.

³⁶³ *Décret no. 2011-48 portant réforme de l'arbitrage*, 13 gennaio 2011, in *Journal Officiel de la République Française*, 14 gennaio 2011, 777. V. J.L. DELVOLVÉ, *Présentation du texte proposé par le comité français de l'arbitrage pour une réforme du droit de l'arbitrage*, *Rev. arb.* 2006, 491.

³⁶⁴ L. N. 2007-1787, 20 dicembre 2007, "Nouveau Code de Procédure Civile" (NCCP), è ora denominato semplicemente "Code de Procédure Civile" (CCP). Tutti i riferimenti alla legislazione in questa relazione sono al CCP, se non altrimenti specificato.

³⁶⁵ Per un'analisi delle disposizioni introdotte con la riforma v. B. CASTELLANE, *The New French Law on International Arbitration*, in *Journ. Int'l Arb.* 2011, Vol. 28, 4, 371 ss.; G. CARDUCCI, *The Arbitration Reform in France: Domestic and International Arbitration Law*, in *Arb. Int'l* 2012, Vol. 28, 1, 125 ss.; E. GAILLARD, *France Adopts New Law on Arbitration*, in *New York Law Journ.* 2011, 3, 175; B. ANCEL, *Le nouveau droit français de l'arbitrage: le meilleur de soi-même*, in *Rev. de arbitraje comercial y de inversiones* 2011, Vol. 4, 3, 822; Y. DERAIS, L. KIFFER, *National Report for France – 2013-2018*, in L. BOSMAN (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, *Kluwer Law International*; 2019, Suppl. n. 99, giugno 2018, 1 ss.

domestico sono altresì applicabili, salvo diverso accordo delle parti, all'arbitrato internazionale.

A differenza di molte legislazioni europee, oggetto negli ultimi decenni di importanti riforme³⁶⁶, la nuova legge arbitrale francese non si ispira alla Legge Modello dell'UNCITRAL. Con essa il legislatore ha inteso essenzialmente codificare alcune delle soluzioni più significative elaborate dalla Corte di Cassazione e della Corte d'Appello di Parigi a partire dall'inizio degli anni '80, senza tuttavia stravolgere l'impianto normativo precedente, rimasto sostanzialmente invariato³⁶⁷.

Per quanto riguarda, specificamente, il tema dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale, la nuova normativa si limita a riproporre, con poche varianti, il contenuto delle precedenti disposizioni, a cominciare dall'applicabilità dei principii, rispettivamente, di autonomia della clausola compromissoria e *Kompetenz Kompetenz*.

In particolare, la riforma ha ribadito la vigenza, nei rapporti arbitro-giudice statale, del c.d. effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz*.

Ciò emerge dal testo dell'attuale art. 1465 CPC – per il quale l'arbitro è competente *in via esclusiva* (“(...) *est seul compétent*”) a decidere di tutte le contestazioni relative alla propria *potestas iudicandi* (“(...) *sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel*”)³⁶⁸ – letto in combinato disposto con il nuovo art. 1448 CPC³⁶⁹, il cui comma 1 (che sostanzialmente riunisce in un'unica disposizione quanto statuito in due diversi commi dalla precedente versione dell'art. 1458 NCPC), *impose al giudice statale*, adito in relazione ad una controversia, rispetto alla quale le parti abbiano stipulato un patto compromissorio, *di declinare sempre la propria competenza* (a seguito di un'*exceptio compromissi* sollevata dalla parte) *ove il tribunale sia già stato costituito*³⁷⁰, mentre, ove il *tribunale arbitrale*

³⁶⁶ Si pensi alla legge arbitrale spagnola, austriaca e, prima ancora, tedesca.

³⁶⁷ Così G. CARDUCCI, *The Arbitration Reform in France*, cit., 125 ss., per il quale la riforma: “(...) *does not mark a revolution in French arbitration law. No revolution was needed. However, the Decree codifies some new rules, some new formulations of existing rules and most of France's pro-arbitration case law developed since the 1980 and 1981 reforms. The result is convincing. It boosts even more, in comparison to such reforms, the efficacy of arbitration in France*”.

³⁶⁸ Il testo dell'art. 1465 recita testualmente: “*Le tribunal arbitral est seul compétent pour statuer sur les contestations relatives à son pouvoir juridictionnel*”.

³⁶⁹ Per una definizione di detto effetto v. E. GAILLARD, *Arbitrage commercial international. Convention d'arbitrage. Effets. Droit commun et droit conventionnel*, in *J. Cl. Procédure civile*, 1994, fasc. 1062, n. 38; ID., *L'effet négatif de la compétence-compétence*, in J. HALDY, J.M. RAPP, P. FERRARI (eds.), *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, Losanna 1999, 387; E. GAILLARD, Y. BANIFATEMI, *Negative effect of competence-competence: the rule of priority in favour of the arbitrators*, in E. GAILLARD, D. DI PIETRO, *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards – The New York Convention in Practice*, Londra 2008, 257.

³⁷⁰ Il momento in cui scatta l'operatività dell'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz*, ossia l'effetto preclusivo del potere concorrente del giudice statale di pronunciarsi sull'*exceptio com-*

non sia già stato costituito, di declinarla comunque, salvo che il patto arbitrale non sia *manifestamente nullo o manifestamente inapplicabile*³⁷¹.

Nel perimetro dello scrutinio giudiziale del patto arbitrale delineato dalla norma rientrano convenzioni arbitrali per arbitrati sia interni che esteri, nonché i casi in cui il giudice statale venga adito nel merito in relazione ad una lite rientrante nell'ambito di applicazione del patto arbitrale e quelli in cui il suo coinvolgimento si limiti a supportare lo svolgimento della procedura arbitrale (ad esempio, quando venga adito per procedere alla nomina di un arbitro o degli arbitri in mancanza di accordo o cooperazione tra le parti).

L'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz*, d'altra parte, nel suo combinare il potere dell'arbitro di decidere sulla propria *potestas iudicandi* e il dovere del giudice statale di astenersene, ove il primo sia già coinvolto, investe tutte le possibili contestazioni alla sussistenza di una valida convenzione arbitrale: e così sia le allegazioni relative all'(in)esistenza, (in)validità, (in)efficacia e/o (in)operatività della stessa, sia quelle relative al suo ambito oggettivo e soggettivo.

Si tratta, in definitiva, di una "regola di priorità", che impone agli arbitri di essere i primi "giudici" della propria *potestas iudicandi*, posticipando il controllo giudiziale ad una fase successiva (quella dell'annullamento o dell'esecuzione del lodo).

La vigenza, nell'ordinamento francese, dell'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz* (indipendentemente dalla sede dell'arbitrato cui si riferisca il patto arbitrale invocato dinanzi al giudice statale³⁷²) è stata costantemente ribadita dalla giurisprudenza, che in una serie di importanti e recenti pronunce, ne ha chiarito portata e limiti³⁷³.

Nella decisione *American Bureau of Shipping (ABS) v. Copropriété Maritime Jules Verne*³⁷⁴, ad esempio, la Corte di Cassazione accoglieva un ricorso avverso una de-

promissi, coincide con il momento in cui: "(...) *le tribunal arbitral à été saisi*", ossia il momento in cui si è perfezionata la costituzione del tribunale arbitrale attraverso la nomina di tutti gli arbitri, seguita dalla loro accettazione (v. Cass. 29 novembre 1989, *Société Balenciaga v. Société Allieri et Giovanozzi*, in *Rev. arb.* 1989, 633 ss., nt. H. GAUDEMET-TALLON; App. Parigi 18 novembre 1987-4 maggio 1988, *Sociétés Carfa Trade et Omnium de travaux v. République de Guinée et autres*, in *Rev. arb.* 1998, 657 ss., nt. P. FOUCHARD), non, invece, con il formale avvio della procedura arbitrale (secondo le modalità prescritte dal regolamento arbitrale eventualmente applicabile o, *di default*, dalla legge francese): v. Cass. 10 maggio 1995, *Société Coprodag et autre v. Dame Bohin*, in *Rev. arb.* 1995, 617 ss.

³⁷¹ Cass. 16 ottobre 2001, *Quarto Children's Books Ltd v. Société Editions du Seuil et Société Editions Phidal Inc.*, in *Rev. arb.* 2002, 919, nt. D. COHEN; O. CACHARD, *Le contrôle de la nullité ou de l'applicabilité manifeste de la clause compromissoire*, in *Rev. arb.* 2006, 893.

³⁷² P. FOUCHARD, *Note following the decision of the French Cour de Cassation (Ire civ.) of 5 January 1999, Zanzi v. de Coninck*, in *Rev. arb.* 1999, 262.

³⁷³ E. GAILLARD, *L'effet négatif de la compétence-compétence*, cit., 391 ss.

³⁷⁴ Cass. 26 giugno 2001, *American Bureau of Shipping (ABS) v. Copropriété Maritime Jules Verne*, in *Rev. arb.* 2001, 529, nt. E. GAILLARD.

cisione della Corte d'appello, sull'assunto che quest'ultima non avesse rispettato l'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz*. Nel giudizio di rinvio, la Corte d'appello si conformava al *dictum* della Cassazione, statuendo che il principio, per il quale spetta in linea di principio all'arbitro pronunciarsi sulla propria *potestas iudicandi*, è una regola sostanziale del diritto francese dell'arbitrato internazionale. Secondo i giudici, tale principio mirerebbe a garantire l'effettività della scelta arbitrale, da un lato, consentendo all'arbitro di decidere il merito di una lite anche a fronte di contestazioni mosse alla sua *potestas iudicandi*, dall'altro disponendo che sia l'arbitro, in linea di principio, il primo organo a pronunciarsi sulla questione dell'esistenza di un valido patto arbitrale (così integrando il disposto di cui all'art. II, comma 3 della Convenzione di New York del 1958, che si limita ad imporre ad un giudice statale di rinviare le parti in arbitrato, a meno che la convenzione arbitrale non risulti nulla, invalida, inoperante o inidonea ad essere eseguita).

Detto principio precluderebbe al giudice francese lo svolgimento di un esame con cognizione piena ed approfondita della convenzione arbitrale, indipendentemente dal luogo dove sia localizzata la sede dell'arbitrato. L'unico limite alla regola della priorità ed esclusività della cognizione dell'arbitro sulla questione della sua *potestas iudicandi* sarebbe ravvisabile nella manifesta nullità o inapplicabilità della convenzione arbitrale, che riesumerebbe il potere del giudice statale di procedere nella trattazione del merito, onde evitare il rischio di concorrere all'avvio o alla continuazione di una procedura arbitrale fatalmente destinata ad essere poi travolta.

I medesimi principi sono stati poi ribaditi dalla giurisprudenza successiva³⁷⁵, che ha ulteriormente rafforzato la "prioritizzazione" dei tribunali arbitrali sui giudici statali³⁷⁶, attraverso, ad esempio, una *lettura restrittiva* delle nozioni di manifesta nullità e manifesta inapplicabilità³⁷⁷, ravvisate solo in casi eccezionali.

Ben prima, poi, che il comma 3 dell'art. 1448 CPC (ai sensi del quale: "*Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite*") provvedesse a codificarlo, la giurisprudenza aveva affermato il carattere *inderogabile* del principio *Kompetenz Kompetenz*³⁷⁸, regola di diritto materiale-sostanziale dell'arbitrato in-

³⁷⁵ V., ad esempio, Cass. 7 giugno 2006, *Copropriété Maritime Jules Verne v. American Bureau of Shipping*, in *Rev. arb.* 2006, 945, nt. E. GAILLARD.

³⁷⁶ V., ad esempio, Cass. 8 aprile 2004, in *Bull. civ.* II, No. 162.

³⁷⁷ Ad esempio, App. Parigi 29 novembre 1991, *Distribution Chardonnet v. Fiat Auto France*, *Rev. arb.* 1993, 617, nt. L. AYNÉS, ha statuito che l'eccezione di "manifesta nullità" non si applicherebbe anche se nello stesso contratto fossero state incluse sia una clausola di proroga della giurisdizione che una clausola compromissoria. V. anche Cass. 18 dicembre 2003, *La Chartreuse c. Cavagna*, 4 *ASA Bull.* 2004, 796; Cass. 23 gennaio 2007, *Société Levantina y motores (Lehimosa) et autres v. Scala et autres*, in *Rev. arb.* 2007, 180; O. CACHARD, *Le contrôle de la nullité ou de l'applicabilité manifeste de la clause compromissoire*, in *Rev. arb.* 2006, 893.

³⁷⁸ V., ad esempio, la decisione della Corte di Cassazione 5 gennaio 1999, *Zanzi c/f. de Coninck*

ternazionale, applicabile nell'ordinamento francese *indipendentemente dal fatto che il diritto processuale francese risulti applicabile* in virtù del riferimento di cui all'art. 1505 (2) CPC³⁷⁹. In altri termini, dalla prospettiva dell'ordinamento francese, tale principio risulta applicabile *anche allorché la sede dell'arbitrato sia localizzata all'estero*³⁸⁰, con la conseguenza di incidere, indirettamente, sul potere del giudice straniero di determinare la propria *potestas iudicandi*³⁸¹, nella misura in cui una decisione straniera che, violando l'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz* in relazione ad un arbitrato con sede in Francia, decidesse sulla *potestas iudicandi* arbitrale, risulterebbe inefficace nell'ordinamento francese³⁸².

La stessa Corte di Cassazione francese, poi, si è pronunciata nel senso della compatibilità dell'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz* con l'art. II della Convenzione di New York, che attribuisce al giudice statale il potere di proseguire il giudizio incardinato dinanzi ad esso ove risulti (in base ad un accertamento il cui espletamento, stando alla lettera della norma, non pare in alcun modo limitato, condizionato o inciso dalla contemporanea pendenza di un giudizio statale o arbitrale), che il patto arbitrale sia *null, void, inoperative or incapable of being performed*. Secondo la Cassazione francese, la disposizione di cui all'art. VII (1) della Convenzione di New York (la c.d. "*more-favorable-right-provision*"), che consente alle parti di invocare o beneficiare di una decisione arbitrale nella maniera e nella misura ammesse dalle disposizioni di una legge (o dei trattati) dello Stato dove si chiede il riconoscimento, fungerebbe da base normativa per l'accogli-

et autres, in *Rev. arb.* 1999, 260; Cass. 7 giugno 2006, *Copropriété Maritime Jules Verne et autre v. Société ABS American Bureau of Shipping et autre (ABS)*, in *Rev. arb.* 2006, 945 ss., nt. E. GAILLARD, per il quale: "*L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 7 juin 2006 dans l'affaire Copropriété maritime Jules Verne c/Soc. American Bureau of Shipping (ABS) confirme le caractère parfaitement établi du principe d'effet négatif de la compétence-compétence en droit français de l'arbitrage*".

³⁷⁹ La Corte ha giustificato la priorità riconosciuta all'arbitro in base ai principi di validità del patto arbitrale e *Kompetenz Kompetenz*. Già in precedenza, nella decisione del 5 gennaio 1999, resa nel caso *M. Zanzi v. M. de Coninck et autres*, in *Rev. arb.* 1999, 260, la Corte di Cassazione aveva definito il principio *Kompetenz Kompetenz* un principio di diritto applicabile anche all'arbitrato internazionale, per quanto la precedente versione dell'art. 1466 si applicasse solo all'arbitrato domestico.

³⁸⁰ Cass. 7 giugno 2006, *Copropriété maritime Jules Verne et autre*, *cit.*

³⁸¹ Così App. Parigi 15 giugno 2006, *Legal Department du Ministère de la Justice de la République d'Irak v. Sociétés Fincantieri Cantieri Navali Italiani, Finmeccanica et Armamenti e Aerospazio*, in *Rev. arb.* 2007, 87 ss., nt. BOLLÉE.

³⁸² Pur rimanendo impregiudicata l'efficacia della decisione del giudice straniero nel proprio ordinamento. Resta da vedere se tale posizione sia compatibile con i principi elaborati dalla Corte di Giustizia della UE nel caso *West Tankers*, che censura l'interferenza del giudice di uno stato membro (e, in generale, dei principi di quello stato) nell'esercizio delle funzioni giurisdizionali (tra cui quella di determinazione della propria competenza) da parte dell'autorità giudiziaria di un altro stato membro. Così N. ERK, *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective*, *Kluwer Law International*, 2014, 40, nt. 223.

mento, nel sistema della Convenzione di New York, della versione francese (“negativa”) del principio *Kompetenz Kompetenz*³⁸³.

Ne risulta, nel complesso, un sistema in cui gli arbitri godono di una virtualmente illimitata precedenza rispetto all’ autorità giudiziaria nazionale, quando si tratti di giudicare della validità di una convenzione arbitrale³⁸⁴, sino al punto che è sufficiente che una clausola contenga il termine “arbitrato” per far sì che il giudice statale si astenga dallo svolgere un qualsivoglia esame del patto³⁸⁵. Invero, l’arbitro, una volta costituito, è *l’unico organo legittimato a decidere di tutte le questioni attinenti alla competenza arbitrale*, ad esclusione di qualsivoglia *potere concorrente* del giudice statale. Questi, infatti, pendente l’arbitrato, non solo non potrà procedere ad un esame (nemmeno) *prima facie* circa l’esistenza o la validità della convenzione arbitrale, ma dovrà in ogni caso declinare la propria competenza in favore dell’arbitro, *anche ove fosse convinto* della manifesta nullità ed inapplicabilità del patto arbitrale.

Come già nel contesto normativo precedente, dunque, la legislazione francese si conferma tra le più *arbitration friendly* in materia di allocazione, tra arbitro e giudice statale, del potere di determinare la competenza arbitrale³⁸⁶. Ciò anche in virtù della prassi interpretativa *decisamente liberale* andata affermandosi in seno alla giurisprudenza francese, con particolare riferimento a patti arbitrati per arbitrato estero (o relativi a dispute dal carattere internazionale), ai sensi della quale lo scrutinio giudiziale non andrebbe svolto alla luce di parametri normativi nazionali (individuabili in base alle norme di diritto internazionale privato e processuale)³⁸⁷, ma – salvo per quanto attiene all’osservanza delle norme francesi di applicazione necessa-

³⁸³ Cass. 7 giugno 2006, *Copropriété maritime Jules Verne et autre v. Société ABS American Bureau of Shipping et autre (ABS)*, in *Rev. arb.* 2006, 945 ss., nt. E. GAILLARD; App. Parigi 4 dicembre 2002, *American Bureau of Shipping v. Copropriété Maritime Jules Vernes et Autres*, in *Rev. arb.* 2003, 1286, nt. E. GAILLARD.

³⁸⁴ V. S. BREKOUKAKIS, *The notion of the superiority of arbitration agreements over jurisdiction agreements: time to abandon it?*, in 24 (4), *J. Int'l arb.* 2007, 341.

³⁸⁵ Cass. 30 marzo 2004, *Mme Rado v. Société Painwebber*, in *JCP (G)* 2005.I.134, nt. C. SERAGLINI; Cass. 21 maggio 1997, *Renault v. Société V 2000 (Jaguar France)*, in *Rev. arb.* 1997, 537, nt. E. GAILLARD.

³⁸⁶ Per una valutazione comparativa delle varie legislazioni sul principio *Kompetenz Kompetenz* v. A. DIMOLITSA, *Separability and Kompetenz-Kompetenz*, in A. VAN DEN BERG (ed.), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application and the New York Convention*, ICCA Congress Series, Kluwer Law International 1999, no. 9; E. GAILLARD, *L’effet négatif de la compétence-compétence*, cit., 387 ss.; E. GAILLARD, *La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d’effet négatif de la compétence-compétence*, in *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, ICC, Parigi 2005, 311 ss.

³⁸⁷ Un appiglio normativo di tale orientamento è chiaramente rinvenibile nell’art. 1507, che, in relazione alle convenzioni arbitrali internazionali, statuisce espressamente: “*La convention d’arbitrage n’est soumise à aucune condition de forme*”.

ria e dell'ordine pubblico francese – in base a regole e parametri di carattere internazionale (tra cui i principi generali del diritto, i principi comuni del diritto del commercio internazionale, la *lex mercatoria*, gli usi del commercio), dando primario rilievo all'*intenzione delle parti nel caso concreto*³⁸⁸. Con la conseguenza che, una volta appurata, sulla base dei detti parametri, l'esistenza di un effettivo consenso delle parti per l'opzione arbitrale, non avranno rilevanza, per il diritto francese, altre condizioni riguardanti la validità (formale e sostanziale) del patto arbitrale ai sensi della legge (o delle leggi) nazionale(i) che, in base ai principi del diritto internazionale privato e processuale, dovessero governare il patto medesimo³⁸⁹.

La *ratio* della soluzione adottata dall'ordinamento francese pare dunque risiedere nella convinzione che una parte, ingiustamente ostacolata nel perseguire la via arbitrale, meriti maggior attenzione e tutela rispetto ad una parte che sia stata suo malgrado (e financo illegittimamente) convenuta o coinvolta in un giudizio arbitrale³⁹⁰; ciò anche in virtù del fatto che per quest'ultima parte sarà in ogni caso possibile ottenere, in un secondo momento, una revisione giudiziale del lodo, sulla base di motivi (quali l'assenza o invalidità del patto, la composizione irregolare del tribunale arbitrale o la violazione, da parte degli arbitri, dei limiti del mandato decisorio) idonei a consentire uno scrutinio giudiziale della *potestas iudicandi* arbitrale pieno ed esaustivo.

Oltre alla finalità di preservare l'autonomia e indipendenza dell'arbitrato, e di proteggere l'arbitrato da condotte ostruzionistiche di una parte, l'effetto negativo del principio K.K. consentirebbe altresì di preservare l'utilizzo delle risorse del sistema giudiziario, evitando una duplicazione di procedure, arbitrali e giudiziali, in uno stadio preliminare della disputa, in ragione del differimento dell'intervento dell'autorità giudiziaria alla fine del processo (quando le parti potrebbero aver magari già risolto la disputa in via transattiva o l'arbitro potrebbe essersi già pronunciato sulla propria *potestas iudicandi*, sì da agevolare il compito di revisione da parte del giudice statale).

Non sono poche, tuttavia, le voci in dottrina che, nella soluzione adottata dall'ordinamento francese, rilevano un'incongruenza, rappresentata dal fatto che l'eccezione alla regola della preclusione ad ogni qualsivoglia cognizione giudiziale della convenzione arbitrale, per essere la stessa riservata in via esclusiva all'arbitro, trova applicazione *solo nel caso in cui l'arbitrato non sia ancora iniziato*, pur se la

³⁸⁸ Cass. 7 giugno 2006, *Copropriété Maritime Jules Verne*, cit.

³⁸⁹ V., *ex multis*, Cass. 4 luglio 1972, *Gosset, Hecht*, in *J. Droit Int'l* 1972, 843, nt. B. OPPETIT; Cass. 20 dicembre 1993, *Comité populaire de la Municipalité d'El Mergueb v. société Dalico Contractors*. Per ulteriori riferimenti v. B. CASTELLANE, *The New French Law on International Arbitration*, cit., 371 ss.

³⁹⁰ Così W. PARK, *The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction, Items for Further Consideration*, in A. VAN DEN BERG (ed.), *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series, Volume 13, *Kluwer Law International* 2007, 112 ss.

gravità del vizio con cui il giudice statale debba confrontarsi (manifesta nullità o inapplicabilità della convenzione arbitrale) sia la medesima del caso opposto (arbitrato già pendente). In altre parole, viene censurato il fatto di discriminare l'esercizio del potere giudiziale di controllo della convenzione arbitrale in base ad un criterio (la pendenza o meno di un giudizio arbitrale) che non intacca la circostanza oggettiva dell'assenza, *ictu oculi*, in entrambi i casi, di una convenzione arbitrale valida e che non potrà in ogni caso impedire che la risoluzione della disputa avvenga, data l'assenza di *potestas iudicandi* arbitrale, per via giudiziale. In tale ottica, attribuire in via esclusiva all'arbitro il potere di pronunciarsi sulla convenzione arbitrale, onde preservare comunque l'indipendenza e autonomia del fenomeno arbitrale, arginare tattiche dilatorie ed evitare un parallelismo di procedure, deve fare i conti con il rischio che i tempi processuali complessivi, alla fine, si allunghino, in considerazione della iniziale paralisi dei poteri cognitori del giudice statale e anziché accorciarsi, della necessità di attendere la celebrazione di un interno processo arbitrale (o comunque di una sua parte) prima che quei poteri possano finalmente essere esercitati per essere ritornata la questione all'attenzione dell'autorità giudiziaria.

13. *L'impugnabilità immediata del lodo che pronunci sulla competenza arbitrale e la possibilità, per le parti, di rinunciarvi preventivamente*

Come detto, all'opzione di conferire all'arbitro il potere di conoscere e decidere, *per primo e in via esclusiva*, tutte le questioni attinenti alla propria competenza, salva la manifesta nullità o manifesta inapplicabilità della convenzione arbitrale nel caso in cui l'arbitrato non sia ancora iniziato, fa da contraltare il principio secondo cui è in ogni caso il giudice statale ad avere *l'ultima e definitiva parola* sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, potendo essere adito con un'impugnazione immediata avverso una decisione separata dell'arbitro sulla propria competenza (sia che l'abbia affermata, sia che l'abbia declinata – ipotesi, quest'ultima, ritenuta assoggettabile a impugnazione anche prima dell'attuale codificazione normativa, in base ad un orientamento consolidato della giurisprudenza, con riferimento sia all'arbitrato domestico, sia all'arbitrato internazionale, pur nel contesto di un sistema normativo che consentiva l'impugnazione di un lodo solo nel caso in cui venissero censurate l'inesistenza, invalidità o cessazione di efficacia della convenzione arbitrale) o con un'impugnazione avverso il lodo finale di merito.

La materia dei mezzi di impugnazione del lodo arbitrale è stata oggetto di rilevanti innovazioni da parte del legislatore del 2011, tendenzialmente accomunate dalla finalità di aumentare la stabilità del lodo arbitrale attraverso la riduzione delle sue possibili censure.

Mentre per l'arbitrato internazionale l'impugnazione per nullità (*recours en annulation*) è l'unico rimedio esperibile, per l'arbitrato domestico esso rappresenta il rimedio di *default*, salvo che le parti abbiano optato per l'appello che, a differenza dell'impugnazione per nullità, mira anche alla riforma della pronuncia arbitrale. Il *recours en annulation* – o, alternativamente, l'*appel* (nel caso di arbitrato interno) – sono esperibili fin dall'emanazione del lodo, anche dunque avverso una decisione priva di *exequatur*.

Gli artt. 1492, comma 1, CPC e 1520, comma 1, CPC dispongono, rispettivamente per l'arbitrato domestico e per l'arbitrato internazionale, che un lodo possa essere annullato, ove il tribunale arbitrale: "(...) *s'est déclaré à tort compétent ou incompétent*" (n. 1); "(...) *a été irrégulièrement constitué*" (n. 2); "(...) *a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été confiée*"³⁹¹. Tra le censure riconducibili a questi motivi di impugnazione figurano, ad esempio, la non esistenza del patto arbitrale, ove sussistano dubbi sul fatto che un patto sia mai stato effettivamente stipulato³⁹²; la sua invalidità, in ragione della mancata osservanza di taluni requisiti riguardanti la forma³⁹³; la non arbitrabilità della disputa, rilevabile d'ufficio anche se non sollevata nel corso del giudizio arbitrale; la cessazione di efficacia del patto per avvenuto decorso di un termine contrattualmente pattuito; la mancanza di indipendenza o imparzialità di un arbitro³⁹⁴; il numero pari dei membri del tribunale arbitrale³⁹⁵; una decisione dell'arbitro che vada al di là di quanto richiesto dalle parti o esondi dai limiti del patto arbitrale³⁹⁶.

Come detto, una parte può contestare, in sede di impugnazione, non solo la decisione con cui l'arbitro abbia erroneamente ritenuto di essere fornito di *potestas iudicandi*, ma anche la decisione declinatoria, con cui abbia erroneamente ritenuto di esserne privo. In quest'ultimo caso i motivi invocabili sono l'1 e il 3 dell'art. 1520 CPC³⁹⁷.

Per essere invocate come motivi di annullamento, le censure alla *potestas iudicandi* dell'arbitro devono però essere state sollevate nel corso del procedimento

³⁹¹ Cass. 6 ottobre 2010, *Abela*, in *Paris Journ. Inter. Arb.* 2011, 443.

³⁹² App. Parigi 25 maggio 1985, *Société des Etablissements Beernaert v. C.A.T.*, in *Rev. arb.* 1989, 228.

³⁹³ App. Parigi 27 gennaio 1993, *Taylor Woodrow Projects France v. Ateliers Perrault Frères*, in *Rev. arb.* 1994, 560, nt. P. FOUCHARD.

³⁹⁴ App. Parigi 16 maggio 2002, *STPIF v. SB Ballestrero*, in *Rev. arb.* 2003.1231, nt. E. GAILLARD.

³⁹⁵ Cass. 21 novembre 2002, *SA Jacqmin v. GIE des Dépenses Communes du Chantier IPE IV*, in *Rev. arb.* 2003.1356, nt. JAEGGER.

³⁹⁶ Cacc. 3 luglio 1996, *Société Castel Frères v. Roger et autres* e App. Parigi 17 febbraio 2000, *Société Mitras v. Société Stramer*, in *Rev. arb.* 2000.518, nt. P. PINSOLLE.

³⁹⁷ Cass. 6 ottobre 2010, *Abela Paris Journ. Int. arb.* 2011.443, nt. J.B. RACINE.

arbitrale³⁹⁸ *tempestivamente*³⁹⁹, ossia *in limine litis*⁴⁰⁰, prima cioè di qualunque altra difesa nel merito, altrimenti si ritengono rinunciata⁴⁰¹ (salvo che la parte non fosse a conoscenza del vizio⁴⁰²). Tale preclusione è in linea con la norma generale di cui all'art. 1466 CPC, che codifica la generalizzata vigenza, nell'ordinamento francese, del principio del divieto di *venire contra factum proprium* (già riconosciuto in passato dalla giurisprudenza in diverse occasioni⁴⁰³): alla parte che, senza un giustificato motivo, ometta di invocare tempestivamente, di fronte al tribunale arbitrale, un'irregolarità della procedura, è preclusa la possibilità di invocare tale irregolarità in un momento successivo, sia del giudizio arbitrale, sia dei possibili snodi contenziosi dinanzi al giudice statale⁴⁰⁴ (in sede di impugnazione per nullità del lodo arbitrale o di giudizio di opposizione al suo riconoscimento e alla sua esecuzione)⁴⁰⁵.

La cognizione del giudice dell'impugnazione è piena ed integrale, e verte *direttamente* sulla questione della sussistenza o meno della *potestas iudicandi* arbitrale,

³⁹⁸ App. Parigi 28 giugno 2007, *Société Presse Alliance et autres v. Gérard*, in *Rev. arb.* 2007.644; App. Parigi 16 maggio 2002, *STPIF v. SB Ballestrero*, in *Rev. arb.* 2003.1231, nt. E. GAILLARD.

³⁹⁹ Cass. 6 maggio 2003, *SOPIP v. Société Aresbank*, in *Rev. arb.* 2004.311, nt. J.B. RACINE. Cass. 6 luglio 2005, *Golshani v. Gouvernement de la République Islamique d'Iran*, in *Rev. arb.* 2005.993, nt. P. PINSOLLE.

⁴⁰⁰ App. Parigi 28 giugno 2007, *Société Presse Alliance et autres v. Gérard*, in *Rev. arb.* 2007.644; App. Parigi 16 maggio 2002, *STPIF v. SB Ballestrero*, in *Rev. arb.* 2003.1231, nt. E. GAILLARD; App. Parigi 5 luglio 2001, *Financière des hautes technologies v. Dutour*, in *Gaz. Pal.* 2002.somm.760. App. Parigi 19 luglio 2003, *République arabe de Syrie, AAO-Golan v. Société PaLDIPlon Group Corporation*, in *Rev. arb.* 2004.137; L. CADIET, *La renonciation à se prévaloir des irrégularités de la procédure arbitrale*, in *Rev. arb.* 1996.25. Cass. 6 luglio 2005, *Golshani v. Gouvernement de la République Islamique d'Iran*, in *Rev. arb.* 2005.993, nt. P. PINSOLLE; App. Parigi 6 marzo 2003, *Société AIC-El Amiouny International Contracting et Trading v. Société Skanska*, in *Rev. arb.* 2004.887, nt. D. BENSUADE.

⁴⁰¹ Così Cass. 6 luglio 2005 in *Golshani v. Gouvernement de la République Islamique d'Iran*, in *Rev. arb.* 2005, 993, nt. P. PINSOLLE; Cass. 21 novembre 2002, in *Gromelle v. Institut International des Techniques d'Organisation*, in *Rev. arb.* 2004, 283, nt. BAUDRAC.

⁴⁰² App. Parigi 29 gennaio 2004, *SERF v. DV Construction*, in *Rev. arb.* 2005.709.

⁴⁰³ V. Cass. 6 luglio 2005, in *Rev. arb.* 2005, 993, nt. PINSOLLE; Cass. 28 maggio 2008, in *Rev. arb.* 2008.691; App. Parigi 25 settembre 2008, *Société AGL v. Prodim*, in *Rev. arb.* 2009, 741.

⁴⁰⁴ L'effettiva partecipazione delle parti al procedimento arbitrale senza che siano sollevate contestazioni alla *potestas iudicandi* arbitrale può essere interpretata come sanatoria dell'invalidità della convenzione di arbitrato, oppure come rinuncia delle parti al diritto di invocare l'invalidità della clausola nel procedimento di annullamento. V. Cass. 11 luglio 2006, *SARL Optimal conseil et stratégie v. Michel ès qual. et autres*, in *Rev. arb.* 2006.1077; Cass. 11 luglio 2002, *Société Beugnet Aquitaine v. Société DV Construction*, in *Rev. arb.* 2004, 283.

⁴⁰⁵ Fanno al solito eccezione le questioni della non arbitrabilità della disputa e della violazione dell'ordine pubblico che, anche se non tempestivamente eccepite dalla parte, potranno sempre essere rilevate *ex officio* dal giudice dell'impugnazione del lodo.

non essendo limitata alla verifica della correttezza del giudizio o dell'operato degli arbitri o della ragionevolezza e congruità delle motivazioni da queste addotte⁴⁰⁶; di talché il giudice dell'impugnazione può riconsiderare in piena autonomia tutti i fatti e le questioni giuridiche poste dagli arbitri a fondamento della loro decisione, ed eventualmente ulteriori fatti rilevanti non considerati dagli arbitri⁴⁰⁷.

In linea di principio, ai sensi dell'art. 1493 CPC, quando il giudice dell'impugnazione annulla un lodo arbitrale, pronuncia sul merito della lite entro i limiti del mandato dell'arbitro, salvo diverso accordo tra le parti, mentre il lodo non avrà più un'esistenza giuridica propria. Nel caso di annullamento di un lodo declinatorio, la disputa dovrà invece essere deferita nuovamente agli arbitri.

La riforma del 2011 ha infine introdotto una rilevante novità in relazione al diritto delle parti di impugnare dei lodi arbitrali internazionali, sulla scia di soluzioni già adottate da altri ordinamenti, quali quello belga, svedese e svizzero. È infatti oggi consentito alle parti, previa stipulazione di un apposito accordo, di rinunciare in ogni momento (dunque anche *in via preventiva*, ossia prima della pronuncia del lodo) al rimedio dell'impugnazione per nullità (nel qual caso, tuttavia, conserverebbero il diritto ad impugnare il provvedimento di *exequatur* del lodo – generalmente escluso ai sensi dell'art. 1524 CPC – per uno dei motivi di cui all'art. 1520 CPC, tra cui rientrano quelli attinenti alla *potestas iudicandi* dell'arbitro⁴⁰⁸). La rinuncia potrà dunque investire anche i motivi attinenti alla *potestas iudicandi* dell'arbitro. In tal caso, all'arbitro verrebbe attribuita non solo la prima parola sulla questione dell'esistenza di una valida convenzione arbitrale, *ma altresì l'ultima*, isolando del tutto l'arbitrato da ogni controllo successivo dell'autorità giudiziaria statale. Non essendo contestabile in alcuna sede, la decisione dell'arbitro sulla propria *potestas iudicandi* risulterebbe dunque definitiva, incontrovertibile e vincolante nei confronti di qualunque altro arbitro o giudice che si dovesse trovare a confrontarsi successivamente con la medesima questione. Si avrebbe, in altri termini, il medesimo risultato di una pattuizione delle parti volta ad attribuire all'arbitro il potere di adottare decisioni definitive e vincolanti sulla propria *potestas iudicandi*, sulla cui ammissibilità si registra un contrasto in dottrina⁴⁰⁹; come anche si registra un contrasto sull'ammissibilità di un accordo

⁴⁰⁶ Così J.J. BARCELO, *Kompetenz-Kompetenz and Its Negative Effect—A Comparative View*, in *Cornell Legal Studies Research Paper No. 17-40*, 2017, 1 ss.; E. GAILLARD, J. SAVAGE, Fouchard, Gailard, *Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law Int. 1999, 930, par. 1608.

⁴⁰⁷ “*Examen approfondi de la compétence de l'arbitre par le juge contrôlant la sentence: quelques précisions et illustrations*”, v., in tal senso: Cass. 6 luglio 2011, *Ehrmann v. Billon*; Cass. 1 giugno 2011, *Société Pharmethica v. Société Euronda*; App. Parigi 5 maggio 2011, *Bioalliance Pharma v. Sphepharm Holding*, in *Journ. Intern. Arb.* 2012.167.

⁴⁰⁸ Art. 1522 CPC.

⁴⁰⁹ J.J. BARCELO, *Kompetenz-Kompetenz and Its Negative Effect*, cit.

delle parti per determinare o modificare lo *standard of review* del giudice dell'impugnazione⁴¹⁰.

14. *I conflitti positivi e negativi di competenza nell'ambito del sistema francese governato dall'effetto negativo del principio Kompetenz Kompetenz*

In un sistema come quello francese, in cui vige l'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz*, la questione del vincolo della decisione (arbitrale e giudiziale) sulla competenza dell'arbitro riveste un'importanza minore rispetto ai sistemi in cui vige il sistema delle "vie parallele". Questo perché già esiste un meccanismo di coordinamento preventivo tra le due procedure, che, se non elimina del tutto, riduce però sensibilmente il rischio di un conflitto positivo di competenza (ossia di un parallelismo tra procedure arbitrali e giudiziali sulla medesima causa).

Invero, è sufficiente che un collegio arbitrale venga costituito per sottrarre integralmente al giudice statale, adito in relazione alla medesima causa pendente in arbitrato, il potere di svolgere qualsivoglia esame sul patto arbitrale. E ciò vale sia nel caso in cui l'arbitrato sia stato iniziato prima del giudizio statale, sia nel caso opposto. Gli unici casi in cui potrebbe verificarsi un conflitto positivo di competenza, e dunque un parallelismo di procedure sulla medesima causa, si avrebbero, da un lato, allorché, a fronte di un patto arbitrale manifestamente nullo o inapplicabile, il giudice statale ritenesse di trattenere la causa e, successivamente all'incardinamento del giudizio statale, l'arbitro adito dalle parti ritenesse invece di essere fornito di *potestas iudicandi*, proseguendo il giudizio; dall'altro, nel caso in cui la costituzione del collegio arbitrale dovesse avvenire *non solo dopo* l'avvio del giudizio statale (evento sempre possibile in virtù della non applicabilità, nei rapporti arbitro-giudice, dell'istituto della litispendenza), *ma altresì dopo* che il giudice statale si fosse pronunciato sul patto arbitrale, ritenendolo manifestamente nullo o inapplicabile con decisione non ancora divenuta definitiva e, anche in tal caso, l'arbitro dovesse giungere alla conclusione opposta.

Tuttavia, le probabilità che un tale conflitto positivo di competenza si verifichi effettivamente (o che dia luogo ad un prolungato parallelismo di procedure sulla

⁴¹⁰ J.J. BARCELO, *Kompetenz-Kompetenz and Its Negative Effect*, cit., per il quale: "There is considerable reason to believe, however, that French courts will not allow party autonomy to determine the standard of review at Stage 3". V. in tal senso anche Cass. 13 marzo 2007, in *Rev. arb.* 2007, 498-500, nt. JAEGER, 500-505, che ha rifiutato di riconoscere ed eseguire, in quanto ritenuto contrario alle norme di ordine pubblico, una stipulazione delle parti mirante ad ampliare l'ambito di applicazione dello *standard of review* del giudice dell'impugnazione. Sul punto v. anche J.J. BARCELÓ, *Expanded Judicial Review of Awards After Hall Street and in Comparative Perspective*, in L. HAY, L. VÉKÁS, Y. ELFANA, N. DIMITRIJEVIC (eds.), *Resolving international conflicts—libor amicorum*, Tibor Várady, CEU Press 2009, 1 ss.

medesima causa) appaiono contenute, dal momento che, da un lato, ove davvero al giudice statale il patto arbitrale appaia *manifestamente* nullo o inapplicabile, pur sulla base di una valutazione sommaria, sarebbe alquanto improbabile per un tribunale arbitrale valutarlo come senz'altro valido ed efficace; dall'altro, ove al momento della costituzione del tribunale arbitrale il giudice statale si sia già pronunciato sull'invalidità del patto con decisione separata, anche se non ancora incontrovertibile, sarebbe improbabile per l'arbitro non tenerne conto, dato che un lodo che contraddicesse la statuizione giudiziale sulla convenzione arbitrale andrebbe incontro a sicuro annullamento. Ove, poi, al momento dell'inizio della procedura arbitrale il giudice statale, a fronte di una causa già matura per la decisione nel merito, avesse deciso quest'ultimo insieme alla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, negandola, la decisione giudiziale potrebbe essere spesa, ove non impugnata, nell'ambito del giudizio arbitrale, imponendo all'arbitro di chiudere in rito il giudizio per mancanza del presupposto processuale negativo rappresentato dall'assenza di un precedente giudicato sulla medesima causa.

In questo contesto, l'unica ipotesi forse davvero problematica, idonea a dare origine ad un parallelismo di procedure sulla medesima causa, appare quella in cui l'arbitro si trovi a dover pronunciare sulla propria *potestas iudicandi* in un momento in cui la decisione del giudice statale, che l'abbia negata (pronunciandosi esclusivamente su di essa o assieme al merito), sia stata impugnata.

Anche il problema dei conflitti negativi di competenza appare, nell'ambito di un sistema che riconosce l'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz*, meno problematico rispetto a quanto accade nell'ambito del sistema delle "vie parallele" puro. L'ipotesi di una doppia declinatoria, infatti, va in linea di principio esclusa, ogniqualevolta sia l'arbitro ad essere stato adito per primo, dal momento che il giudice statale dovrebbe limitarsi a rinviare le parti in arbitrato, senza svolgere alcun esame preliminare, nemmeno sommario, del patto arbitrale. In tal caso, ove l'arbitro dovesse ritenersi incompetente, il giudice statale, nuovamente adito dalle parti, si troverebbe a confrontarsi *per la prima volta* con la questione della *potestas iudicandi* arbitrale e non potrebbe che essere influenzato dal giudizio espresso dall'arbitro (alla luce anche del fatto che un'ulteriore declinatoria da parte sua negherebbe ogni tutela alla parte attrice). D'altra parte, ove sia stato il giudice statale, adito in prevenzione rispetto all'arbitro, a pronunciare la prima declinatoria, ritenendo il patto non manifestamente nullo o inapplicabile, l'arbitro sarebbe a sua volta influenzato da un accertamento giudiziale, per quanto preliminare e sommario, affermativo della propria *potestas iudicandi*, che potrebbe rappresentare il grimaldello per invalidare, in sede di impugnazione, un futuro lodo declinatorio.

Certo, non è da escludere che l'arbitro, adito per secondo, e cui la causa sia stata rinviata dal giudice statale che non abbia riscontrato vizi palesi nella convenzione di

arbitrato, a seguito di un'analisi più approfondita del patto arbitrale (resasi necessaria specialmente nei casi in cui i profili attinenti alla sussistenza della sua *potestas iudicandi* siano intrecciati con il merito della lite), giunga ad una conclusione opposta a quella cui era in precedenza giunto il giudice statale, ritenendo dunque il patto arbitrale inesistente, invalido o inefficace e chiudendo in rito, per l'effetto, il giudizio. Ma anche in tal caso, il rischio di un diniego di giustizia appare improbabile, dato che il giudice statale, nuovamente adito, non solo si confronterebbe per la prima volta con cognizione piena con la questione della *potestas iudicandi* arbitrale, ma sarà verosimilmente portato ad attenersi alla valutazione già compiuta dall'arbitro, proprio per non precludere alla parte attrice di ottenere una qualsivoglia tutela del suo diritto, procedendo dunque con la trattazione nel merito.

Il sistema adottato dall'ordinamento francese, dunque, seppur non elimini in radice il rischio di conflitti positivi e negativi di competenza, riduce sensibilmente la probabilità del loro verificarsi, in ragione di meccanismi idonei a determinare un coordinamento preventivo tra le procedure.

Questo forse spiega il fatto che il tema dell'efficacia della decisione (arbitrale e giudiziale) sulla convenzione arbitrale, e del suo vincolo esterno, nell'ottica di un possibile coordinamento preventivo tra le due procedure, non sia stato oggetto di particolare approfondimento. D'altra parte, va anche osservato che, ai sensi dell'art. 1484 CPC (applicabile all'arbitrato domestico, ma esteso, per il tramite dell'art. 1506, anche all'arbitrato internazionale, in caso di lodo emesso in Francia o all'estero⁴¹¹), un lodo ha, *sin dal momento in cui viene pronunciato*, la forza della cosa giudicata relativamente alla disputa da esso decisa (*“l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche”*)⁴¹². Questa è sempre stata una particolarità dell'ordinamento francese, che pure ha conosciuto un acceso dibattito, ancor prima della prima incisiva riforma dell'arbitrato negli anni 1980 e 1981, sulla natura giuridica dell'arbitrato e del lodo, tra tesi contrattuale “temperata”, tesi giurisdizionale, tesi rigorosamente privatistica⁴¹³ e ricostruzioni ibride e duali, al cui interno la fonte contrattuale e lo scopo giurisdizionale: *“(…) se superposent, s'interpréteraient pour donner à l'arbitrage une nature mixte ou hybride, tenant à la fois du contrat et du jugements”*⁴¹⁴.

⁴¹¹ C. NÚÑEZ-LAGOS, *The Principles of International Arbitration Practice in France*, in M.A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, D. ARIAS (eds.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid 2010, 913 ss.

⁴¹² Sulla rilevanza della *sentence arbitrale* nell'ordinamento francese nel vigore del regime normativo precedente, v. G. CORNU, *Le décret 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage*, in *Rev. arb.* 1980, 585; M.C. RONDEAU-RIVIER, *La sentence arbitrale*, in *Juris Classeur Proc. Civ.*, fasc. 1042; Y. GUYON, *L'arbitrage*, Paris 1995, 63-77; J. VINCENT, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Paris 1996, 1010 ss.

⁴¹³ Per maggiori dettagli v. G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano e comparato*, Napoli 2012, 80.

⁴¹⁴ Così J. RUBELLIN, DEVICHI, *L'Arbitrage: nature juridique, droit interne et droit international privé*, Hérisséy 1965, 14.

SEZIONE QUARTA

L'ORDINAMENTO SVIZZERO

15. *Premessa. L'ordinamento svizzero, ovvero una giurisdizione spiccatamente arbitration friendly*

L'ordinamento svizzero è universalmente noto per la sua spiccata attitudine *arbitration-friendly*⁴¹⁵. Ciò è il risultato di una lunga tradizione di apertura e favore per l'arbitrato, in particolare per quello internazionale⁴¹⁶, che risale alla ratifica, nel 1965, della Convenzione di New York del 1958, incorporata nella Legge Svizzera di Diritto Internazionale Privato (qui di seguito anche "LDIP").

In ragione della struttura federale dell'ordinamento svizzero, in passato la regolamentazione dell'istituto arbitrale avveniva su base cantonale, sicché ogni cantone aveva la propria *lex arbitri*, inserita nel rispettivo codice di procedura civile.

Per rimediare alla frammentazione normativa, una serie di cantoni decideva di armonizzare la rispettiva disciplina, accedendo, il 27 marzo 1969, al c.d. *Concordato Inter-Cantonale sull'Arbitrato* (qui di seguito "Concordato")⁴¹⁷, via via ratificato ed implementato da tutti i 26 cantoni della federazione⁴¹⁸. Tale Concordato si fondava bensì sul principio dell'autonomia delle parti, ma conteneva altresì numerose *norme di applicazione necessaria*, che limitavano non poco i poteri dei tribunali arbitrali⁴¹⁹ e la libertà delle parti; quanto all'ambito di applicazione, esso regolamentava procedure arbitrali sia domestiche che internazionali, svolgentisi nel rispettivo territorio.

L'estensione all'arbitrato internazionale delle norme disciplinanti l'arbitrato

⁴¹⁵ Per una panoramica generale dell'arbitrato nell'ordinamento svizzero e, in particolare, della disciplina arbitrale contenuta nella LDIP, v. G. KAUFMANN-KOHLER, A. RIGOZZI, *Arbitrage international – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, 2nd ed., Berne 2010; J.F. POUURET, S. BESSON, *Comparative Law of International Arbitration*, 2nd ed. 2007, par. 501 ss.; B. BERGER, F. KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 2nd ed., Bern 2010; A. BUCHER, P.J. TSCHANZ, *International Arbitration in Switzerland*, 1989, parr. 140 ss.

⁴¹⁶ Per approfondimenti v. T. HOFBAUER, *Chapter 1, Part I: History of Arbitration*, in D.P.F. ARROYO (ed), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, 2nd ed., *Kluwer Law Int.* 2018, 3 ss.

⁴¹⁷ *Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit; Concordat sur l'arbitrage; Concordato sull'arbitrato*.

⁴¹⁸ L'ultimo cantone che ha aderito al Concordato è stato quello di Lucerna nel 1995.

⁴¹⁹ Privi della legittimazione, ad esempio, di concedere misure cautelari o di conoscere e decidere eccezioni di compensazione. Per approfondimenti v. P. JOLIDON, *Commentaire du Concordat Suisse sur l'arbitrage*, Berne 1984.

domestico si rivelava tuttavia infelice, per l'eccessiva rigidità di queste ultime e la loro inadeguatezza rispetto alle peculiari esigenze dell'arbitrato internazionale. D'altra parte, ogni modifica o integrazione della disciplina inter-cantonale richiedeva l'approvazione e la ratifica di tutti e 26 i cantoni. Si decideva quindi, al fine anche di incrementare l'attrattiva dell'ordinamento svizzero, di approntare una disciplina apposita per l'arbitrato internazionale, che veniva infine codificata nel Capitolo 12 LDIP (autonomo rispetto ai Capitoli precedenti), entrata in vigore l'1 gennaio 1989. Tale Capitolo 12 non era basato sulla Legge Modello dell'UNCITRAL, sebbene le due discipline fossero in più parti sovrapponibili, e conteneva solo 19 disposizioni (dall'art. 176 all'art. 194), a fronte delle 46 del Concordato (dall'art. 353 all'art. 399).

Per quanto riguarda, invece, l'arbitrato domestico, l'1 gennaio 2011 entrava in vigore il nuovo codice di procedura civile svizzero ("ZPO"), che sostituiva non solo i 26 codici di procedura civile cantonali, ma *altresì il Concordato inter-cantonale* del 1969 (sino ad allora la principale fonte di disciplina dell'arbitrato domestico⁴²⁰), mediante l'introduzione di una "Parte terza", autonoma e indipendente dalle altre parti del codice di procedura, non basata sulla Legge Modello dell'UNCITRAL⁴²¹.

Con tale riforma il legislatore svizzero procedeva ad una decisa modernizzazione della disciplina, attraverso, in particolare, il potenziamento dell'autonomia delle parti (e la contestuale riduzione delle norme di applicazione necessaria), una maggiore flessibilità della procedura e il sostanziale allineamento della disciplina domestica al regime che governa l'arbitrato internazionale, contenuto nel Capitolo 12 LDIP, di cui sono state recepite non poche disposizioni⁴²², facendo della disciplina dell'arbitrato domestico non solo una valida alternativa al contenzioso giudiziale domestico⁴²³, ma altresì un'opzione adatta a governare i casi di procedure formalmente *domestiche*, ma *internazionali* dal punto di vista sostanziale⁴²⁴.

⁴²⁰ *Swiss Code of Civil Procedure* - 19 December 2008 (ZPO) – SR 272.

⁴²¹ Ne segue che gli operatori possono ancora fare affidamento ed avvalersi della giurisprudenza e dottrina sviluppatasi in relazione al Concordato.

⁴²² Tra le novità più significative si segnalano il potere, riconosciuto ai tribunali arbitrali, di decidere sulle eccezioni di compensazione (v. art. 377, comma 1, ZPO); il limite previsto per il rimedio dell'annullamento del lodo (un'unica istanza giudiziale: v. artt. 389, comma 1 e 390, comma 2 ZPO); la possibilità di escludere l'applicazione della Parte Terza del codice, assoggettando la disputa al regime dell'arbitrato internazionale (art. 353, comma 2, ZPO).

⁴²³ Evitando inconvenienti tipici del contenzioso giudiziale domestico, quali l'uso obbligatorio della lingua svizzera o la necessaria conoscenza delle regole procedurali che governano il contenzioso locale.

⁴²⁴ È il caso di procedure che coinvolgono filiali svizzere di società estere o entità *onshore* controllate da gruppi di società multinazionali, che potrebbero anche decidere, d'accordo con la con-

Il 9 giugno 2020, infine, dopo un lungo e tortuoso percorso iniziato nel 2008 (con la proposta di modifica, tra l'altro, dell'art. 7 LDIP, ossia della norma disciplinante i casi di parallelismo di procedure sulla medesima causa e tra le stesse parti incardinate dinanzi all'arbitro e al giudice statale⁴²⁵), il Parlamento svizzero ha approvato la riforma della legge di diritto internazionale privato⁴²⁶, entrata in vigore i primi mesi del 2021, con cui si è inteso soprattutto codificare la giurisprudenza elaborata dal Tribunale Federale svizzero in relazione a profili ed istituti prima sprovvisti di apposita disciplina (tra cui quelli in materia di interpretazione, correzione e revisione dei lodi internazionali), rendendo l'intera disciplina maggiormente *user-friendly*.

Per completare il quadro delle evoluzioni normative e regolamentari succedutesi negli anni, va ricordato che, l'1 gennaio 2004, sei camere di commercio e dell'industria svizzere⁴²⁷ si accordavano per adottare un regolamento svizzero uniforme per l'arbitrato internazionale (*Swiss Rules of International Arbitration*), al fine di armonizzare le rispettive discipline e promuovere l'arbitrato amministrato in Svizzera⁴²⁸.

L'elemento discriminante per qualificare un arbitrato svolgentesi in Svizzera come *internazionale*, e dunque per l'applicazione alla procedura, in luogo della Parte Terza della ZPO (applicabile all'arbitrato domestico), del Capitolo 12 della LDIP⁴²⁹, è rappresentato dal domicilio, residenza o sede all'estero di almeno una delle parti, *al momento della stipula della convenzione arbitrale*⁴³⁰.

Le parti, tuttavia, hanno facoltà di accordarsi per escludere l'applicabilità della disciplina "normativa" prevista per ciascuna procedura (domestica o internazio-

trouparte, di escludere *tout court* la disciplina domestica in favore di quella internazionale di cui al Capitolo 12 LDIP, come oggi consentito dall'art. 353 ZPO.

⁴²⁵ V. *Bericht der nationalrätlichen Kommission für Rechtsfragen – 27 maggio 2014*, reperibile al link: <http://www.parlament.ch/sites/kb/2008/Kommissionsbericht_RK-N_08.417_2014-05-27.pdf>).

⁴²⁶ V. C. OETIKER, *Revision of the Swiss Arbitration Act – A Status Report*, in *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2018, Volume 11, Issue 3, 755 ss.; *Rapport explicatif concernant la modification de la loi fédérale sur le droit international privé (arbitrage international) du 11 janvier 2017* ("Report"), reperibile al link: <https://www.bj.admin.ch/dam/da-ta/bj/aktuell/news/2017/2017-01-11/vn-ber-f.pdf>.

⁴²⁷ Basilea, Berna, Ginevra, Losanna, Lugano e Zurigo.

⁴²⁸ Le *Swiss Rules* sono entrate in vigore l'1 giugno 2012.

⁴²⁹ L'interpretazione ed applicazione della disciplina, sia domestica che internazionale, dell'arbitrato, nonché l'integrazione delle lacune normative, passa attraverso la valorizzazione dell'ampio corpus giurisprudenziale sviluppato dal TFS nel corso degli anni. V. F. DASSER, P. WOJTCOWICZ, *Challenges of Swiss Arbitral Awards – Updated and Extended Statistical Data as of 2015* – <<http://www.arbitration-ch.org/pages/en/arbitrationin-switzerland/index.html>>; v. anche F. DASSER, in *ASA Bull.* 2010, 82 ss.

⁴³⁰ V. Art. 176 (1) LDIP.

le) ed optare per l'applicabilità, rispettivamente, del regime "internazionale" per un arbitrato domestico (ai sensi dell'art. 353, comma 2 della Parte Terza del codice di procedura civile svizzero⁴³¹ e tramite una dichiarazione espressa contenuta nel patto d'arbitrato o in un accordo successivo) – verosimilmente ogniqualvolta le parti intendano limitare le censure invocabili avverso il lodo arbitrale, tra cui rientra, nell'ambito del regime domestico (ma non di quello internazionale), il motivo dell'arbitrarietà⁴³² –, e del regime "domestico" per un arbitrato internazionale (ai sensi dell'art. 176, comma 1, LDIP e, anche in tal caso, tramite accordo scritto).

Entrambi i regimi contemplano poi regole per determinare la sede dell'arbitrato in caso di mancata indicazione in tal senso ad opera delle parti⁴³³.

16. *Convergenze e divergenze tra le discipline dell'arbitrato domestico e dell'arbitrato internazionale in tema di conflitti di potestas iudicandi tra arbitrato e giurisdizione statale: la prospettiva del giudizio arbitrale*

Per quanto riguarda, specificamente, la questione dell'allocazione di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione, va preliminarmente osservato che l'approccio prevalentemente adottato dall'ordinamento svizzero in materia di *interpretazione del patto arbitrale* è sempre stato *molto restrittivo*, in ragione delle serie conseguenze collegate alla stipula di un patto arbitrale (i.e. rinuncia al diritto, costituzionalmente garantito, di accesso all'autorità giudiziaria statale), esigendosi che il consenso delle parti sia provato *senza alcun possibile dubbio o ambiguità*⁴³⁴.

Tuttavia, una volta che la sussistenza di tale consenso sia accertata, e non emerga alcun elemento atto a dimostrare l'intenzione di limitare, sotto il profilo oggettivo e soggettivo, l'ambito di applicazione del patto arbitrale, la presunzione è che le parti abbiano inteso deferire alla cognizione di un unico organo giudicante, quello da loro pattiziamente scelto, *tutte le dispute relative o comunque collegate alla relazione giuridica oggetto del patto* (ivi comprese le questioni preliminari o incidentali che dovessero sorgere nel corso del procedimento, anche se non strettamente rientranti nell'ambito di applicazione del patto arbitrale o non arbitrabili, la cui cognizione si ponga come strumentale e funzionale alla cognizione del merito della lite) (è il c.d. approccio *in favorem validitatis arbitratus*)⁴³⁵.

⁴³¹ V. Art. 353 (2) ZPO.

⁴³² Art. 393 (e) CCP.

⁴³³ Art. 176 (3) LDIP; Art. 355 (1) ZPO.

⁴³⁴ V. TFS 116 ia 56, cons. 3b; TFS 129 III 675, cons. 2.3.

⁴³⁵ Tale principio è stato confermato dal Tribunale Federale svizzero nelle decisioni TFS 133

In linea con tale approccio⁴³⁶, la nozione di “arbitrabilità” adottata dall’ordinamento svizzero è caratterizzata da notevole ampiezza⁴³⁷, sebbene con sfumature differenti tra regime domestico e regime internazionale. L’effetto principale di un patto arbitrale valido consiste nell’esclusione della *potestas iudicandi* concorrente del giudice statale sul rapporto devoluto in arbitrato. A differenza delle clausole di proroga della giurisdizione, tuttavia, il patto arbitrale non è assistito da una presunzione *de jure* circa il suo carattere *esclusivo*⁴³⁸. Spetterà dunque alla parte che solleva un’eccezione di arbitrato in sede giudiziale (o alla parte che, in arbitrato, contesti l’eccezione di carenza di *potestas iudicandi* dell’arbitro sollevata dalla controparte) dimostrare che l’intenzione delle parti era nel senso dell’esclusività della “competenza” arbitrale, a fronte della possibilità che le stesse si fossero accordate nel senso di una competenza *alternativa* dell’arbitro o del giudice statale (o, nell’ambito di una relazione asimmetrica, nel senso di concedere solo ad una di esse il diritto di adire (anche) la via arbitrale o, ancora, nel senso di prevedere la competenza di diversi tribunali arbitrali⁴³⁹).

In relazione alla questione dell’allocazione di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione dalla prospettiva *del giudizio arbitrale*, sussistono indubbiamente numerose convergenze tra molte delle norme dei due diversi regimi, governanti, rispettivamente, l’arbitrato domestico e l’arbitrato internazionale.

Entrambi, per cominciare, attribuiscono al tribunale arbitrale il potere di determinare le regole del procedimento, in assenza di scelta espressa delle parti⁴⁴⁰ (che potrebbe anche consistere nel richiamo alle disposizioni del regolamento arbitrale di un’istituzione o nell’opzione in favore di una *lex arbitri* diversa da quella svizzera); non è prevista, in altri termini, l’applicazione, di *default*, delle regole domestiche di procedura civile, con la conseguenza che anche il coinvolgimento dell’autorità giudiziaria statale nel corso del giudizio arbitrale (in relazione alle

III 139, cons. 5 (a proposito di un caso in cui si doveva decidere se la condotta delle parti fosse contraria alle disposizioni del diritto penale russo) e del 7 febbraio 2011 (4a_482/2010), cons. 4.3.1. V. D. GIRSBERGER, N. VOSTER, *International Arbitration in Switzerland*, 2^a ed., Schulthess 2012, 66; D. GIRSBERGER, *Widerspruechliche Schiedsklauseln vor Bundesgericht*, in *Schweizerische Zeitschrift fuer Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht (ZZZ)* 2004, 533 ss.

⁴³⁶ Confermato altresì dal disposto dell’art. 187 (2) LDIP, ai sensi del quale un patto arbitrale è valido se conforme, alternativamente, alla legge scelta dalle parti, alla legge che governa il contratto o alla legge svizzera (v. TFS 128 III 50, 62; 119 II 380, 384); una norma volta a garantire la prevedibilità per le parti e a ridurre la possibilità di censure avverso il futuro lodo (così TFS 119 III 380).

⁴³⁷ TFS 118 II 353, E. 3a.

⁴³⁸ Così B. BERGER, F. KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, cit., 127.

⁴³⁹ B. BERGER, F. KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, cit., 128.

⁴⁴⁰ Art. 182, comma 1 LDIP; Art. 371 (2) ZPO.

classiche funzioni di assistenza alla – e di controllo della – procedura arbitrale) è limitato alle ipotesi tassativamente previste dalla legge.

Nell'ambito di entrambi i regimi, poi, sono riconosciuti, da un lato, il principio di autonomia della convenzione di arbitrato (*separability principle*), ai sensi del quale l'invalidità del contratto principale non inficia, di per sé sola, la validità ed efficacia del patto d'arbitrato⁴⁴¹; dall'altro, il principio *Kompetenz Kompetenz* (la cui vigenza era invero controversa in passato⁴⁴²), considerato *norma di applicazione necessaria* non derogabile dalle parti, in base al quale gli arbitri sarebbero legittimati a conoscere e decidere di ogni contestazione alla loro *potestas iudicandi*, ivi comprese quelle relative alla validità, contenuto o portata del patto d'arbitrato e alla corretta costituzione del tribunale arbitrale⁴⁴³. Si tratta, tuttavia, come accade nella maggior parte degli ordinamenti, di un potere *non assoluto*, perché l'ultima parola riguardo alla sussistenza della *potestas iudicandi* arbitrale spetta comunque al giudice statale, in sede di impugnazione per nullità o di riconoscimento ed esecuzione del lodo.

Le eccezioni alla *potestas iudicandi* dell'arbitro devono essere sollevate, ad istanza di parte⁴⁴⁴, senza particolari formalità, entro un termine perentorio, rappresentato dalla prima difesa nel merito della causa⁴⁴⁵. In relazione all'arbitrato domestico, tale regola rappresenta un'applicazione del principio generale codificato dal combinato disposto degli artt. 373, comma 6 e 393, lett. d ZPO, secondo cui le contestazioni aventi ad oggetto irregolarità procedurali avvenute nel corso del giudizio arbitrale devono essere proposte *senza indugio*, pena la preclusione ad invocarle, ove, non tempestivamente rilevate, come motivo di impugnazione del lodo⁴⁴⁶.

Il medesimo principio è stato codificato, per l'arbitrato internazionale, dall'art. 186 LDIP e altresì di frequente ribadito dalla giurisprudenza del Tribunale Federale⁴⁴⁷, che, nella condotta omissiva delle parti in relazione alle possibili contestazioni alla *potestas iudicandi* dell'arbitro, ha ravvisato una *rinuncia irrevocabile*⁴⁴⁸ alla pos-

⁴⁴¹ Si vedano, in tal senso, gli artt. 357, comma 2, ZPO e 178, comma 3, LDIP. ATF 119 II 380 cons. 4a). ATF 4A_438 / 2013 cons. 3.3.2).

⁴⁴² TFS 27 II 505; BGE 7, 700.

⁴⁴³ Art. 359, comma 1, ZPO.

⁴⁴⁴ B. BERGER, F. KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, cit., 182.

⁴⁴⁵ Art. 359, comma 2 ZPO.

⁴⁴⁶ Per una specificazione di condotte che integrano la mancata proposizione dell'eccezione prima di presentare una difesa nel merito (la c.d. *unconditional appearance*) v. B. BERGER, F. KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, cit., 169.

⁴⁴⁷ ATF 4P.298/2005 cons. 2.3); ATF 4A_682/2012 cons. 4.2.2.1; ATF 134 III 565 cons. 3.1; ATF 128 III 50 cons. 2c/aa).

⁴⁴⁸ Questo perché, come statuito da TFS 128 III 50 E. 2c /aa, entrambe le norme sono esempi

sibilità di contestare successivamente, in sede di impugnazione o di giudizio di riconoscimento ed esecuzione, e sulla base di quelle stesse contestazioni, il lodo⁴⁴⁹. Stesso effetto di *rinuncia irrevocabile* viene ricollegato ad altre condotte delle parti ritenute in contrasto con il principio di buona fede (perché, ad esempio, integranti un *venire contra factum proprium*, come accade ogniqualvolta un soggetto eccepisca la carenza di *potestas iudicandi* dell'arbitro per asserita invalidità o inefficacia di un patto arbitrale, pur avendo in precedenza sollevato, dinanzi al giudice statale, un'*exceptio compromissi* fondata su quel medesimo patto)⁴⁵⁰, o comunque espressione di un'implicita accettazione della "competenza" dell'organo adito.

Il tribunale arbitrale decide, con cognizione piena ed integrale⁴⁵¹, sulle contestazioni alla propria "competenza", *alternativamente*, con un lodo preliminare ("*preliminary award*" o "*Vorentscheid*")⁴⁵² – soluzione che il legislatore indica come auspicabile⁴⁵³ – o con un lodo parziale ("*partial award*" o "*Teilentscheid*"), nel caso si ritenga fornito della "competenza" e statuisca, nell'un caso, solo su di essa e, nell'altro caso, assieme ad una "porzione" del merito della lite⁴⁵⁴, con decisione, in entrambi i casi, *immediatamente impugnabile* dinanzi al TF e contestabile proprio per motivi attinenti alla *jurisdiction* arbitrale ai sensi dell'art. 190, comma 2, b) LDIP⁴⁵⁵. Al tribunale arbitrale spetta la decisione se proseguire il procedimento o sospenderlo in attesa della decisione sull'impugnazione⁴⁵⁶.

di: "(...) *application of the principles of good faith, anchored in CC, Art. 2 (1), which applies throughout all areas of law, including civil procedure (...) and arbitration*". V. sul punto B. BERGER, F. KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, cit., 138; T. RÜEDE/R. HADENFELDT, *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht*, 2^a ed., Zurigo 1993, 95. In questo senso v. anche TFS 128 III 50 E. 2c/aa; TFS 120 II 155 E. 3b/bb. Per ulteriori riferimenti alla giurisprudenza, v. C. MUELLER, *Swiss Case Law in International Arbitration*, 2nd rev. ed., Zurigo 2010, Sub 186, 2 LDIP.

⁴⁴⁹ TFS 128 III 50 cons. 2c/bb/cc.

⁴⁵⁰ T. RÜEDE/R. HADENFELDT, *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht*, cit., 80. TFS 121 III 38 E. 3.

⁴⁵¹ Così TFS 121 III 495 E 2d. Sull'estensione della valutazione dell'arbitro sul patto arbitrale v. B. BERGER, F. KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, cit., 184; C. JERMINI, *Some Remarks on Preliminary Awards on Jurisdiction: Note – Kalmneft v. Glencore, High Court of Justice*, 27 luglio 2001, in *ASA Bulletin*, 2002, Vol. 20 Issue 1, 132 ss., per il quale: "*Under the LDIP, just as under the Arbitration Act, 'there is nothing [...] to suggest that a preliminary ruling on jurisdiction should involve a less comprehensive investigation of evidence than the determination of the merits by a final award'*".

⁴⁵² Art. 186, comma 3 LDIP; art. 190, 3, 190 2 b _ CCP artt. 392, b e 393 b.

⁴⁵³ Art. 186 LDIP.

⁴⁵⁴ Per l'arbitrato domestico, v. il combinato disposto degli artt. 392 e 393 ZPO. Per l'arbitrato internazionale v. il combinato disposto dei commi 2 e 3 dell'art. 190 LDIP.

⁴⁵⁵ Artt. 190 e 191 LDIP.

⁴⁵⁶ TFS 109 Ia 81, E. 2c.

La decisione sulla *jurisdiction* arbitrale può tuttavia avvenire anche con lodo definitivo, che può essere declinatorio (nel caso di negazione della propria *potestas iudicandi*)⁴⁵⁷, oppure affermativo della propria “competenza”, ove reso insieme alla decisione finale sul merito della lite⁴⁵⁸, con decisioni anche in tali casi impugnabili dinanzi al Tribunale Federale per motivi attinenti alla *jurisdiction* arbitrale⁴⁵⁹.

Fatto salvo, in ogni caso, in ossequio al principio di autonomia delle parti, un accordo delle parti volto ad impedire all'arbitro di ricorrere alla pronuncia di un lodo separato sulla competenza⁴⁶⁰, la scelta se pronunciarsi separatamente o solo assieme al merito (nonché sul momento in cui adottare la relativa decisione) è discrezionale, come tale non sindacabile in sede di impugnazione⁴⁶¹ e dipenderà, nell'un caso, dal prevalere di esigenze di efficienza ed economia processuale e, nel secondo caso, dall'esistenza di una stretta interconnessione delle questioni di fatto o di diritto rilevanti per la determinazione della sussistenza o meno della propria “competenza” con il merito della lite⁴⁶².

Se la forza del giudicato è riservata, in linea di principio, solo ai lodi parziali *stricto sensu* intesi (oltre che, ovviamente, ai lodi definitivi sul merito della lite), anche i lodi interinali o preliminari (quali, appunto, quelli in tema di *potestas iudicandi* dell'arbitro) possono acquisire il carattere dell'incontrovertibilità: da un lato, perché vincolanti per il tribunale arbitrale che li abbia pronunciati, non potendo essere da quello revocati o modificati nel corso del procedimento⁴⁶³; dall'altro lato, perché la loro mancata tempestiva impugnazione ai sensi dell'art. 190 LDIP precluderà alla parte interessata la possibilità di contestare il lodo definitivo in sede di impugnazione per motivi legati al contenuto del lodo interinale non impugnato⁴⁶⁴.

⁴⁵⁷ Art. 289 e 190 2b LDIP; CCP, artt. 392 a e 393b.

⁴⁵⁸ Art. 359, comma 1 ZPO. TFS 4 P 61/1991; TFS 128 III 50 E 2b; TFS 121 III 495 E. 6.

⁴⁵⁹ Artt. 186 (2) e (3) LDIP e 359 (1) e (2) CCP.

⁴⁶⁰ A favore B. BERGER, F. KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, cit., 185. Per C. JERMINI, *Some Remarks on Preliminary Awards on Jurisdiction*, cit., 132, è controverso se il tribunale arbitrale sia vincolato da una richiesta congiunta delle parti a pronunciarsi o meno sulla propria *potestas iudicandi* in un lodo preliminare.

⁴⁶¹ Tale potere non sarebbe sindacabile in sede di giudizio di nullità del lodo, come emerge dal fatto che l'art. 190, par. 2, lett. b), LSDIP – che riguarda l'impugnazione del lodo declinatorio della competenza – non fa alcun riferimento alla decisione, meramente procedurale, dell'arbitro quanto alla pronuncia separata sulla competenza, limitandosi ad investire la sussistenza della competenza dell'arbitro a pronunciarsi sul merito.

⁴⁶² TFS 121 III 495, cons. 6d. V. C. JERMINI, *Die Anfechtung der Schiedsprüche im internationalen Privatrecht*, Zürich, 1997, n. 74.

⁴⁶³ ATF 136 III 345 cons. 2.1

⁴⁶⁴ ATF 4A_370 / 2007 cons. 2.3.1.

Tra i profili di divergenza riscontrabili tra regime domestico e regime internazionale dell'arbitrato figurano, da un lato, l'istituto della compensazione (che è espressamente regolato dalla disciplina domestica⁴⁶⁵, mentre risulta privo di disciplina nell'ambito di quella internazionale, pur dovendosene dedurre l'ammissibilità per via giurisprudenziale, anche se solo a certe condizioni⁴⁶⁶). Dall'altro, la competenza dell'autorità giudiziaria in relazione alle procedure arbitrali (spettando le funzioni di supporto, in entrambi i regimi, al giudice della sede dell'arbitrato⁴⁶⁷, mentre quelle di controllo e/o revisione del lodo, per l'arbitrato domestico, *alternativamente* al Tribunale Federale o al giudice della sede, per l'arbitrato internazionale, invece, *sempre e solo* al Tribunale Federale⁴⁶⁸). Dall'altro ancora, i rimedi esperibili avverso il lodo (comprensivi, per l'arbitrato domestico, e in base ad espresse disposizioni di legge, dell'annullamento (art. 393 ZPO), della rettifica, dell'interpretazione, dell'integrazione (art. 388 ZPO) e della revisione (art. 395 ZPO); limitati, invece, per l'arbitrato internazionale, all'impugnazione per nullità del lodo, sebbene altri rimedi siano stati nel corso degli anni enucleati dalla giurisprudenza del Tribunale Federale)⁴⁶⁹. Infine, i motivi di annullamento di un lodo, che *solo per l'arbitrato domestico* contemplano la censura dell'arbitrarietà dell'esito, ove il lodo si fondi su accertamenti di fatto palesemente in contrasto con ciò che risulti dagli atti, oppure su una manifesta violazione del diritto o dell'equità⁴⁷⁰.

17. *L'immediata impugnabilità del lodo arbitrale sulla potestas iudicandi dell'arbitro e gli effetti della decisione del Tribunale Federale sull'impugnazione*

Una caratteristica dell'ordinamento svizzero, che accomuna la disciplina domestica e quella internazionale dell'arbitrato, è, come visto, *l'immediata impugna-*

⁴⁶⁵ Ai sensi degli artt. 376(2) e 377 (1) e (2) ZPO.

⁴⁶⁶ C. JERMINI, *Die Anfechtung der Schiedsprüche im internationalen, International and Domestic Arbitration in Switzerland*, cit., n. 522 ss.

⁴⁶⁷ V., per l'arbitrato domestico, l'art. 356 ZPO (e ivi il ruolo del singolo Cantone per l'individuazione dell'autorità giudiziaria competente) e, per l'arbitrato internazionale, l'art. 185 LDIP, secondo cui: "*For any further judicial assistance the state judge at the seat of the arbitral tribunal shall have jurisdiction*" (oltre che gli artt. 179, comma 2, 180 comma 3, 183 comma 2, 184 comma 2 LDIP in tema, rispettivamente, di costituzione del tribunale arbitrale, ricsuzione degli arbitri, esecuzione delle misure cautelari e assunzione delle prove).

⁴⁶⁸ V. l'art. 191 LDIP; v. anche art. 77 – *Swiss Federal Statute on the Swiss Federal Supreme Court* – giugno 17, 2005.

⁴⁶⁹ Art. 396 ZPO.

⁴⁷⁰ Art. 393 ZPO.

bilità (a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla notifica del lodo) di un lodo arbitrale che abbia deciso, in maniera espressa o implicita⁴⁷¹, affermandola o negandola, sulla *potestas iudicandi* dell'arbitro.

In entrambi i regimi, l'impugnazione è ammissibile solo se sussiste un interesse giuridico all'annullamento del lodo⁴⁷² e solo se le contestazioni alla *potestas iudicandi* dell'arbitro, che costituiscono il motivo dell'impugnazione, siano state tempestivamente sollevate nel corso del giudizio arbitrale⁴⁷³. In mancanza, la decisione arbitrale diventerà *incontrovertibile*, con la conseguenza, da un lato, dell'impossibilità di contestare (sia per la parte che abbia partecipato al giudizio arbitrale, sia di quella contumace cui sia stata notificato il lodo, ma che sia rimasta, appunto, inerte⁴⁷⁴) quella decisione (e, in genere, la competenza arbitrale) *in ogni altra sede giudiziale*⁴⁷⁵; dall'altro, del *vincolo* di quanto deciso dall'arbitro nei confronti di tutti i giudici statali svizzeri (e altresì degli arbitri con sede in Svizzera), che si dovessero confrontare in un momento successivo sulla stessa questione tra le stesse parti⁴⁷⁶.

Come detto, in entrambi i regimi l'organo competente a decidere sull'impugnazione di un lodo per motivi attinenti alla *potestas iudicandi* arbitrale è il Tribunale Federale svizzero (che di norma interpreta in senso restrittivo i diversi motivi di impugnazione – previsti come tassativi⁴⁷⁷ – come dimostra la bassa percentuale di successo dei ricorsi⁴⁷⁸), sebbene sia consentito alle parti, *ma solo per l'arbitrato domestico*, di accordarsi per iscritto nel senso che il lodo arbitrale venga impugnato dinanzi al giudice cantonale della sede⁴⁷⁹.

La soluzione di contemplare *una sola istanza giudiziale* per i giudizi di annullamento dei lodi (*sempre*, nel caso di lodi internazionali; *in assenza di patto contrario*, nel caso di lodi domestici), sebbene apprezzata da taluno per l'indiscutibile risparmio in termini di tempo e costi per giungere ad una pronuncia definitiva,

⁴⁷¹ TFS 130 III 76 reason 3.2.1; TFS 4A_370/2007 cons. 2.3.1 and 4.2. V. S. BESSON, *Le recours contre la sentence en droit suisse*, in *Rev. arb.* 2018, Issue 1, 99 ss.

⁴⁷² Art. 76 LFSCA.

⁴⁷³ TFS 130 III 66 cons. 4.3.; TFS 4P.162/2003 cons. 4.3; TFS 4A_46/2011 cons. 3.2; TFS 4P.298/2005 cons. 2.3.

⁴⁷⁴ TFS 120 II 155 E. 3b/bb.

⁴⁷⁵ TFS 120 II 155 E 3a; TFS 118 II 508 E 2b/bb.

⁴⁷⁶ C. JERMINI, *Die Anfechtung der Schiedsprüche im internationalen, International and Domestic Arbitration in Switzerland*, cit., 192.

⁴⁷⁷ TFS 128 III 50 cons. 1a.

⁴⁷⁸ Solo una media di 7.79% di impugnazioni sono state accolte dal Tribunale Federale nel periodo 1998 – 2015. V. F. DASSER, P. WOJTOWICZ, *Challenges of Swiss Arbitral Awards – Updated and Extended Statistical Data as of 2015*, reperibile al link: <<http://www.arbitrationch.org/pages/en/arbitration-in-switzerland/index.html>>.

⁴⁷⁹ Art. 390 ZPO.

che aumenterebbe l'attrattiva dell'ordinamento svizzero come sede di arbitrati (soprattutto internazionali), è da altri criticata perché non garantirebbe un sufficiente controllo statale sulla regolarità della procedura arbitrale⁴⁸⁰.

Le censure dei lodi, preliminari, parziali o definitivi, per motivi attinenti alla *potestas iudicandi* arbitrali, data l'ampia formulazione di entrambi gli artt. 393, lett. b) ZPO (“(...) *the arbitral tribunal wrongly declared itself to have or not to have jurisdiction*”) e 190, comma 2, lett. b) LDIP (“(...) *the arbitral tribunal wrongly accepted or declined jurisdiction*”), sono idonee a comprendere l'erronea valutazione dell'arbitro in relazione, da un lato, alla validità, formale, sostanziale e temporale di un patto arbitrale, o al suo ambito di applicazione, oggettivo e soggettivo (come nel caso di affermazione della sussistenza della propria *potestas iudicandi* nei confronti di soggetti non firmatari della convenzione di arbitrato⁴⁸¹); dall'altro, all'arbitrabilità della controversia o all'*entry of appearance as a basis for jurisdiction* ai sensi dell'art. 186, comma 2, LDIP⁴⁸²; dall'altro ancora, alla decisione se sospendere o meno il procedimento, ai sensi dell'art. 186 *bis* LDIP, in caso di “litispendenza” con un procedimento giudiziale sulla medesima causa e tra le stesse parti⁴⁸³.

Nelle suddette censure possono altresì confluire allegazioni circa l'errato fondamento normativo individuato dall'arbitro per affermare o declinare la propria *potestas iudicandi* (il Capitolo 12 LDIP anziché la Parte terza della ZPO o viceversa); la pronuncia del lodo dopo la scadenza del termine pattuito dalle parti⁴⁸⁴; l'inosservanza delle disposizioni disciplinanti la risoluzione pre-contenziosa della disputa intercorrente tra le parti⁴⁸⁵; l'erronea pronuncia declinatoria giustificata dall'arbitro in ragione di una sua presunta “incompetenza” ad applicare il diritto europeo in materia di concorrenza e così via.

Anche se, in linea di principio, un lodo preliminare può essere impugnato solo per i motivi di cui alle lett. a) e b) degli artt. 393 ZPO e 190, comma 2, LDIP (irregolare costituzione del tribunale arbitrale ed erronea pronuncia sulla *potestas iudicandi* arbitrale)⁴⁸⁶, secondo la più recente giurisprudenza del Tribunale Fede-

⁴⁸⁰ S. BESSON, in *ASA Bull* 2003, 463.

⁴⁸¹ TFS 4P.298 / 2005 cons. 2.2.

⁴⁸² Così TFS 117 II 94 E 5b.

⁴⁸³ Per C. JERMINI, *Some Remarks on Preliminary Awards on Jurisdiction*, cit., 132 ss., la disposizione fa riferimento all'art. 190 par. 2 lit. b LDIP (concernente il motivo di annullamento del lodo per “incompetenza”) senza limitare in alcun modo l'ambito del sindacato giurisdizionale rispetto ai lodi preliminari. Pertanto, la LDIP non consente di impugnare un lodo preliminare sulla competenza adducendo il motivo che sarebbe meglio che il tribunale arbitrale riesaminasse la questione alla luce degli elementi di prova aggiuntivi che potrebbero essere disponibili all'udienza sul merito.

⁴⁸⁴ TFS 140 III 75 cons. 4.1.

⁴⁸⁵ TFS 4A_124 / 2014 cons. 2.1.

⁴⁸⁶ ATF 130 III 76 cons. 4

rale in materia di arbitrato internazionale, ogniqualevolta, attraverso l'impugnazione, si muovano censure direttamente attinenti alla decisione dell'arbitro sulla propria *potestas iudicandi* arbitrale o all'irregolare costituzione del tribunale arbitrale, i lodi interinali possono essere altresì censurati in base ai motivi di cui alle lett. da c) ad e) del comma 2 dell'art. 190 LDIP⁴⁸⁷ e, dunque, per quanto rileva in questa sede, facendo valere i vizi di decisioni *ultra* od *extra petita*⁴⁸⁸.

Sebbene, in letteratura e in giurisprudenza, sia spesso ribadito il concetto secondo cui la cognizione del Tribunale Federale in sede di impugnazione per nullità di un lodo per motivi attinenti alla *potestas iudicandi* arbitrale (si tratti di lodo interinale, parziale o definitivo) sarebbe piena ed integrale (*"with unfettered powers of review"*)⁴⁸⁹, è ravvisabile una differenza di non poco momento tra la portata di detta cognizione e quella tradizionalmente spettante ai giudici nazionali di molti ordinamenti, tra cui la Corte d'appello nell'ordinamento italiano. Una differenza cui non è probabilmente indifferente la diversa formulazione del rispettivo motivo di impugnazione, che nell'ordinamento svizzero fa riferimento all'asserita erroneità della decisione dell'arbitro nell'assumere o declinare la propria *potestas iudicandi*. Ne deriva che, mentre, nell'ordinamento italiano, con l'impugnazione del lodo per motivi attinenti alla *potestas iudicandi* arbitrale, la Corte d'appello viene investita di un potere di cognizione piena, vertente *direttamente sulla convenzione arbitrale* (con esame autonomo e incondizionato rispetto a quello compiuto dall'arbitro, non limitato, cioè, ad un controllo "estrinseco" della legittimità del suo operato o della logicità, completezza e non contraddittorietà della sua motivazione⁴⁹⁰), nell'ordinamento svizzero il Tribunale Federale è legittimato a rivedere unicamente l'analisi e l'impostazione giuridiche che hanno condotto l'arbitro ad accettare o declinare la propria "competenza", rimanendo vincolato agli accertamenti di fatto su cui l'arbitro abbia fondato la decisione sulla propria "competenza" (salvo che detti accertamenti di fatto non siano stati compiuti in violazione del diritto al contraddittorio o del principio di parità di trattamento o dell'ordine pubblico⁴⁹¹; e salvo che il Tribunale Federale non debba prendere in

⁴⁸⁷ Su cui v. TFS140 III 477 cons. 3.1.

⁴⁸⁸ Art. 190, comma 2, lett. c), LDIP.; ATF 4P.154/2005 cons. 5); ATF 4P.54/2006 cons. 2.1).

⁴⁸⁹ TFS 122 III 139; TFS 121 III 38; TFS 117 II 94, cons. 5.

⁴⁹⁰ In tal senso v. F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.* 2005, 781 ss.; ID., *Dopo il lodo – Il controllo*, in *Riv. arb.* 2019, 3, per il quale: "(...) nella sede, ove è fatta valere la nullità della sentenza o del lodo, si apre un giudizio di primo grado, nel quale la cognizione del decidente sul vizio denunciato è piena e non condizionata dall'opinione che, rispetto alla questione dedotta, abbia eventualmente espresso colui che ha emesso l'atto oggetto di impugnazione".

⁴⁹¹ TFS 4P.48/2005 cons. 3.1.

considerazione, in casi eccezionali⁴⁹², nuovi fatti o nuove prove⁴⁹³).

Nell'ambito di questi limiti, la cognizione del Tribunale Federale potrà avere ad oggetto ogni questione preliminare o pregiudiziale che incida sulla sussistenza o meno della *potestas iudicandi* dell'arbitro (come, ad esempio, l'efficacia di una cessione di un contratto che includa una convenzione arbitrale⁴⁹⁴), potendo indurlo a concludere, ove l'arbitro abbia erroneamente declinato la propria competenza in conseguenza dell'accertamento dell'invalidità della convenzione arbitrale, che la "competenza" spetti al tribunale arbitrale⁴⁹⁵.

In caso di accoglimento dell'impugnazione, sia essa stata proposta avverso un lodo declinatorio o avverso un lodo affermativo della *potestas iudicandi* dell'arbitro, il Tribunale Federale stabilisce *definitivamente*, e con effetto vincolante per tutti i futuri giudici e arbitri, la sussistenza della *potestas iudicandi* arbitrale o la sua mancanza⁴⁹⁶. Così, in caso di accoglimento dell'impugnazione avverso un lodo *declinatorio*, la decisione del Tribunale Federale conterrà un *accertamento vincolante* circa la sussistenza della *potestas iudicandi* del tribunale arbitrale che ha pronunciato il lodo, sicché questi, se nuovamente adito dalle parti, sarà costretto a decidere la causa nel merito⁴⁹⁷. L'eccezione al carattere meramente cassatorio del giudizio di annullamento⁴⁹⁸ si giustifica, in tal caso, con l'interesse alla certezza giuridica e con la necessità di evitare il fenomeno del diniego di giustizia, ammettendosi dunque il Tribunale Federale a pronunciarsi *anche* sulle conseguenze dell'annullamento, vincolando qualsivoglia futuro giudice o arbitro all'accertata sussistenza della giurisdizione arbitrale⁴⁹⁹.

⁴⁹² In applicazione dell'art. 95 SOFJ.

⁴⁹³ TFS 119 II 380, cons. 3c. Il Tribunale federale è vincolato dai fatti accertati dal tribunale arbitrale, a meno che le constatazioni sui fatti non siano esse stesse oggetto di contestazione ai sensi dell'art. 190 (2) (d) o (e) (v., ad esempio, TFS 4P.48 / 2005 cons. 3.1 e ivi per ulteriori riferimenti), a meno che il lodo stesso del tribunale arbitrale non abbia dato luogo alla necessità di introdurre fatti nuovi. Una constatazione del tribunale arbitrale sull'effettiva intenzione delle parti in relazione all'esistenza e alla portata della convenzione arbitrale è una *constatazione in fatto* e pertanto non può essere rivista dal Tribunale federale (v. TFS 4A_305 / 2013 cons. 3.2.2).

⁴⁹⁴ TFS 128 III 50 cons. 2. Saranno invece preclusi alla cognizione del TF quei profili che travalicano la questione della *potestas iudicandi*, implicando aspetti sostanziali, quali l'autorità di disporre danni punitivi o *treble damages*.

⁴⁹⁵ TFS 127 III 279 cons. 1b; TFS 119 II 380, cons. 3c.

⁴⁹⁶ TFS 127 III 279 cons 1b; TFS 117 II 94 cons. 4.

⁴⁹⁷ TFS 117 II 94 cons. 4. L'art. 40 (4) del Concordato prevede espressamente che siano gli stessi arbitri a dover riesumare il procedimento, dopo che il lodo da essi pronunciato sia stato annullato. Ciò si applica anche per gli arbitrati soggetti al regime della LDIP, pur senza una previsione espressa. V. B. BERGER, F. KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, cit., 191.

⁴⁹⁸ TFS 102 Ia 574 E 4; TFS 117 II 94 E 4.

⁴⁹⁹ TFS 117 II 94 E 4.

Nel caso di accoglimento di un'istanza di annullamento di un lodo *affermativo* della competenza, il Tribunale Federale potrà invece limitarsi all'annullamento del lodo, ma, su istanza di parte, potrà altresì spingersi a dichiarare, nel dispositivo, che un tribunale arbitrale è privo della *potestas iudicandi* a decidere di una causa portata dinanzi ad esso sulla base di quel determinato patto.

Una particolarità del regime svizzero, riservata, tuttavia, al regime dell'arbitrato internazionale, consiste nella possibilità, per le parti, ove nessuna di esse abbia il domicilio, la residenza o la sede in Svizzera, di rinunciare, *in via preventiva* (e tramite manifestazione per iscritto, ai sensi dell'art. 178, comma 1, LDIP⁵⁰⁰, contenuta nella convenzione arbitrale o in un accordo successivo), al diritto di impugnare il lodo, sia con riferimento all'impugnazione *nella sua interezza* (nel qual caso all'esecuzione di quel lodo in Svizzera si applicherà il regime della Convenzione di New York), sia *limitatamente a solo alcuni dei motivi di cui all'art. 190, comma 2, LDIP*⁵⁰¹, tra cui, ad esempio, proprio quello attinente alla *potestas iudicandi* arbitrale⁵⁰². Nonostante tale istituto risulti inammissibile in alcuni ordinamenti (tra cui quello italiano, per espressa statuizione contenuta nell'art. 829, comma 1, c.p.c.)⁵⁰³ e non sia stato "risparmiato" dalle critiche della stessa dottrina svizzera, ha tuttavia ricevuto l'avallo della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella celebre decisione *Tabbane c. Switzerland* del 1° marzo 2016⁵⁰⁴, che ne ha

⁵⁰⁰ La rinuncia deve essere dichiarata in termini espressi, nella convenzione arbitrale o mediante un successivo accordo scritto. Questo requisito non è soddisfatto se le parti hanno semplicemente convenuto che il lodo deve essere "definitivo" (*final*) o "senza appello" ("*subject to no appeal; without appeal; with the exclusion of any appeal*"), né se le parti hanno fatto riferimento a una serie di regole di arbitrato (ad es. le regole svizzere all'art. 32 (2)), che prevedono che il lodo sarà "definitivo e vincolante" (TFS 116 II 639, cons. 2). La rinuncia all'art. 192, par. 1, del LDIP deve essere espressa in termini non ambigui e per iscritto. V. TFS 4P.198 / 2005 cons. 1.3); TFS 133 III 235 cons. 4.3.1; TFS; TFS 4P.114 / 2006 cons. 5.4; TFS 116 II 639 cons. 2c). Su tali profili v. G. KUNZ, *Rechtsmittelverzicht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit der Schweiz: mit Rechtsvergleichung*, Berna 1993, 84.

⁵⁰¹ Art. 192, comma 1 LDIP.

⁵⁰² TFS 4P.98/2005 cons. 4.2

⁵⁰³ Il primo comma dell'art. 829 c.p.c. statuisce che l'impugnazione per nullità è ammessa nei casi ivi elencati, *nonostante qualunque preventiva rinuncia*. La disposizione è chiara nel non consentire alle parti alcun potere di sottrarre il futuro lodo, *integralmente o anche solo con riferimento ad alcuno dei motivi di impugnazione*, allo scrutinio dell'autorità giudiziaria ordinaria. In tal senso v. Cass. 9 febbraio 2000 n. 1451; Cass. 4 luglio 1998, n. 6555; Cass. 4 aprile 2001, n. 4943.

⁵⁰⁴ Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, XIII Sezione, *Tabbane c. Switzerland*, 1° marzo 2016 – ric. N. 41069/12. Per un commento ci sia consentito rimandare a A. HENKE, *La compatibilità con l'art. 6 (1) CEDU della rinuncia all'impugnazione di un lodo*, in *Giur. it.*, 8-9, 2016, 1964 ss. La compatibilità dell'istituto della rinuncia all'impugnazione del lodo con l'art. 6 (1) della CEDU è stata ribadita dallo stesso Tribunale Federale svizzero (v. TFS 4A_238 / 2011 cons. 3.2), per il quale

sancito la compatibilità con l'art. 6 della Convenzione EDU.

Un accordo di questo tipo ha una diretta incidenza sul tema che ci occupa, dal momento che la rinuncia all'impugnazione del lodo nella sua interezza, o limitata ai motivi di cui alle lett. a) e b) del comma 2 dell'art. 190 LDIP (ossia ai motivi attinenti alla regolare costituzione del tribunale arbitrale o alla decisione dell'arbitro affermativa o declinatoria della propria *potestas iudicandi*), consegna di fatto agli arbitri, eccezionalmente⁵⁰⁵, *l'ultima parola* sulla questione della sussistenza o meno della propria *potestas iudicandi*, facendo definitivamente venir meno la tipica funzione di controllo dell'ordinamento statale sulla regolarità dello svolgimento della giustizia privata, rappresentata dal giudizio di impugnazione per il relativo motivo⁵⁰⁶.

Tale esito concorre a delineare un regime dei rapporti arbitro-giudice statale ancora più sbilanciato in favore dell'arbitro rispetto a quanto avviene nell'ordinamento francese con l'applicazione dell'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz*. Invero, in base alla giurisprudenza consolidata del TF (come vedremo subito appresso), nel caso di arbitrato internazionale con sede in Svizzera, il giudice statale chiamato a confrontarsi con la questione della validità di un patto arbitrale (nell'ambito di un'azione avente lo stesso oggetto di quella dedotta in arbitrato) deve limitarsi ad una valutazione sommaria dello stesso (*prima facie review*), rinviando agli arbitri per ogni più approfondita valutazione. In altri termini, la valutazione giudiziale sommaria della *potestas iudicandi* arbitrale nella fase prelo - che, in applicazione di quella che può definirsi una litispendenza unilaterale o a senso unico, conferisce una priorità cronologica alla cognizione arbitrale sulla questione della competenza arbitrale -, in uno con la rinuncia all'impugnazione del lodo per motivi attinenti alla medesima questione (che non può essere paralizzata dalla parte soccombente in arbitrato nemmeno invocando il motivo della violazione dell'ordine pubblico⁵⁰⁷) -, finiscono per fare dell'arbitro *l'unico giudice della propria "competenza"*⁵⁰⁸, senza possibilità di successive correzioni giu-

non avrebbe comunque effetto in Svizzera una "*loi d'application immédiate*" straniera che vietasse la rinuncia preventiva delle parti ai rimedi contro i lodi arbitrali: così TFS 4P.198 / 2005 cons. 2.1.

⁵⁰⁵ Art. 190 (2) (b) LDIP; B. BERGER, F. KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, cit., 191 par. 608; TFS 120 II 155 cons. 3b.bb.

⁵⁰⁶ Come statuito dal TF, una rinuncia priva di limitazioni esclude il procedimento di impugnazione per tutti i motivi elencati all'art. 190, inclusa la contestazione che la clausola compromissoria e la rinuncia non coprano la controversia (TFS 134 III 260 cons. 3.2.4) o che non vincolino un non firmatario (TFS 131 III 173 cons. 4.1; per una critica a tale decisione v. però S. BESSON, *Etendue du contrôle par le juge d'une exception d'arbitrage; renonciation aux recours contre la sentence arbitrale: deux questions choisies de droit suisse de l'arbitrage international*, in *Rev. arb.* 2005, 1080 ss.).

⁵⁰⁷ TFS 4P.198/2005 cons. 2.2.

⁵⁰⁸ Il Tribunale federale ha ritenuto che una rinuncia anticipata, contenuta nello statuto di una federazione sportiva, non possa essere validamente invocata contro gli atleti in un giudizio di an-

diziali di eventuali errori o irregolarità contenuti nella decisione arbitrale.

A dire il vero, tuttavia, tale conclusione si attaglia solo ad uno dei possibili scenari prospettabili, quello cioè di pronuncia dell'arbitro declinatoria della propria "competenza", che verrebbe effettivamente sottratta a qualsivoglia successivo controllo giudiziale. Nel caso, invece, di pronuncia affermativa della propria competenza, ad essere senz'altro escluso sarà solo lo scrutinio di un giudice svizzero nell'ambito di un giudizio di nullità del lodo, non, invece, uno scrutinio giudiziale *tout court*, che potrà avvenire nell'ambito di un giudizio di riconoscimento e/o esecuzione del lodo e ai sensi delle disposizioni della Convenzione di New York del 1958, sia dinanzi ad un giudice straniero, sia dinanzi ad un giudice svizzero, in ragione dell'applicabilità analogica delle norme di detta Convenzione ad un lodo arbitrale rispetto al quale sia stata escluso in via preventiva il diritto all'impugnazione e di cui si chieda l'esecuzione nell'ordinamento svizzero, come espressamente disposto dal comma 2 dell'art. 190 LDIP.

18. *La questione dei conflitti di potestas iudicandi tra arbitrato e giurisdizione statale dalla prospettiva del giudice statale. La diversa intensità della cognizione giudiziale sull'exceptio compromissi a seconda che si tratti di patto per arbitrato domestico o estero e l'accoglimento dell'effetto negativo del principio Kompetenz Kompetenz*

Al pari di quanto previsto per l'arbitro, anche al giudice statale, dinanzi al quale sia sollevata un'*exceptio compromissi*, spetta la scelta se pronunciarsi su di essa separatamente e in uno stadio preliminare della procedura, attraverso una decisione interinale o interlocutoria (*Zwischenentscheid*), oppure se posticiparne la definizione al momento della decisione sul merito della causa.

Una pronuncia del giudice statale che verta esclusivamente sulla convenzione arbitrale, sia che ne neghi, sia che ne affermi la sussistenza e la validità (e dunque sia che affermi la sussistenza della propria competenza, sia che la neghi), sarà immediatamente impugnabile dinanzi ad un giudice superiore (competente in virtù delle norme del CCP o) e, in ultima istanza, con appello in materia civile al Tribunale Federale (FTS, art. 72, 92 e 95 (a))⁵⁰⁹.

Una questione particolarmente dibattuta nell'ordinamento svizzero, che ha

nullamento del lodo, anche quando i requisiti formali dell'articolo 192 (1) LDIP siano soddisfatti, poiché non si può ritenere che la rinuncia sia stata accettata liberamente perché non hanno altra scelta che accettare il contenuto di tale statuto se vogliono competer. V. TFS 133 III 235 cons. 4.3.2.2 e 4.4.2.

⁵⁰⁹ V. TFS 110 II 54 E. 1°; TFS 110 II 54 E. 1°.

conosciuto recenti ed importanti sviluppi, soprattutto in relazione alla dimensione internazionale dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale, è quella relativa alla *diversa intensità* della cognizione del giudice statale su una convenzione arbitrale dinanzi ad esso invocata (indipendentemente dalla contestuale pendenza o meno di un giudizio arbitrale sulla medesima causa), a seconda che si tratti di un patto per arbitrato (domestico o internazionale) avente sede in Svizzera o di un patto per arbitrato estero⁵¹⁰.

In passato si registravano due orientamenti contrapposti.

Per una parte della dottrina, il giudice statale chiamato a pronunciarsi sulla propria “competenza” in presenza di una convenzione arbitrale, avrebbe dovuto limitarsi sempre ad un esame sommario, *prima facie*⁵¹¹ ritenuto maggiormente in linea con il tradizionale favore dell’ordinamento svizzero per il fenomeno arbitrale, nonché con il principio di autonomia e indipendenza della funzione aggiudicatoria degli arbitri, indipendentemente dal fatto che si trattasse di patto per arbitrato domestico o estero⁵¹².

Per un’altra parte della dottrina, invece, il giudice statale avrebbe dovuto svolgere sempre e comunque uno scrutinio *con cognizione piena* dell’esistenza e validità del patto arbitrale⁵¹³, al fine di evitare, da un lato, un diniego di giustizia (ogniquale, ad una valutazione meramente sommaria del patto, che avesse condotto alla declinatoria da parte del giudice statale, fosse seguita una declinatoria da parte dell’arbitro); dall’altro, un inutile allungamento dei tempi prima che si potesse pervenire ad una decisione definitiva sulla questione della sussistenza o meno della *potestas iudicandi* arbitrale. Invero, stante l’obbligo del giudice statale di rinviare le parti in arbitrato in base ad un esame superficiale della convenzione arbitrale (pur in presenza di fondati dubbi sulla sua esistenza o validità, la cui risoluzione avrebbe però richiesto un’indagine più approfondita non consentita al giudice), prima di pervenire ad una definizione incontrovertibile della questione della *potestas iudicandi* arbitrale – frutto di una cognizione piena ed esaustiva ad opera del giudice statale prima ad esso preclusa –, si sarebbe dovuti passare attraverso una serie di gravosi passaggi procedurali (dalla necessità di costituire il

⁵¹⁰ L’attitudine *arbitration-friendly* dell’ordinamento svizzero emerge anche dal parametro normativo ai sensi del quale il giudice svizzero (o l’arbitro avente sede in Svizzera) deve valutare la validità del patto arbitrale (per arbitrato estero): la competenza arbitrale sussiste (con il conseguente obbligo del giudice di emettere pronuncia declinatoria) ove il patto arbitrale risulti valido, alternativamente, ai sensi della legge scelta dalle parti, della legge che governa il merito della disputa, o della legge svizzera.

⁵¹¹ Così P. LALIVE, J.F. POUURET, C. REYMOND, *Le droit de l’arbitrage interne et international en Suisse*, Basel 1989, *Sub art.* 186, n. 16.

⁵¹² Così G. KAUFMANN-KOHLER, A. RIGOZZI, *cit.*, par. 442 ss..

⁵¹³ Così BSK IPRG – WENGER, SCHOTT, art. 186, n. 5; BERGER, KELLERHALS, n. 316 ss.

tribunale arbitrale, ove non ancora costituito, alla censura, in sede di impugnazione, della decisione arbitrale sulla questione della esistenza, validità ed efficacia di una convenzione arbitrale)⁵¹⁴.

Il Tribunale Federale, a partire dalla famosa decisione del 29 aprile 1996, resa nel caso *Fondation M. c. Banque X.*⁵¹⁵, adottava una sorta di *terza via* tra i due summenzionati approcci⁵¹⁶, ancor'oggi in vigore, introducendo, quanto ai poteri di cognizione del giudice statale in relazione ad una convenzione di arbitrato, una distinzione tra patto per arbitrato (internazionale) avente sede in Svizzera e patto per arbitrato estero⁵¹⁷. Secondo il TF, nel primo caso l'*exceptio compromissi* avrebbe dovuto essere conosciuta e decisa sulla base di una valutazione sommaria (*prima facie* o *summarische Prüfung*)⁵¹⁸ – per quanto non ristretta all'esame della validità del patto, ma altresì estesa al suo ambito di applicazione⁵¹⁹ e fatta sempre salva la possibilità di un esame più approfondito della convenzione arbitrale in sede di impugnazione del futuro lodo –; ciò in virtù di un'interpretazione restrittiva dell'art. 7 LDIP, letto alla luce anche del disposto di cui all'art. 61, comma 1, lett. b) ZPO, che, al contrario dell'art. 7 LDIP, limita espressamente la declinatoria del giudice statale ai casi in cui la convenzione arbitrale risulti “manifestamente” invalida o inidonea ad essere eseguita⁵²⁰. Nel secondo caso, invece, l'*exceptio compromissi* avrebbe dovuto essere conosciuta e decisa, sulla base di una cognizione *piena ed integrale* (*volle Kognition*)⁵²¹, in conformità a quello che il TF riteneva essere il regime di cui all'art. II (3) della Convenzione di New York del 1958.

⁵¹⁴ Così anche S. BREKOUAKIS, cit., 253, secondo cui: “*The prima facie threshold implies that the arbitration agreement in question is only possibly valid, at best. To attach the legal effect of exclusivity to an arbitration agreement that is only possibly valid is disproportional if not totally unwarranted*”.

⁵¹⁵ TFS 122 III 139, at 142, cons. 2b. in *ASA Bull.* 1996, 527; v. anche un commento di C.U. MAYER, in 1996 (3) *ASA Bull.* 361.

⁵¹⁶ Per J.J. BARCELO, *Kompetenz-Kompetenz and Its Negative Effect*, cit., 1 ss: “*In the light of this ambiguity, the Swiss Supreme Court has adopted an interpretation of the statutory language that introduces a significant variation on the strong French prima facie review doctrine*”.

⁵¹⁷ V. TFS 122 III 139, cons. 2 a e 2 b.

⁵¹⁸ Il TF ha sempre ribadito che l'ambito dello scrutinio giudiziale avente ad oggetto la questione della validità di un patto arbitrale ai sensi dell'art. 7 LDIP è limitata a una *prima facie review*. V. TFS 122 III 139 cons. 2b; TFS 4A_279/2010 cons. 2; TFS 138 III 681 cons. 3.2. TFS 4A_119/2012 cons. 3.2-3.3; TFS 122 III 139 cons. 2b.

⁵¹⁹ TFS 122 III 139 cons. 3.3.

⁵²⁰ B. BERGER, F. KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, [3d ed. 2015], 112, par. 335.

⁵²¹ TFS 121 III 38 cons. 2b: “*En d'autres termes, l'art. II al. 3 de la Convention de New York consacre l'obligation pour le juge ordinaire de statuer librement sur l'exception d'arbitrage invoquée à la lumière des critères de validité du traité international, [...]*”; TFS 4A_279/2010, cons. 2; TFS 121 III 38, cons 3b.

La *ratio* sottesa alla soluzione adottata dal Tribunale Federale, ribadita in alcune sue decisioni successive⁵²², risiedeva in ciò, che nel caso di arbitrato (domestico o internazionale) *svolgentesi in Svizzera*, al giudice svizzero sarebbe sempre spettata l'ultima parola sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale (nell'ambito di un'impugnazione *immediata* avverso un lodo che avesse pronunciato esclusivamente – affermandola o negandola – sulla “competenza” arbitrale o nell'ambito di un'impugnazione – *differita*, per quanto specificamente riguarda le censure alla decisione arbitrale sulla propria “competenza” – proposta avverso anche il lodo finale di merito⁵²³), potendo il giudice statale svolgere, in tali contesti, uno scrutinio approfondito della convenzione arbitrale, attraverso una valutazione della correttezza o meno della decisione dell'arbitro sulla stessa. Consentire al giudice, adito in una fase pre-lodo, di svolgere una cognizione piena ed esaustiva sulla convenzione arbitrale avrebbe comportato, secondo il TF, una compressione dell'autonomia dell'arbitrato e del suo potere di decidere in autonomia sulla propria *potestas iudicandi*⁵²⁴, in qualche modo anticipando la decisione dell'arbitro⁵²⁵ e trasformando il meccanismo di cui all'art. 7 LDIP, pensato originariamente per prevenire manovre dilatorie o finalizzate a destabilizzare la procedura arbitrale⁵²⁶, in uno strumento utilizzabile dalla parte in mala fede⁵²⁷ per ostacolare il fisiologico svolgersi della procedura arbitrale⁵²⁸.

Al contrario, nel caso di arbitrato svolgentesi all'estero, la “supervisione” giudiziale della pronuncia arbitrale, *anche in relazione al profilo della esistenza di una*

⁵²² TFS, 31 ottobre 1996, 4C.44/1996, cons 2; TFS 9 gennaio 2008, 4A_436/2007, cons 3; TFS 25 ottobre 2010, 4A_279/2010, cons 2; B. BERGER, F. KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, cit., 110-113; TFS 121 III 38, cons 3b.

⁵²³ TFS 122 III 139, cons. 3.2. Nella decisione del TFS 121 III 38, cons. 2b, si legge: “*L'avis des auteurs en cause ne doit être partagé que dans la mesure où la question de la compétence est tranchée en dernier resort par le juge ordinaire appelé à connaître du problème de la compétence du tribunal arbitral, ce qui implique que la procédure arbitrale réclamée soit soumise au Concordat suisse sur l'arbitrage ou à la Loi fédérale sur le droit international privé (...)*”.

⁵²⁴ TFS 122 III 139, cons. 3.2; TFS 4A_119/2012, cons 3.2; TFS 122 III 142; TFS 121 III 41.

⁵²⁵ P.Y. TSCHANZ, *De l'opportunité de modifier l'art 7 LDIP*, in *ASA Bulletin* 2010, 3, 479 ss.

⁵²⁶ G. KAUFMANN-KOHLER, A. RIGOZZI, *Arbitrage international – Droit et pratique à la lumière de la LDIP*, cit., par. 442; E. GAILLARD, *La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence*, in G. AKSEN, R. BRINER, *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, Paris, ICC Publishing, 2005, 322; D. SCHRAMM, E. GEISINGER, P. PINSOLLE, *Article II, in: Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: a Global Commentary on the New York Convention*, The Hague 2010, 95.

⁵²⁷ C.U. MAYER, *Die Überprüfung internationaler Schiedsvereinbarungen durch staatliche Gerichte*, in 1996, *ASA Bulletin* 3, 361-411, 363.

⁵²⁸ TFS 122 III 144; TFS 4A_119/2012, cons 3.2.

convenzione arbitrale valida ed efficace, sarebbe stata demandata all'autorità giudiziaria della sede dell'arbitrato (competente *in via esclusiva* a decidere su un'eventuale impugnazione del lodo) e così sottratta alla cognizione del giudice svizzero, che, dunque, solo in occasione della decisione sull'*exceptio compromissi* avrebbe potuto pronunciarsi sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale.

Ne derivava una biforcazione di regimi in relazione al rapporto tra arbitrato e giurisdizione statale: l'applicazione del sistema delle "vie parallele" nel caso di patto arbitrale per arbitrato estero, fondato su un'applicazione integrale e bilaterale del principio *Kompetenz Kompetenz*, con cognizione giudiziale piena ed esaustiva della convenzione di arbitrato; l'applicazione, invece, dell'effetto negativo del medesimo principio, con il ricorso ad una sorta di litispendenza unilaterale o a senso unico, nel caso di patto per arbitrato (domestico o internazionale) con sede in Svizzera⁵²⁹.

La soluzione adottata dal Tribunale Federale non era in effetti priva di giustificazioni: l'applicazione dell'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz*, con limitazione dei poteri del giudice ad un esame *prima facie*, indubbiamente risultava più favorevole all'arbitrato, nella misura in cui ad esso veniva data precedenza rispetto alla via giudiziale, concorrendo ad eliminare (o quantomeno a ridurre sensibilmente) il rischio di procedure parallele, rispettivamente, in sede arbitrale e giudiziale, sulla medesima causa e tra le stesse parti e il conseguente rischio di un conflitto di giudicati⁵³⁰.

Tuttavia essa suscitava (e suscita tutt'ora, trattandosi di soluzione ancor'oggi applicata dal TF) non poche perplessità, a cominciare dal fatto che, al contrario di quanto asserito dal Tribunale⁵³¹, non è possibile rinvenire nel dato normativo alcun appiglio espresso o inequivocabile nel senso che il sindacato giudiziale ai sensi dell'art. 7 LDIP debba essere necessariamente sommario o nel senso che i poteri di cognizione del giudice statale abbiano una diversa ampiezza nell'ambito, rispettivamente, del regime di cui all'art. 7 LDIP e di quello di cui all'art. II (3) della Convenzione di New York del 1958 (ossia limitato ad un esame *prima facie*, nel primo caso; comprensivo di un *full review*, nel secondo), anche perché, dalla

⁵²⁹ In questo senso E. GAILLARD, Y. BANIFATEMI, *Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators*, in E. GAILLARD, D. DI PIETRO (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*, Londra 2008, 257 ss.; v. anche TFS 121 III, 38 ss. (in un *obiter dictum*). Per ulteriori riferimenti v. C.R. REETZ, *The Limits of the Competence-Competence Doctrine in United States Courts*, in 2011) *Dispute Resolution International*, Vol 5 No 1, 5-19.

⁵³⁰ V. S. BESSON, *Réflexion sur le projet de modification de l'article 7 LDIP (initiative Lüscher)*, in *ASA Bulletin* 2011, 3, 574 ss.

⁵³¹ Nella decisione del TFS 121 III 138, cons. 2b, si legge: "En d'autres termes, l'art. II al. 3 de la Convention de New York consacre l'obligation pour le juge ordinaire de statuer librement sur l'exception d'arbitrage invoquée à la lumière des critères de validité du traité international".

formulazione dell'art. II (3) della Convenzione di New York, non è dato ricavare alcuna indicazione circa lo *standard of review* applicabile da un giudice statale⁵³².

D'altra parte, la "storia legislativa" dell'art. 7 LDIP dimostra come la sua formulazione sia basata proprio sul testo dell'art. II (3) della Convenzione di New York⁵³³, rendendo dunque ingiustificata ogni pretesa di differenziare, in relazione alle fattispecie rientranti nell'ambito dell'una o dell'altra disposizione, la portata ed estensione dei poteri di cognizione del giudice statale⁵³⁴.

Ancora, lascia perplessi la *ratio* esplicitata dal TF a fondamento del diverso *standard* applicabile alla cognizione del giudice nei casi, rispettivamente, di patto per arbitrato interno o estero, ossia che in quest'ultimo caso al giudice svizzero sarebbe preclusa la possibilità (consentita invece al medesimo giudice nel primo caso) di valutare, in un momento successivo, la convenzione arbitrale con cognizione piena ed esaustiva⁵³⁵. Da un lato, infatti, anche nel caso di arbitrato estero non viene del tutto meno la possibilità di una successiva revisione giudiziale della decisione arbitrale sulla convenzione di arbitrato. In tale ottica, discriminare tra arbitrato interno ed estero quanto all'intensità dello scrutinio del giudice statale pare celare un atteggiamento di sfiducia rispetto all'affidabilità dello scrutinio svolto dalle autorità giudiziarie straniere, che palesemente confligge con il sistema e lo stesso spirito della Convenzione di New York, fondate sull'assunto di una fiducia reciproca tra gli Stati firmatari della Convenzione e, di conseguenza, tra i rispettivi sistemi giudiziari. Dall'altro lato, il fatto che la competenza per l'annullamento di un lodo spetti in via esclusiva ad un giudice straniero può bensì precludere un'ulteriore "revisione" giudiziale della pronuncia dell'arbitro (anche o solo) sulla *potestas iudicandi* arbitrale. Ciò, tuttavia, varrebbe solo nel caso di annullamento del lodo (e, a ben vedere, nemmeno sempre), non, invece, nel caso in cui il lodo venga confermato dal giudice statale⁵³⁶, potendo in tal caso il giudice svizzero essere chiamato a pronunciarsi anch'esso, con cognizione piena, sulla convenzione arbitrale, nell'ambito di un giudizio di riconoscimento ed esecuzione del lodo, ai sensi

⁵³² U. HAAS, *Part 3: The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York 1958*, in F.B. WEIGAND, *Practitioner's Handbook on International Arbitration*, Munich 2002, par. 108.

⁵³³ *Dispatch of the Federal Council of 10 November 1982 on the Swiss Private International Law Act*, BBl 1983 I 303.

⁵³⁴ V. J. LEW, L. MISTELIS, S. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Londra 2003, par. 14-54.

⁵³⁵ TFS 4A_119/2012, cons. 3.2; DFT 122 III 142 ss. TFS 121 III 38 cons. 2b: "*L'avis des auteurs en cause ne doit être partagé que dans la mesure où la question de la compétence est tranchée en dernier resort par le juge ordinaire appelé à connaître du problème de la compétence du tribunal arbitral, ce qui implique que la procédure arbitrale réclamée soit soumise au Concordat suisse sur l'arbitrage ou à la Loi fédérale sur le droit international privé [...]*".

⁵³⁶ V. la Convenzione di New York del 1958 all'art. V(1)(e).

delle norme della Convenzione di New York⁵³⁷. Si tratterebbe, a ben vedere, di una possibilità non così remota perché, se già nella fase pre-lodo il giudice svizzero viene chiamato a valutare una convenzione arbitrale in relazione ad un giudizio arbitrale da svolgersi (o svolgentesi) all'estero, ciò significa che sussiste un qualche (non tenue) collegamento della disputa, sotto il profilo soggettivo o oggettivo, con l'ordinamento svizzero, che rende la prospettiva di un futuro giudizio di riconoscimento del lodo in questo ordinamento non così remota.

In dottrina si è altresì osservato che il diritto (costituzionale) di accesso al giudice statale dovrebbe essere limitato o escluso solo a seguito di una valutazione esaustiva della convenzione arbitrale e che svolgere un esame solo sommario di un patto per arbitrato estero potrebbe risolversi in un pregiudizio per la parte svizzera che abbia adito il giudice svizzero, precludendole l'accesso alla giustizia in tempi ragionevoli, ove dinanzi alla giurisdizione straniera la determinazione della sussistenza o meno della *potestas iudicandi* arbitrale dovesse protrarsi per un tempo eccessivo⁵³⁸.

Al netto di tali e altre problematiche pratico-applicative (tra cui il rischio che la soluzione adottata dal Tribunale Federale finisca per favorire una duplice declinatoria di competenza, la prima da parte del giudice statale – conseguente ad una valutazione solo *prima facie* del patto arbitrale –, la seconda da parte dell'arbitro – in base ad una *full review* dello stesso –), la soluzione proposta finisce per discriminare, sotto il profilo delle garanzie costituzionali della legittimità della percorribilità della via arbitrale, le parti che abbiano fissato la sede dell'arbitrato al di fuori dell'ordinamento svizzero, rispetto a quelle che abbiano invece optato per una sede “interna”.

La soluzione in parola, d'altronde, trascura la portata e gli effetti della regola della *more-favourable-right-provision* di cui all'art. VII (1) della Convenzione di New York⁵³⁹, finendo per capovolgere il tradizionale approccio degli ordinamenti statuali nei confronti delle procedure arbitrali, di norma caratterizzati da maggior rigidità per quelli “interni” e da maggior flessibilità per quelli esteri.

Per finire, lo stesso criterio della sede dell'arbitrato come discrimine tra una cognizione, rispettivamente, sommaria o piena ed esaustiva, oltre ad apparire piuttosto opinabile, non è sempre di agevole individuazione⁵⁴⁰.

⁵³⁷ V. l'art. 194 LDIP.

⁵³⁸ B. BERGER, *Kritische Gedanken zur Revision von Art. 7 IPRG im Lichte eines praktischen Beispiels* in 29 *ASA Bull.* 33, 2011; J.J. BARCELO, *Kompetenz-Kompetenz and Its Negative Effect*, cit.

⁵³⁹ ASA (*Vernehmlassung zur Initiative zu Art. 7 IPRG*), 590.

⁵⁴⁰ P. WEBER STECHER, *Decision of the Swiss Federal Tribunal on the exceptio arbitri in state court proceedings: comments on the prima facie review and its scope of application*, in <https://www.wengervieli.ch/getattachment/3803978e-3459-413f-ae11-b99cd5196d9b/Decision-of-the-Swiss-Federal-Tribunal-on-the-exce.aspx>.

Alla luce anche delle perplessità poc' anzi illustrate, in seno alla dottrina svizzera è sorto un acceso dibattito.

Secondo un primo orientamento, sull'assunto che l'art. 7 LDIP, oltre a fondarsi sull'art. II (3) della Convenzione di New York e a riprodurne espressamente la formulazione, ne condividerebbe la medesima *ratio*, appariva inaccettabile differenziare lo *standards of review* applicabile dal giudice statale a seconda che la convenzione arbitrale, oggetto del suo esame, fosse per un arbitrato "interno" o per un arbitrato estero⁵⁴¹, auspicando in entrambi i casi un *self-restraint* del giudice statale, onde evitare interferenze tra l'esercizio dei poteri di cognizione di quest'ultimo e l'autonomia, l'indipendenza e l'integrità del giudizio arbitrale e soprattutto il potere degli arbitri di decidere in piena autonomia sulla propria *potestas iudicandi*⁵⁴², di cui la decisione statale avrebbe rappresentato un'anticipazione⁵⁴³.

Un diverso orientamento, prendendo le mosse dal dato letterale dell'art. 7 LDIP (che, quanto alla determinazione dell'arbitro sulla propria "competenza", non contempla alcun *favor arbitratus*, neppure sotto il profilo cronologico), auspicava che, in relazione ad entrambe le fattispecie considerate dalla decisione del TF (patto per arbitrato "interno" e patto per arbitrato estero), il giudice statale adottasse uno *standard* omogeneo di valutazione della convenzione arbitrale, nello specifico un *full review*⁵⁴⁴.

Non sono poi mancate posizioni intermedie, come quella in linea di principio bensì favorevole ad un'estensione del *prima facie test* anche ai patti per arbitrato estero, condizionata, tuttavia, ad una costituzione del tribunale arbitrale entro un lasso di tempo ragionevole⁵⁴⁵.

A seguito del dibattito dottrinale originato dalla giurisprudenza del TF, non solo sullo *standard of review* applicabile dal giudice statale all'esame di una convenzione arbitrale, a seconda che fosse per arbitrato interno o estero, ma anche sul problema del parallelismo di procedure, rispettivamente, giudiziali ed arbitrali,

⁵⁴¹ *Dispatch of the Federal Council of 10 November 1982*, BBl 1983, I, 303.

⁵⁴² P. WEBER STECHER, *Decision of the Swiss Federal Tribunal on the exceptio arbitri in state court proceedings*, cit.

⁵⁴³ P. WEBER STECHER, *Decision of the Swiss Federal Tribunal on the exceptio arbitri in state court proceedings*, cit.; v. anche TFS 122 III 144; TFS 4A_119/2012, cons 3.2.

⁵⁴⁴ B. BERGER, F. KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, cit., par. 316, favorevoli a che il giudice statale verifichi la validità di una convenzione arbitrale con poteri di cognizione illimitati, indipendentemente dal fatto che la convenzione arbitrale preveda la sede del tribunale arbitrale in Svizzera o all'estero. Per un'opinione differente v. J.F. POUDRET, *Exception d'arbitrage et litispendance en droit suisse – Comment départager le juge et l'arbitre?*, in 25 (2) *ASA Bull.* 230.

⁵⁴⁵ M. WIRTH, "Chapter 12 LDIPA—Is It Time for Reform? If Yes, What Shall Be Its Scope?", in C. MÜLLER, A. RIGOZZI, S. BESSON (eds.), *New developments in international commercial arbitration*, Zurigo, Basilea, Ginevra 2011, 64.

interne od estere, sulla medesima causa – con, in particolare, lo sconcerto provocato dalla decisione resa dal TF nel caso *Fomento*⁵⁴⁶, su cui ci soffermeremo subito appresso –, il legislatore svizzero è intervenuto sull'art. 186 LDIP, aggiungendovi un comma, l'1 *bis*, con cui si è statuito che un tribunale arbitrale è legittimato a decidere sulla propria competenza *anche quando un'azione concernente lo stesso oggetto sia già pendente tra le stesse parti dinanzi ad un giudice statale o a un altro tribunale arbitrale*, indipendentemente dal fatto che detti procedimenti si svolgano o meno in Svizzera, salvo che sussistano seri motivi che impongano una sospensione della procedura.

Secondo l'orientamento interpretativo prevalente, con tale norma il legislatore svizzero avrebbe inteso sancire la prevalenza del principio *Kompetenz Kompetenz* rispetto all'operatività del criterio della prevenzione, su cui si basa l'istituto della litispendenza, rendendo più gravoso, per le parti, indulgere in tattiche dilatorie e ostruzionistiche della procedura arbitrale⁵⁴⁷. Ciò che non si può negare è che tale modifica normativa ha dato senz'altro maggior vigore alla tesi di coloro che da tempo auspicavano l'estensione, *anche all'esame di un patto arbitrale per arbitrato estero*, dello *standard prima facie review* (anche in ragione del fatto che il TF ha costantemente ribadito il principio secondo cui le disposizioni della Convenzione di New York del 1958 dovrebbero essere interpretate alla luce delle più recenti disposizioni di diritto svizzero di contenuto analogo, come, ad esempio, proprio l'art. 7 LDIP⁵⁴⁸).

In tale ottica, la persistente applicazione della giurisprudenza del TF come originariamente formulata nel *leading case Fondation M. c. Banque X* si porrebbe in insanabile conflitto con le finalità perseguite dal nuovo art. 186, comma 1 *bis*, LDIP. Tale impostazione è altresì quella seguita da chi, mirando a rendere l'ordinamento svizzero ancor più *arbitration-friendly*⁵⁴⁹, tempo addietro aveva sottoposto al Parlamento svizzero una proposta di modifica dell'art. 7 LDIP⁵⁵⁰, finalizza-

⁵⁴⁶ TFS 127 III 279, che esclude che il tribunale arbitrale goda di priorità alcuna rispetto al giudice statale nel decidere sulla propria *jurisdiction*.

⁵⁴⁷ P.Y. TSCHANZ, I.F. GAZZINI, *Chronique de jurisprudence étrangère: Suisse*, in *Rev. arb.* 2009, Issue 4, 836; J. WAICYMER, *Procedure and Evidence in International Arbitration*, Kluwer Law Int. 2012, 691.

⁵⁴⁸ TFS 121 III 43 ss., laddove si è statuito che l'art. II (2) della Convenzione di New York deve essere interpretato alla luce dell'art. 178 LDIP; v. J.F. POUURET, *Discrepancies Between the New York Convention and Chapter 12 of the Swiss LDIP in The New York Convention of 1958*, *ASA Special Series* No. 9, 1996, 238 ss.

⁵⁴⁹ Il *Report della Commission of the Council of Cantons* del 15 febbraio 2010 è reperibile a questo link: http://www.parlament.ch/afs/data/d/bericht/2008/d_bericht_s_k25_0_20080417_0_20100215.htm. Il *Report della National Council's Commission* del 4 maggio 2009 è reperibile a questo link: http://www.parlament.ch/afs/data/d/bericht/2008/d_bericht_n_k12_0_20080417_0_20090504.htm.

⁵⁵⁰ V., ad esempio, la c.d. *Luescher initiative* (di cui alla nota che segue), che mira ad introdurre,

ta ad esplicitare che, ove già penda un giudizio arbitrale, e indipendentemente dal fatto che la sede di quest'ultimo sia o meno in Svizzera, il giudice svizzero chiamato a pronunciarsi sulla convenzione arbitrale dovrebbe astenersi dal rendere una decisione, sino a quando il tribunale arbitrale non si sia pronunciato sulla propria *potestas iudicandi*, a meno che il giudice non ritenga, alla luce di uno scrutinio sommario (*prima facie*), che non esista un valido accordo arbitrale tra le parti⁵⁵¹. In linea con la posizione espressa da entrambe le Commissioni parlamentari costituite per valutare l'iniziativa, il governo svizzero ha infine deciso di non accogliere la proposta e, per l'effetto, di non includere l'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz* nella recente riforma della legge svizzera di diritto internazionale privato.

Alla base della posizione di dette Commissioni – e poi anche della decisione del governo –, è la convinzione, da un lato, che la situazione in cui un giudice svizzero venga adito in relazione ad una controversia deferita ad un arbitrato da svolgersi all'estero sarebbe già governata dall'art. II (3) della Convenzione di New York del 1958 (sicché la summenzionata proposta, nel prospettare una soluzione divergente rispetto a quella che sarebbe stata adottata – nella ricostruzione di tale orientamento – da detta norma convenzionale, violerebbe il disposto di cui all'art. 1 (2) LDIP, che attribuisce prevalenza ai trattati internazionali, tra cui, appunto, la Convenzione di New York, sulla legislazione domestica); dall'altro, che una limitazione, per via normativa, dell'estensione dello scrutinio del giudice statale – in presenza di un patto arbitrale – ad un mero esame sommario (*prima facie*), finirebbe per incidere sulla portata e i limiti di un potere sovrano, quale quello esercitato dai giudici svizzeri.

Invero tale proposta, che non ha mancato di ricevere supporto da importanti esponenti della comunità arbitrale svizzera⁵⁵², tende a riprodurre le fisiologiche criticità connesse all'operatività dell'effetto negativo del principio *Kompetenz*

per i giudici dello Stato e per la fase pre-lodo, il *prima facie review* standard, indipendentemente da dove si trovi la sede dell'arbitrato. V. anche S. BESSON, *Réflexion sur le projet de modification de l'article 7 LDIP (initiative Lüscher)*, in *ASA Bulletin* 2010, 3, 576.

⁵⁵¹ Il 20 marzo 2008, veniva presentata la proposta di un membro del *Swiss National Council*, LÜSCHER, volta ad aggiungere un secondo paragrafo all'art. 7 LDIP, del seguente tenore: “*In international matters, regardless of where the arbitral tribunal's seat is located, the Swiss court seised shall not render a decision until the arbitral tribunal has determined its own jurisdiction, unless the Swiss courts conclude after a prima facie review that there is no arbitration agreement between the parties.*” (08.417 – *Parlamentarische Initiative: Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht. Änderung von Artikel 7*). G. VON SEGESSER, *Possible reinforcement of the negative effect of the “competence-competence” principle in Swiss legislation*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 2010/2/5: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2010/02/05/possible-reinforcement-of-the-negative-effect-of-the-competence-competence-principle-in-swiss-legislation/>.

⁵⁵² V. ASA, *Vernehmlassung zur Initiative zu Art. 7 IPRG*, 591.

Kompetenz, tra cui, *in primis*, il rischio di una duplice declinatoria, con conseguente rischio di un diniego di giustizia, originati entrambi da una valutazione originariamente non approfondita del patto arbitrale da parte del giudice statale, cui segue la deduzione, *ex novo*, della questione dinanzi al giudice statale competente o quella con cognizione piena, *ma di esito opposto*, dell'arbitro, e questione nuovamente sottoposta al giudice statale competente per l'impugnazione del lodo, questa volta legittimato ad una cognizione piena ed esaustiva della convenzione arbitrale. Un passaggio che si sarebbe forse potuto evitare attribuendo *sin da subito* al giudice statale, in ossequio al tradizionale funzionamento del principio *Kompetenz Kompetenz*, il potere di svolgere sulla convenzione arbitrale la stessa ampia e diffusa cognizione applicabile alla generalità dei presupposti processuali del suo potere decisorio.

Al di là dell'insoddisfacente coordinamento tra procedure interne ed esterne, giudiziali ed arbitrali, sulla medesima causa, l'accoglimento di tale proposta avrebbe finito per irrigidire inutilmente un sistema, quale quello svizzero, che in virtù del suo spiccato *favor arbitratus* e della tradizionale deferenza delle sue corti statali nei confronti dell'arbitrato, si è sempre dimostrato efficace e bilanciato, senza abbisognare (al fine di tutelare la scelta delle parti in favore della giustizia privata e rassicurare gli operatori coinvolti nell'arbitrato internazionale) di uno stravolgimento dell'operatività bilaterale del principio *Kompetenz Kompetenz*, attribuendo priorità cronologica alla cognizione arbitrale sulla convenzione arbitrale, che avrebbero introdotto elementi di maggiore imponderabilità quanto all'aspettativa delle parti e alle tempistiche per pervenire ad una definizione della questione della *potestas iudicandi* arbitrale.

La soluzione di cui alla proposta di modifica dell'art. 7 LDIP, infine, avrebbe verosimilmente rappresentato un inconveniente per le società aventi sede in Svizzera, in quanto, a fronte di una clausola per arbitrato estero *manifestamente invalida*, non avrebbero avuto la facoltà di portare il caso dinanzi al giudice svizzero, che avrebbe dovuto limitarsi a rinviare le parti all'arbitrato.

19. *L'efficacia "variabile" delle decisioni dell'arbitro e del giudice sulla propria potestas iudicandi in presenza di una convenzione arbitrale. Vari scenari*

Ai sensi di entrambi i regimi normativi (rispettivamente, domestico e internazionale), un lodo arbitrale, sin dal momento della sua pronuncia, è "*binding*" ai sensi e per gli effetti delle disposizioni della Convenzione di New York del 1958 (in particolare dell'art. V, comma 1, lett. e)), come tale non solo idoneo ad acquisire, una volta divenuto definitivo, la forza del giudicato, ma altresì immediatamente *en-*

*forceable*⁵⁵³. Infatti, il certificato di eseguibilità, ottenibile su istanza della parte vittoriosa mediante il deposito del lodo presso il giudice competente, ha un carattere meramente dichiarativo⁵⁵⁴, il cui interesse per la parte vittoriosa potrebbe unicamente risiedere nella precostituzione di un titolo idoneo a conformarsi ai requisiti di un ordinamento straniero ove la parte intenda eseguire il lodo, oppure nella sua conservazione in un luogo sicuro oppure, ancora, per evidenziare, ad ogni effetto, la “nazionalità” svizzera del lodo⁵⁵⁵. Il giudice statale, adito in relazione ad una richiesta di concessione della certificazione di eseguibilità, si limiterà a verifiche formali (ad esempio, che la decisione sia effettivamente un lodo arbitrale e non, invece, una determinazione di esperti⁵⁵⁶; oppure, che la decisione non presenti gravi errori formali come la mancanza di una firma), e disporrà la certificazione, purché sia scaduto il termine di trenta giorni per proporre l’impugnazione per nullità del lodo; oppure sia stata proposta l’impugnazione e il TF non abbia disposto la sospensione dell’esecuzione del lodo; oppure un’impugnazione sia stata ritirata o rigettata; oppure, ancora, le parti abbiano validamente rinunciato, in via preventiva, al diritto all’impugnazione per nullità del lodo ai sensi dell’art. 192 LDIP, nel qual caso l’orientamento che prevale ritiene che il giudice adito non sia legittimato a svolgere l’esame di cui all’art. 192, comma 2, LDIP⁵⁵⁷.

Un profilo peculiare dell’ordinamento svizzero, rilevante in relazione alla tematica dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale, riguarda il diverso tipo di efficacia attribuito alla decisione del giudice statale che abbia pronunciato sull’*exceptio compromissi*, a seconda che l’abbia rigettata, affermando, dunque, la sussistenza della propria competenza, o che l’abbia ritenuta fondata e dunque accolta, declinando, per l’effetto, la propria competenza. Si ritiene, infatti, che solo nel primo caso la decisione del giudice statale sarebbe idonea, una volta divenuta definitiva (perché non impugnata o perché confermata in sede di impugnazione), ad esplicare efficacia vincolante nei confronti di qualunque arbitro che, con sede in

⁵⁵³ Ai sensi dell’art. 387 ZPO, una volta comunicato alle parti, il lodo ha gli stessi effetti di una decisione giudiziaria giuridicamente vincolante.

⁵⁵⁴ Art. 190 (1) LDIP; Art. 190(1) LDIP; Art. 32(2) delle *Swiss Rules*. La certificazione ai sensi dell’art. 193 (3) LDIP non ha alcun effetto giuridico oltre a documentare la dichiarazione del tribunale arbitrale che ha proceduto ai sensi delle regole della Sez. 12 LLA.

⁵⁵⁵ Gli effetti della certificazione si limitano, quindi, a fornire la prova dello *status* giuridico formale del lodo per quanto riguarda la legge svizzera presso la sede dell’arbitrato. Se il lodo arbitrale deve essere eseguito in Svizzera, il creditore del lodo può eseguirlo rapidamente e con poche possibilità che il debitore del lodo si opponga, se il certificato di cui all’art. 193, paragrafo 2, o qualsiasi altro documento attesti l’eseguibilità del lodo. Se il creditore produce il certificato, esso è vincolante per il tribunale dell’esecuzione svizzero.

⁵⁵⁶ TFS 130 III 125 cons. 2.1.2.

⁵⁵⁷ B. BERGER, F. KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, cit., n. 2005.

Svizzera, basi la propria competenza sul medesimo patto arbitrale oggetto dell'eccezione proposta e decisa in giudizio, in quanto assimilabile in tutto e per tutto ad una *res iudicata*⁵⁵⁸. Nel caso, invece, di decisione del giudice statale che accerti l'esistenza di un valido patto arbitrale, declinando, per l'effetto, la propria competenza e chiudendo in rito il giudizio per inammissibilità della domanda (*Nichteintretensentscheid*), si ritiene che con essa (parimenti immediatamente impugnabile) il giudice si limiti a decidere *esclusivamente sulla propria competenza* (nel senso di ritenerla insussistente), senza investire direttamente, come oggetto di decisione, la convenzione arbitrale e, indirettamente, la questione della sussistenza della *potestas iudicandi* arbitrale. Ciò implicherebbe che, una volta divenuta definitiva, quella decisione potrà bensì vincolare qualunque altro giudice svizzero, ma *non un tribunale arbitrale costituito successivamente sulla base di quello stesso patto*⁵⁵⁹, che rimarrà dunque libero, in virtù del principio *Kompetenz Kompetenz*, di valutare autonomamente, e con cognizione piena, tutti i profili attinenti alla sussistenza o meno della propria competenza⁵⁶⁰. Tuttavia, ove il tribunale arbitrale dovesse giungere ad una conclusione opposta a quella raggiunta dal giudice statale, ossia accertare l'inesistenza di un patto arbitrale valido ed efficace, il giudice statale sarebbe vincolato da tale conclusione, non potendo rigettare nuovamente, sulla base di una sua ulteriore, autonoma, valutazione del patto, l'azione successivamente riproposta dinanzi ad esso.

L'impostazione poc'anzi illustrata, che presta il fianco a non poche censure sotto il profilo della coerenza e tenuta sistematiche, risponde evidentemente alla *ratio* di porre un freno alla fisiologica operatività bilaterale del principio *Kompetenz Kompetenz*, potenzialmente foriera di uno stucchevole rimpallo di competenze tra ar-

⁵⁵⁸ TFS 136 III 345 cons. 2.1; TFS 4P.114/2004 cons. 7.3; TFS 120 II 155 cons. 3b/bb; TFS 120 II E. 3b/bb (164); TFS 127 III 279 E. 2c/aa. In tal senso v. anche P. LALIVE, J.F. POUURET, C. REYMOND, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne 1989, sub art. 186, n. 17; B. BERGER, F. KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, cit., 193. *Contra* F. PERRET, *Parallel Actions Pending Before an Arbitral Tribunal and a State Court: the Solution under Swiss Law*, in *ASA Swiss Arbitration Association, Special Series* n. 15 ("Arbitral Tribunal or State Courts – Who Must Defer to Whom?"), 2001, 68 ss., 76 ss., che nega il vincolo di un tribunale arbitrale alla decisione del giudice statale che abbia affermato la propria *potestas iudicandi*. Per J.F. POUURET, *Concluding remarks on the relationship between state courts and arbitral tribunals*, in *ASA Swiss Arbitration Association, Special Series* n. 15, cit., 152, se, in presenza di una convenzione arbitrale, il giudice statale pronuncia decisione declinatoria, ciò significa semplicemente che il giudice non ha la *potestas iudicandi*, ma non implica che ce l'abbiano per forza gli arbitri, rimanendo questi liberi di decidere autonomamente sulla questione. Se, invece, la decisione del giudice statale è affermativa della "competenza" del giudice adito, necessariamente esclude quella degli arbitri sulla medesima controversia. In tale ultimo senso si è altresì espresso il TFS 120 II 155, 164.

⁵⁵⁹ Così TFS 120 II 155 (164).

⁵⁶⁰ Così TFS 120 II 155 E. 3b/bb (164); B. BERGER, F. KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration*, cit., 191.

bitro e giudice statale, con il concreto rischio di un diniego di giustizia per la parte che cerchi tutela dei propri diritti. Essa tuttavia, pur se condivisa dalla dottrina e giurisprudenza maggioritarie, suscita più di una perplessità.

Non v'è infatti chi non veda che, in entrambe le ipotesi considerate, il giudice statale svolge lo stesso tipo di accertamento, *sia sotto il profilo contenutistico* (essendo chiamato a valutare, in entrambi i casi, la questione dell'esistenza, validità ed efficacia di una convenzione arbitrale), *sia sotto il profilo funzionale* (mirando, quell'accertamento, a stabilire se sussista o meno, in presenza di una convenzione arbitrale, la *potestas iudicandi* dell'organo adito, per trattare e decidere nel merito la domanda o le domande sottoposta/e alla sua cognizione). In tale ottica, non è agevole sottrarsi alla seguente alternativa: o si ritiene che un simile accertamento sia incompatibile con la forza, la qualità e gli effetti della cosa giudicata, in ragione della *natura esclusivamente processuale* del suo oggetto o di una cognizione *meramente incidentale* della sua pur meritale 'porzione' (il patto arbitrale e la questione della sua (in)validità o (in)efficacia), e allora la decisione del giudice statale, indipendentemente dal fatto che sia affermativa o declinatoria, non potrebbe mai produrre effetti extraprocessuali e vincolanti nei confronti dell'arbitro. Oppure si ritiene che l'oggetto di tale accertamento, e/o le modalità del suo concreto svolgersi, non ostino all'attribuzione alla decisione giudiziale della forza, qualità ed effetti del giudicato, nel qual caso il vincolo esterno di quella decisione dovrebbe prodursi *in ogni caso*, ovvero in caso di competenza affermata o declinata.

Questa seconda alternativa dovrebbe risultare preferibile in chiave sistematica, dato che l'ordinamento svizzero non solo non osta all'attribuzione di un'efficacia extraprocessuale anche a decisioni giudiziali nell'ambito di rapporti tra autorità giudiziarie appartenenti ad ordinamenti diversi⁵⁶¹, ma attribuisce detta efficacia anche alla decisione dell'arbitro sulla propria *potestas iudicandi*⁵⁶², *pur se entro certi limiti*. Si ritiene, infatti, che solo la statuizione affermativa dell'arbitro sulla propria *potestas iudicandi*, una volta divenuta incontrovertibile (perché non impugnata o a seguito del rigetto dell'impugnazione proposta, per questo motivo, avverso una decisione resa dall'arbitro con lodo preliminare, parziale o definitivo sulla questione), sia idonea a produrre effetti extraprocessuali, mentre una decisione declinatoria dell'arbitro si esaurirebbe nella constatazione che il tribunale arbitrale è sfornito della *potestas iudicandi* per decidere quella determinata lite (o che la domanda proposta è per altri versi inammissibile), senza includere una de-

⁵⁶¹ J.F. POUURET, *Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943*, vol. I, Volume I, Bern, 1990, 330 ss.; S. BERTI, *Zur Rechtskraft der negativen Prozessurteile*, in J.F. POUURET, J. HALDY, J.M. RAPP, P. FERRARI, *Études de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret: recueil*, Lausanne 1999, 391 ss.

⁵⁶² V. J.F. POUURET, *Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire*, cit., 330 ss., che menziona gli ordinamenti inglese, americano, svizzero e della Legge Modello.

terminazione decisoria sui *motivi della carenza di potestas iudicandi* (quali l'inesistenza di una convenzione arbitrale, la sua invalidità, l'inopponibilità della convenzione nei confronti di un soggetto non firmatario e così via), che il tribunale potrebbe aver conosciuto solo *in via incidentale*⁵⁶³. In altri termini, il tribunale, declinando la propria "competenza", renderebbe una mera decisione *procedurale*, non una decisione ascrivibile, contenutisticamente, ad un lodo⁵⁶⁴, di talché l'efficacia vincolante di una pronuncia declinatoria sarebbe limitata all'affermazione dell'invalidità o inefficacia del patto arbitrale.

Ciò detto, autorevole dottrina esclude, invece, *in ogni caso*, l'idoneità al giudicato, e dunque alla produzione di effetti extraprocessuali, della decisione del giudice statale che, in presenza di una convenzione arbitrale, abbia affermato o declinato la propria "competenza", sull'assunto che si tratterebbe sempre di decisione *di natura processuale* su questione preliminare, rientrante bensì nella motivazione della decisione, *ma non nel dispositivo*⁵⁶⁵. Secondo Perret, in particolare, quando un giudice statale decide di non dare esecuzione ad un patto arbitrale, ritenendolo inesistente, invalido o inefficace, non farebbe altro che conoscere di una questione preliminare prodromica all'accertamento della sussistenza della propria *potestas iudicandi*⁵⁶⁶; la quale, ove contestata per altri motivi, dovrà comunque essere accertata in applicazione delle norme di conflitto relative alla determinazione della giurisdizione nelle controversie internazionali.

Da tale impostazione deriverebbe l'impossibilità di applicare ai rapporti arbitro-giudice l'istituto della litispendenza (seppur in via analogica, come fatto dal Tribunale Federale nella decisione *Fomento*), che non potrebbe prescindere dalla futura efficacia vincolante delle rispettive decisioni (del giudice statale e dell'arbitro), sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale⁵⁶⁷, con la conseguente irri-

⁵⁶³ Sul punto v. TFS 128 III 50 E. 2b.; B. BERGER, F. KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration*, cit., 191.

⁵⁶⁴ TFS 4 luglio 2003, in *ASA Bull* 4/2003, 845.

⁵⁶⁵ F. PERRET, *Parallel Actions Pending Before an Arbitral Tribunal and a State Court*, cit., 68. In tal senso v. anche T. RÜEDE, R. HADENFELDT, *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht*, cit., 232; P. JOLIDON, *Commentaire du Concordat suisse*, cit., 185; J.F. PLOUDRET, *Une action en consatation de droit au sujet de l'existence ou la validité d'une clause arbitrale est - elle recevable en droit fédéral ou cantonal?*, in I. MEIER, H.M. RIEMER, P. WEIMAR, *Recht und Rechtsdurchsetzung: Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag*, Zurigo 1994, 341 ss.

⁵⁶⁶ Su tali profili, oggetto di acceso dibattito in dottrina, v. anche T. RÜEDE, R. HADENFELDT, *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht*, cit., 232; D.T. HASCHER, *Recognition and Enforcement of Judgments on the Existence and Validity of an Arbitration Clause under the Brussels Convention*, in *Arb. Int.*, vol. 13, 1997, 33, 60; S. BESSON, *Le sort et les effets au sein de l'Espace judiciaire européen d'un jugement écartant une exception d'arbitrage et statuant sur le fond*, in J.F. PLOUDRET, J. HALDY, J.M. RAPP, P. FERRARI, *Études de procédure et d'arbitrage*, cit., 387 ss.

⁵⁶⁷ V L. ROSENBERG, K.H. SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, 15^a ed., Muenich 1993, 607, par. 101.

levanza, per un tribunale arbitrale adito successivamente, della previa pendenza di un giudizio statale sulla medesima causa pendente in arbitrato.

Anche alla ricostruzione del Perret, tuttavia, possono muoversi le stesse censure di incoerenza sistematica invocate contro la tesi maggioritaria (cui quella dell'autore intenderebbe contrapporsi), dal momento che, da un lato, essa esclude bensì che la decisione del giudice statale avente ad oggetto l'*exceptio compromissi* possa produrre effetti esterni al processo, e dunque vincolanti nei confronti dell'arbitro, ma, dall'altro, non ravvisa ostacoli ad attribuire *quei medesimi effetti* alla decisione dell'arbitro che, pronunciando sulla medesima questione, abbia accertato l'esistenza di un patto arbitrale valido ed efficace, sull'assunto che, in tale ultimo caso, l'arbitro, quando si occupa della questione del patto arbitrale e della sua (corretta) esecuzione, deciderebbe sempre su una questione *principale*, dipendendo la sua competenza dalla risoluzione di quella questione. Per di più, secondo Perret, in base ai principi generali che governano le decisioni di natura processuale, un giudice statale che si trovi a dover valutare una questione (per lui) preliminare *già decisa come questione principale* da un altro organo giudicante, non potrebbe che essere vincolato al giudicato formatosi su quella decisione⁵⁶⁸.

Non è agevole aderire ad una ricostruzione così palesemente *discriminatoria* dei poteri di cognizione, rispettivamente, dell'arbitro e del giudice statale, pur se esercitati in relazione alla medesima questione, che si pone esattamente negli stessi termini rispetto al rispettivo potere decisorio del merito della lite ad essi sottoposta, al di là dell'evidente intento di conferire al tribunale arbitrale una posizione di priorità rispetto a quella del giudice statale⁵⁶⁹. E ciò anche se tale "discriminazione" viene giustificata non tanto in virtù di un'apodittica asserita prevalenza del disposto di cui all'art. 186 LDIP (che codifica l'effetto positivo del principio *Kompetenz Kompetenz*) rispetto a quello di cui all'art. 7 della medesima legge (che invero faticherebbe a trovare un solido appiglio normativo), quanto in virtù di una sua presunta maggiore conformità ai *principi generali del processo* vigenti nell'ordinamento svizzero⁵⁷⁰.

⁵⁶⁸ TFS 116 II 738. V. anche O. VOGEL, *Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz*, 6^a ed., Bern 1999, 230, nt. 69.

⁵⁶⁹ Nello stesso senso, ma in base a valutazioni differenti v. P. SCHWEIZER, O. GUILLAUD, *L'excetion de litispendence et l'arbitrage international*, in *Le juriste Suisse face aux jugements étrangers*, Fribourg 1988, 71 ss.

⁵⁷⁰ Tale soluzione può dare luogo ad un possibile conflitto fra giudicati sul merito, entrambi potenzialmente riconoscibili all'estero attraverso le disposizioni della Convenzione di New York e del regime di Bruxelles I *bis*.

20. *I controversi orientamenti del Tribunale Federale svizzero in tema di parallel proceedings tra arbitrato e giurisdizione statale, dimensione domestica e dimensione internazionale. Il nuovo art. 186, 1 bis LDIP*

Si è avuto modo di vedere in precedenza come, nell'ordinamento svizzero, il principio *Kompetenz Kompetenz* abbia tradizionalmente avuto una valenza *esclusivamente positiva*, nella misura in cui l'attribuzione, all'arbitro, del potere di decidere su qualsivoglia obiezione relativa alla propria *potestas iudicandi* non è mai stata intesa *in senso ostativo* alla sussistenza di un concorrente potere del giudice statale di fare altrettanto⁵⁷¹.

Sebbene, infatti, l'art. 186 LDIP codifichi, al comma 1, il potere del tribunale arbitrale di decidere sulla propria *potestas iudicandi*, in detta norma, anche ove letta in chiave sistematica, non si è mai ravvisata una sua prevalenza sul disposto di cui all'art. 7 LDIP⁵⁷² che, nel riprodurre il testo dell'art. II (3) della Convenzione di New York, impone al giudice, dinanzi al quale venga sollevata un'eccezione di patto compromissorio, di svolgere anch'esso l'esame del patto arbitrale, rinviando le parti all'arbitro, a meno che non ritenga che detto patto sia *null, void, inoperative or incapable of being performed* (oltre che nei casi in cui il convenuto si sia difeso nel merito senza riservarsi ogni contestazione alla competenza del giudice adito o il tribunale arbitrale non possa essere costituito per ragioni riconducibili alla condotta del convenuto in arbitrato)⁵⁷³.

Insomma, la costituzione del tribunale arbitrale, o la contestuale pendenza del procedimento arbitrale⁵⁷⁴, non sono mai state interpretate nel senso di escludere il

⁵⁷¹ Così F. PERRET, *Parallel Actions Pending Before an Arbitral Tribunal and a State Court*, cit., 65 ss.; B. BERGER, F. KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration*, cit., 177. In questo senso v. anche TFS 127 III 279 E. 2c/ee.

⁵⁷² Sul punto v. P. LALIVE, J.F. POUDRET, C. REYMOND, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne 1989, 286 ss., 386 ss.; P. VOLKEN, in IPRG *Kommentar*, art. 7 nt. 26 ss. *Contra* A. BUCHER, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Bale, Francoforte sul Meno, 1988, n. 139, 55.

⁵⁷³ Per approfondimenti sulla tematica dei conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione ordinaria nell'ordinamento svizzero v. F. PERRET, *Parallel Actions Pending Before an Arbitral Tribunal and a State Court*, cit., 65 ss.

⁵⁷⁴ Ai fini della pendenza di un giudizio arbitrale, va ricordato che, per quanto riguarda un arbitrato domestico, ai sensi dell'art. 372, comma 1, ZPO, un procedimento arbitrale può dirsi formalmente pendente nel momento in cui una parte adisca il tribunale arbitrale designato nel patto d'arbitrato oppure, in mancanza di tale designazione, nel momento in cui una parte avvii la procedura di costituzione del tribunale arbitrale, o, in alternativa, la preventiva procedura di conciliazione pattuita dalle parti. Per quanto riguarda, invece, un arbitrato internazionale, ai sensi dell'art. 181 LDIP, un procedimento arbitrale può dirsi pendente dal momento in cui una delle parti adisce l'arbitro o gli arbitri designati nella convenzione arbitrale in relazione ad una determinata domanda, o, in assenza di tale designazione nella convenzione arbitrale, dal momento in cui una delle parti avvii la procedura per la nomina del tribunale arbitrale.

potere del giudice statale di valutare la sussistenza o meno della propria *potestas iudicandi* in presenza di un patto arbitrale⁵⁷⁵. Ciò anche in considerazione del fatto che, nell'ordinamento svizzero, è sempre e solo il giudice statale ad avere *l'ultima parola* sulla questione della esistenza, validità ed efficacia di una convenzione arbitrale⁵⁷⁶, in sede di annullamento di un lodo domestico o di riconoscimento di un lodo estero, nell'ambito dei cui giudizi i suoi poteri di cognizione sulla *potestas iudicandi* arbitrale sono da sempre ritenuti pieni ed integrali⁵⁷⁷. Anche per questo, in assenza di disposizioni espresse sul punto, un istituto quale quello della *Kompetenz Kompetenz Klausel* non ha mai trovato cittadinanza nell'ordinamento svizzero⁵⁷⁸.

A questo quadro, che di fatto integra, quale regime applicabile per governare i rapporti (e i conflitti) tra arbitrato e giurisdizione statale, il sistema delle "vie parallele" (assimilabile, in linea di principio, a quello che si è visto essere stato adottato, tra gli altri, dall'ordinamento italiano e tedesco) e che dunque contempla e accetta come fisiologico il rischio di un parallelismo di procedure sulla medesima causa, in sede, rispettivamente, arbitrale e giudiziale, non riconoscendo alcuna priorità o esclusività all'una via (quella arbitrale) rispetto all'altra (quella giudiziale), fa eccezione il caso di un arbitrato (internazionale) avente sede in Svizzera.

In relazione a questa ipotesi, si è visto come il TF abbia ritenuto applicabile, da parte del giudice statale adito, uno *standard of review* sommario, improntato ad una valutazione solo *prima facie* del patto arbitrale, che, se non elimina del tutto il rischio di procedure parallele sulla medesima causa (ogniqualevolta, all'esito di quella pur sommaria valutazione, il giudice statale ritenga che il patto sia nullo e decida quindi di proseguire con la trattazione sul merito, a fronte di un arbitro che, giungendo a conclusioni opposte, prosegua il giudizio incardinato dinanzi a lui), ne riduce sensibilmente la probabilità, tutte le volte in cui la convenzione arbitrale non appaia, *ictu oculi*, manifestamente invalida o inefficace⁵⁷⁹.

⁵⁷⁵ TFS, 14 maggio 2001, *Fomento de Construcciones y Contratas S.A. v. Colón Container Terminal S.A.*, in *ASA Bull.* 2001, 3, 555; in *Rev. arb.*, 2001, 835 nt. J.F. POUURET, per cui: "There is no serious legal basis for a priority in favour of the Arbitral Tribunal. The State Court seized of an action on the merits... must rule on its own jurisdiction even if in order to do so it has to express a view on the validity of an arbitration clause (...). When one of the parties relies on an arbitration agreement and the other argues that a subsequent agreement took place in favour of the State court, it is clear from the outset that both courts in competition (the Arbitral Tribunal and the State Court) are equally empowered to deal with the issue. There is therefore no reason to grant a priority to the Arbitral Tribunal which has no legal foundation and justification".

⁵⁷⁶ TFS 120 II 155 E. 3b/bb (164); TFS 88 I 100 E. 2; 40 II 77 E. 2; TFS 38 II 556 E. 2; TFS 27 II 505 E. 4.

⁵⁷⁷ Così Art. 190 (2) (b) LDIP e Art. 393 (b) CCP.

⁵⁷⁸ B. BERGER, F. KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration*, cit., 176.

⁵⁷⁹ C.U. MAYER, *Die Überprüfung internationaler Schiedsvereinbarungen durch staatliche Gerichte*.

In relazione allo specifico problema del parallelismo di procedure sulla medesima causa, dinanzi, rispettivamente, all'arbitro e al giudice statale, il regime dell'arbitrato domestico ha adottato il criterio della prevenzione e il mezzo della sospensione del secondo giudizio, statuendo, all'art. 273 (2) ZPO, che, in caso di azioni identiche tra le stesse parti, l'organo adito per secondo debba sospendere il procedimento, *fino a quando l'organo adito per primo non abbia deciso sulla propria potestas iudicandi*.

Per quanto riguarda, invece, i rapporti tra arbitrato internazionale (con sede o meno in Svizzera) e autorità giudiziaria, si è assistito, nel tempo, ad un'evoluzione della giurisprudenza, seguita poi anche dal legislatore, che ha ridisegnato il rapporto tra principio *Kompetenz Kompetenz*, criterio della prevenzione e istituto della litispendenza.

Nella celebre decisione resa nel caso *Fomento de Construcciones y Contratas S.A. v. Colón Container Terminal S.A.*⁵⁸⁰, che riguardava un caso di "litispendenza internazionale" tra un arbitrato avente sede in Svizzera ed un giudizio statale sulla medesima causa previamente incardinato dinanzi ad un giudice di Panama, il Tribunale Federale aveva annullato il lodo arbitrale, sull'assunto che avesse erroneamente deciso sulla propria competenza, anziché sospendere il giudizio in ragione della previa pendenza della medesima causa dinanzi ad un giudice statale straniero. Nel caso specifico il Tribunale Federale faceva applicazione analogica dell'art. 9, comma 1, LDIP, ossia della norma che, nei rapporti tra un giudizio svizzero e un giudizio straniero sulla medesima causa, impone al giudice svizzero, adito per secondo, di sospendere il procedimento, ove sia verosimile attendersi che il giudice straniero renderà, entro un lasso di tempo ragionevole, una decisione idonea ad essere riconosciuta in Svizzera⁵⁸¹.

Alla base della decisione del Tribunale Federale di non riconoscere al giudizio arbitrale non solo priorità alcuna rispetto al giudizio statale, ma nemmeno la tradizionale autonomia derivante da un'applicazione *bilaterale* del principio *Kompe-*

te, in *ASA Bull.* 1996, 3, 361 ss.; E. GAILLARD, Y. BANIFATEMI, *Negative Effect of Competence-Competence*, cit., 259; E. GAILLARD, *La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié*, cit., 322.

⁵⁸⁰ TFS, 14 maggio 2001, *Fomento de Construcciones y Contratas S.A. v. Colón Container Terminal S.A.*, in *ASA Bull.* 2001, 3, 555; in *Rev. arb.* 2001, 835 nt. J.F. POUURET. Per un commento v. J.F. POUURET, *Litispendance entre l'Arbitre et le Juge: Quelle Priorité?*, in *Mélanges Jean-Pierre Sortais: recueil de travaux offert à Jean-Pierre Sortais*, Bruylant 2002, 495 ss.; ID., *Le tribunal fédéral Suisse opte pour le régime de la litispendance entre le juge et l'arbitre. Note-Tribunal fédéral suisse, 14 mai 2001*, in *Rev. arb.* 2001, Issue 4, 842 ss.

⁵⁸¹ Le disposizioni rilevanti dell'art. 9 LDIP recitano: "1) Se le stesse parti sono coinvolte in procedimenti all'estero in relazione alla medesima causa, il giudice svizzero sospende il procedimento se si può prevedere che il giudice straniero pronuncerà, entro un termine ragionevole, una decisione idonea ad essere riconosciuta in Svizzera (...) 3) Il giudice svizzero deve rigettare la domanda non appena venga prodotta una decisione straniera idonea ad essere riconosciuta in Svizzera".

tenz Kompetenz, preferendogli l'applicazione del criterio della prevenzione (seppur nella versione attenuata di cui all'art. 9, comma 1, LDIP), vi era la convinzione, da un lato, che, stante l'idoneità di entrambe le decisioni (lodo e sentenza) ad essere parimenti eseguibili e ad acquisire, nell'ordinamento svizzero, la forza del giudicato, nei rapporti arbitro-giudice vi fosse il medesimo interesse ad evitare decisioni contraddittorie (ossia un conflitto *pratico* di giudicati) sussistente nei rapporti tra giudizi statali; dall'altro, che il rischio di utilizzi distorti e dilatori dell'istituto della litispendenza, potenzialmente pregiudizievoli per la percorribilità della via arbitrale, fosse mitigato sia dalla possibilità per l'arbitro, adito per secondo, di valutare le prospettive di riconoscibilità della decisione straniera in Svizzera, sia dal potere di disporre la prosecuzione del giudizio arbitrale ogniqualvolta risultasse che il giudice straniero avesse disconosciuto, senza motivi fondati, l'esistenza di un valido patto arbitrale.

La decisione del TF in *Fomento* ha sollevato numerose critiche (in particolare in seno alla comunità arbitrale svizzera). Oggetto di critica erano, in particolare, l'applicazione analogica, ai rapporti arbitro-giudice, di una norma (l'art. 9 LDIP) non rientrante nel novero delle disposizioni che governano l'arbitrato internazionale nell'ambito della LDIP (il *Chapter* 12) e l'opinabilità dell'assunto, fatto proprio dal TF, secondo cui fosse naturale individuare un'analogia tra i rapporti arbitro-giudice e quelli intercorrenti tra due giudizi statali, di cui non v'era invece traccia nella LDIP. Si sosteneva poi che la soluzione adottata compromettesse non poco l'autonomia del giudizio arbitrale, e finisse per favorire condotte dilatorie e ostruzionistiche, consentendo alla parte, che (più o meno in mala fede) intendesse sottrarsi al vincolo arbitrale, di paralizzarne l'operatività mediante la semplice instaurazione preventiva di un giudizio statale all'estero su una causa rientrante nell'ambito di applicazione di quella pattuizione arbitrale⁵⁸². Oggetto di critiche era altresì il fatto che, dando priorità al giudizio straniero, la posizione del TF assoggettava la valutazione circa la validità del patto arbitrale alla *lex fori* del giudice straniero – che poteva contenere degli *standards* molto diversi da quelli (generalmente molto liberali) adottati dal legislatore svizzero –, con potenziali effetti preclusivi rispetto alla percorribilità dell'arbitrato svizzero, ove il disconoscimento del patto arbitrale si fosse tradotto in una decisione comunque riconosciuta nell'ordinamento svizzero.

Sull'onda dell'accesso dibattito originato dalla decisione e in ragione dei timori prospettati da più parti circa l'impatto di tale decisione sulla persistente attrattività della Svizzera come sede di arbitrati internazionali⁵⁸³, il legislatore ha infine

⁵⁸² E. GAILLARD, Y. BANIFATEMI, *Negative Effect of Competence-Competence*, cit., 257 ss. e *passim*.

⁵⁸³ Su questi aspetti v. il *Report "Initiative parlementaire – Modification de l'art. 186 de la loi fédérale sur le droit international privé"* della *Commission des affaires juridiques du Conseil national*,

deciso di mettere mano all'art. 186 LDIP, introducendo una nuova disposizione (l'art. 186, comma 1 *bis*) con cui si è rigettata l'applicabilità, nei rapporti arbitro-giudice, del criterio della prevenzione, statuendosi che un tribunale arbitrale rimane legittimato a decidere sulla propria *potestas iudicandi anche quando un'azione concernente lo stesso oggetto e tra le stesse parti sia già pendente dinanzi a un giudice statale o ad un altro tribunale arbitrale* (indipendentemente dal fatto che detti procedimenti si svolgano o meno in Svizzera⁵⁸⁴), salvo che sussistano *serie ragioni* per disporre la sospensione della procedura arbitrale⁵⁸⁵.

Tra queste "serie ragioni" (su cui mancano, allo stato, pronunce giurisprudenziali) dovrebbero poter essere annoverate le finalità perseguite dall'azione previamente incardinata (meritevoli di protezione giuridica ove la parte miri, in ragione dei rimedi disponibili, delle prassi procedurali e della legge applicabile nell'ambito del primo giudizio, ad una più adeguata tutela di un diritto leso, molto meno se celano intenti dilatori) o da quella successiva (nel caso in cui, ad esempio, l'arbitrato sia stato iniziato solo per rispettare un termine contrattualmente pattuito dalle parti, nonostante la pendenza di un giudizio all'estero sulla medesima causa); lo stadio avanzato del giudizio straniero; l'omessa o intempestiva proposizione dell'eccezione di patto arbitrale dinanzi al giudizio instaurato per primo, con potenziali ricadute sulla persistente efficacia di quel patto⁵⁸⁶; una valutazione preliminare sulla convenzione arbitrale che induca l'arbitro, adito per secondo, a ritenere sussistente la *potestas iudicandi* dell'organo adito per primo⁵⁸⁷.

La novità normativa rappresenta una decisa presa di posizione in favore dell'applicabilità del principio *Kompetenz Kompetenz* in luogo del criterio della prevenzione (contemplato, invece, dall'art. 9 LDIP⁵⁸⁸). Essa va tuttavia coordinata

pubblicato il 17 febbraio 2006 su *Feuille fédérale* No. 21, 30 maggio 2006, 4469, reperibile al link: www.admin.ch/ch/f/ff/2006/4469.pdf.

⁵⁸⁴ *Commissione parlamentare, Feuille Fédérale* 2006, 4684. Per un'analisi approfondita dell'effetto preclusivo dell'istituto della litispendenza nell'arbitrato domestico e internazionale v. STACHER, FEIT, *Chapter 18, Part VI: Parallel Proceedings and Lis Pendens*, in D.P.F. ARROYO (ed.), *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide*, in *Kluw. Law Int.*, 2ª ed., 2633 ss.

⁵⁸⁵ Nuovo art. 186, 1 *bis*, adottato dalla Legge Federale del 6 ottobre 2006, entrata in vigore l'1 marzo 2007. Per un commento alla nuova disposizione v. C. PONCET, *Swiss Parliament Removes Lis Pendens as an Obstacle to International Arbitrations in Switzerland*, in *World Arb. & Med. Rep.* 1006, 395; D. BAIZEAU, *Modification de l'article 186 de la LDIP suisse: procédures parallèles et litispendance, clarification du législateur après la jurisprudence Fomento*, in *Gaz. Pal.*, 22-24 aprile 2007, par. 19.

⁵⁸⁶ Come nella fattispecie decisa da TFS 127 III 279, dove il convenuto nel procedimento statale non aveva invocato l'accordo arbitrale entro il termine preclusivo previsto dalla *lex fori*.

⁵⁸⁷ *Commissione parlamentare, Feuille Fédérale* 2006, 4685.

⁵⁸⁸ E. GAILLARD, Y. BANIFATEMI, *Negative Effect of Competence-Competence*, cit., 257, per i quali: "Indeed, the principle of *lis pendens* (...) is entirely neutral with respect to each branch of the alter-

con l'orientamento del TF, tutt'ora in vigore, secondo cui il giudice statale svizzero, con riferimento ad un patto per arbitrato (domestico o internazionale) "interno", vedrebbe la sua cognizione limitata ad una valutazione sommaria, solo *prima facie*, della convenzione di arbitrato. Tale orientamento può bensì ridurre, ma non elimina del tutto il rischio di un parallelismo di procedure (arbitrali e giudiziali) sulla medesima causa⁵⁸⁹, anche perché, allorché debba esprimersi su un patto per arbitrato estero, il giudice statale svizzero mantiene intatto il suo potere di valutare con cognizione piena la questione della *potestas iudicandi* arbitrale, senza alcuna priorità o esclusività conferita all'arbitro quanto all'accertamento circa la validità del patto arbitrale⁵⁹⁰ (né, secondo taluno, alcun limite all'efficacia vincolante di un lodo arbitrale o di una decisione statale definitiva – riconoscibili in Svizzera – che abbiano già deciso sulla competenza arbitrale⁵⁹¹).

Va poi osservato che non è chiaro come dovrebbe comportarsi un giudice svizzero adito per secondo, rispetto ad un giudizio *arbitrale* (internazionale) pendente in Svizzera o all'estero, iniziato per primo. Manca, in altri termini, *dal punto di vista del giudice statale*, una norma corrispondente all'art. 186 *bis*, dal momento che l'art. 9, comma 1, PISL, riferendosi ad un giudizio pendente all'estero sul medesimo oggetto e tra le stesse parti, menziona esclusivamente il termine "*foreign court*" e non "*foreign tribunal*".

Con riferimento ad un giudizio *arbitrale* (internazionale) pendente in Svizzera ed iniziato per primo, si registra un contrasto in dottrina e giurisprudenza, tra chi ritiene applicabile, alla fattispecie, l'istituto della litispendenza, intesa tuttavia in senso *unilaterale* (ossia in favore del solo giudizio arbitrale iniziato per primo), imponendo così al giudice statale adito per secondo la chiusura in rito del giudizio, in base alla *ratio* secondo cui spetterebbe comunque a quest'ultimo (in sede

native and serves only the purpose of avoiding the same dispute to be brought in multiple fora and possible contradictory decisions, as opposed to protecting the jurisdiction of a particular court. The rule of competence-competence, on the other hand, is not neutral. It is specifically designed to protect and safeguard the arbitrators' power to rule on their jurisdiction without premature court intervention, while allowing for a review by the courts at the end of the arbitral process (...)". Concetto ribadito da GAILLARD anche in E. GAILLARD, *La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif*, cit., 312; ID., *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Yf 82 ss. 2008. Per un'opinione diversa, a favore della logica della litispendenza nei rapporti tra tribunali arbitrali e giudici nazionali, v. J.F. POUURET, *Exception d'arbitrage et litispendance en droit suisse – Comment départager le juge et l'arbitre?*, in *ASA Bull.* 2007, 25 (2), 230.

⁵⁸⁹ V. G. VON SEGESSER, *Swiss Federal Tribunal applies Article 186 (1bis) of the Swiss Private International Law Act in a case involving parallel proceedings before two arbitral tribunals*, in *Kluwer Arbitration Blog*, 12 marzo 2009.

⁵⁹⁰ Per un'analisi della norma v. J.F. POUURET, in *ASA Bull.* in 2007, 230 ss.

⁵⁹¹ Così B. BERGER, F. KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration*, cit., 193.

di impugnazione per nullità del lodo – *immediata*, nel caso di pronuncia arbitrale separata sulla sola competenza arbitrale o *differita*, nel caso di pronuncia arbitrale sulla competenza arbitrale e sul merito –) *l'ultima parola sulla questione della competenza arbitrale*, sicché non verrebbe scalfita la garanzia ultima del controllo statale circa la regolarità formale e procedurale del procedimento arbitrale; e chi, invece, ritiene (o meglio riteneva, prima dell'introduzione dell'art. 186, 1 *bis* LDIP) l'applicazione integrale dell'istituto della litispendenza⁵⁹².

Con riferimento, invece, alla seconda delle ipotesi summenzionate (giudizio *arbitrale* (internazionale) pendente all'estero ed iniziato per primo), stando alla giurisprudenza del Tribunale Federale nel caso *Fomento* si dovrebbe fare applicazione analogica dell'art. 9 LDIP, con la conseguente sospensione del giudizio statale iniziato per secondo, a patto che risulti positiva la prognosi di riconoscibilità, in tempi ragionevoli, del lodo estero in Svizzera. La soluzione si fonda bensì sul criterio della prevenzione, ma presenta delle differenze rispetto al tradizionale istituto della litispendenza, nella misura in cui, da un lato, contempla come mezzo di eliminazione del conflitto la sospensione anziché l'immediata chiusura in giudizio e, dall'altro, subordina la paralisi del giudizio iniziato per secondo allo svolgimento di uno scrutinio preliminare da parte del giudice, consistente in una prognosi di riconoscibilità del futuro lodo (che dovrebbe condurre alla continuazione del giudizio statale iniziato per secondo ogniqualvolta dovesse risultare palese e manifesta l'insussistenza di un valido patto arbitrale). Non pare, invece, esservi alternativa alla immediata chiusura in giudizio nel caso in cui l'arbitro estero sia pervenuto alla pronuncia di un lodo riconoscibile⁵⁹³.

21. *L'inammissibilità di un'azione giudiziale di mero accertamento vertente esclusivamente sulla questione della potestas iudicandi arbitrale*

Per finire, una peculiarità dell'ordinamento svizzero rispetto a ordinamenti che adottano soluzioni in linea di principio affini per governare i rapporti tra ar-

⁵⁹² Secondo un *obiter dictum* del Tribunale federale, e secondo la maggior parte dei commentatori, le norme applicabili alla pendenza delle cause davanti ai tribunali statali devono essere applicate per analogia (v. TFS 121 III 495 motivo 6c). Un giudice statale svizzero deve quindi sospendere il procedimento fino a quando il tribunale arbitrale adito per primo non si sia pronunciato sulla propria giurisdizione, e deve declinare la propria giurisdizione se il tribunale arbitrale si sia dichiarato fornito di *potestas iudicandi* (B. BERGER, F. KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration*, cit., n. 1037). Tuttavia, ai sensi dell'art. 186 1 *bis*, i tribunali arbitrali con sede in Svizzera possono proseguire il procedimento anche se la stessa controversia è pendente dinanzi ad altro tribunale arbitrale.

⁵⁹³ B. BERGER, F. KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration*, cit., 190, con particolare riferimento agli artt. 9 (1) DIP e 372 (2) CCP.

bitrato e giudizio statale, basati sul sistema delle “vie parallele” (come quello tedesco ed italiano), è ravvisabile nell’inammissibilità di una domanda giudiziale ver-tente esclusivamente sulla questione della esistenza, validità o efficacia del patto arbitrale, volta ad ottenere un accertamento incontrovertibile unicamente sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale.

La ragione non risiede tanto nel fatto che, in virtù della giurisprudenza consolidata del TF, l’ordinamento svizzero, sdoganando (parzialmente) l’effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz*, avrebbe eliminato o ridotto il rischio di un parallelismo di procedure, arbitrali e giudiziali, sulla medesima causa, sicché mancherebbe un interesse giuridico ad una preventiva determinazione giudiziale incontrovertibile della questione della *potestas iudicandi* arbitrale. Invero, quell’effetto negativo trova solo una parziale applicazione nei rapporti arbitro-giudice, ossia in relazione ai casi di patti, rispettivamente, per arbitrato domestico e per arbitrato internazionale con sede in Svizzera, mentre non si applica ai casi in cui il giudice statale svizzero sia chiamato a pronunciarsi sulla esistenza di un valido patto arbitrale per arbitrato estero.

La ragione dell’inammissibilità di una domanda giudiziale di mero accertamento a piuttosto ravvisata, secondo la maggior parte della dottrina⁵⁹⁴ (che trova altresì conforto nella giurisprudenza del TF⁵⁹⁵), nell’assenza di un interesse giuridicamente protetto (*Rechtsschutzinteresse*), non essendo ritenuto tale quello esclusivamente finalizzato ad impedire che l’altra parte si rivolga, per la tutela dei propri diritti, ad un altro foro (*forum running*)⁵⁹⁶. Non manca però chi riserva all’istituto uno spazio residuale, limitatamente, cioè, ai casi in cui non vi sia nemmeno l’apparenza di un valido patto arbitrale⁵⁹⁷.

⁵⁹⁴ V. F. PERRET, *Parallel Actions pending before an Arbitral Tribunal and a State Court*, cit., 68; B. BERGER, F. KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration*, cit., 177.

⁵⁹⁵ V. TFS 120 II 155, 163, che richiama, F. POUURET, *Une action en constatation de droit au sujet de l’existence*, cit., 341 ss.

⁵⁹⁶ Così TFS 123 III 414 E. 7b.

⁵⁹⁷ W.J. HABSCHEID, in SJZ, 1982, 327. Così anche TFS, 26 gennaio 1987, in SJ, 1987, 230, E. 2° – b; TFS 120 II 155 E. 3b/bb (164). Ma v., *contra*, B. BERGER, F. KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration*, cit., 178.

SEZIONE QUINTA

L'ORDINAMENTO INGLESE

22. *Premessa*

L'ordinamento inglese si è sempre caratterizzato per la notevole interferenza dell'autorità giudiziaria nell'ambito e nel corso di una procedura arbitrale e per la sua tendenza a comprimere o condizionare l'autonomia degli arbitri e l'esercizio del loro potere, soprattutto in relazione alle determinazioni circa la sussistenza o meno della propria *potestas iudicandi*.

La nuova legge sull'arbitrato introdotta nel 1996 (il 1996 *English Arbitration Act*, qui di seguito anche "EAA")⁵⁹⁸, che riproduce, sebbene non integralmente, l'impianto della Legge Modello dell'UNCITRAL, ha sensibilmente mutato la situazione, pur senza eliminare del tutto le numerose "feritoie" attraverso cui le parti possono tutt'ora adire il giudice statale – sia *prima*, sia *durante*, sia *dopo la procedura arbitrale* –, per chiedergli di pronunciarsi su questioni o contestazioni relative alla *potestas iudicandi* arbitrale.

Essa ha codificato, per la prima volta, alcuni principi e regole fondamentali che, negli altri ordinamenti, da sempre puntellano l'autonomia e indipendenza del fenomeno arbitrale dalla giurisdizione statale (si pensi, *in primis*, al principio di autonomia della clausola compromissoria o al principio *Kompetenz Kompetenz*) e che, nell'ordinamento inglese pre-riforma, pur avendo ricevuto non pochi *endorsements* da parte della giurisprudenza, sia statale che arbitrale⁵⁹⁹, rimanevano controversi quanto all'effettiva portata e al relativo ambito di applicazione⁶⁰⁰.

La riforma non ha tuttavia inciso su istituti fortemente radicati nella tradizione di *common law* (quali, ad esempio, le *anti-arbitration* o le *anti-suit injunctions*), potenzialmente idonei a ripercuotersi in modo rilevante sull'andamento del giu-

⁵⁹⁸ Quanto all'ordinamento inglese, più che di riforma dell'arbitrato si parla addirittura di *rivoluzione*. Per B. HARRIS, R. PLANTEROSE, J. TECKS, *The Arbitration Act 1996. A commentary*, 5^a ed., Londra, 2014: "It seems to us that the changes brought to English arbitration law by this Act will, in the fullness of time, change the face of arbitration in England".

⁵⁹⁹ P. GROSS, *Competence of Competence: An English View*, in *Arb. Int'l*, 1992, Vol. 8 Issue 2, 205 ss., che ricorda come il principio di autonomia della clausola compromissoria sia comunemente fatto risalire alla decisione *Heyman v. Darwins* [1942] AC 356, venendo poi regolarmente richiamato dalla giurisprudenza successiva. Sul punto v. anche S. BOYD, V.V. VEEDER, *Le développement du droit anglais de l'arbitrage depuis la loi de 1979*, in *Rev. arb.* 1991, no. 2, 209, 221.

⁶⁰⁰ S. BREKOUKAKIS, *The Negative Effect of Competence-Competence: The Verdict has to be Negative*, in *Austrian Arbitration Yearbook*, Vienna 2009, 238 ss.

dizio arbitrale e sui rapporti tra questo e un parallelo giudizio statale sulla medesima causa o su cause connesse⁶⁰¹.

23. *I rapporti arbitro-giudice statale prima dell'introduzione dell'English Arbitration Act: le oscillazioni interpretative sul principio Kompetenz Kompetenz e la generalizzata interferenza delle corti statali*

Invero, prima della riforma del 1996, l'idea che l'arbitro fosse legittimato a conoscere e decidere di tutte le obiezioni concernenti la propria *potestas iudicandi*, sollevate dalle parti nel corso del giudizio arbitrale, non era del tutto pacifica⁶⁰². Questo perché, nel vigore dei precedenti contesti normativi (dapprima l'*Arbitration Act* del 1950 e, dipoi quelli del 1975 e del 1979, nonché il successivo *Consumer Arbitration Agreements Act* del 1988), la declinazione pratica del principio *Kompetenz Kompetenz*, non espressamente codificato, ma ritenuto generalmente applicabile in arbitrato dalla dottrina e dalla giurisprudenza inglesi⁶⁰³, risultava disomogenea e contraddittoria⁶⁰⁴.

L'opportunità del ricorso a (e dell'utilizzo di) tale principio discendeva dalla necessità di evitare le serie conseguenze che un suo rifiuto avrebbe comportato: la paralisi della procedura arbitrale, conseguente alla mera proposizione di un'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* dell'arbitro e l'obbligato rinvio della causa ad un giudice statale, perché fosse lui a risolvere preliminarmente quella questione; ciò che appariva in conflitto con la presunta aspettativa delle parti (confluita ed esplicitata nella stipula di un patto arbitrale) di evitare il coinvolgimento dell'autorità giudiziaria⁶⁰⁵.

⁶⁰¹ Per una panoramica sulla riforma dell'arbitrato in Inghilterra v. N. BLACKABY; C. PARTASIDES; A. REDFERN, M. HUNTER, *Redfern & Hunter on International Arbitration*, 6th ed. Londra, 2015, *passim*; L.J. LEW, H. BOR, G. FULLELOVE, J. GREENAWAY (eds.), *Arbitration in England – with chapters on Scotland and Ireland*, Oxford, 2013, *passim*; A. TWEEDDALE, K. TWEEDDALE, V.V. VEEDER, R.H. DIWAN, *National Report for England & Wales – 2015 – 2018*, in L. BOSMAN (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2019, Supplement No. 98, marzo 2018, 1 ss.

⁶⁰² Per N. ERK-KUBAT, *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective*, Vol. 30, Kluwer Law International 2014, 25 ss.: "(...) *English law does not have a long tradition of recognising the arbitral tribunal's power to determine its own jurisdiction*"; P. GROSS, *Competence of Competence*, cit., 205 ss.; V.V. VEEDER, in H.M. HOLTZMANN, M. HUNTER, *Preventing Delay and Disruption of Arbitration*, *ICCA Congress Series No. 5* (ed.), Kluwer, 1992, 173 ss.

⁶⁰³ P. GROSS, *Separability Comes of Age in England: Harbour v. Kansa and Clause 3 of the Draft Bill*, in *Arb. Int.*, Vol. 11, No. 1, 1995, 85 ss.

⁶⁰⁴ M. JALILI, *Kompetenz-Kompetenz: Recent U.S. and U.K. Developments*, in *J. Int. Arb.*, 1996, Vol.13, Issue 4, 169 ss. .

⁶⁰⁵ "(...) [f]or parties the perceived effectiveness of the neutral arbitral process is often a vital condi-

A fungere da contrappeso all'*aporia logica* innegabilmente insita nel suddetto principio (rappresentata dal riconoscimento, in capo all'arbitro, di un potere – i.e. conoscere e decidere delle controversie relative alla esistenza, validità ed efficacia di un patto arbitrale – che in linea teorica *non avrebbe potuto sussistere prima di, e a prescindere da, un accertamento* circa la *effettiva* sussistenza e validità di quel medesimo patto), contribuiva l'attribuzione alla pronuncia dell'arbitro sulla propria *potestas iudicandi* del carattere della *provisorietà*, rimanendo comunque salva la facoltà delle parti di rivolgersi al giudice statale (pressoché in qualsivoglia momento) per ottenere una "revisione" della decisione arbitrale⁶⁰⁶. Lo stesso accoglimento del principio di autonomia della clausola compromissoria (*separability principle*)⁶⁰⁷ operava in un certo qual senso quale correttivo di quella medesima aporia logica (e contestuale attenuazione, in parte, della portata del principio *Kompetenz Kompetenz*), dal momento che la facoltà dell'arbitro di pronunciarsi sul merito della lite, anche allorquando una parte, senza muovere alcuna diretta censura alla validità del patto arbitrale, avesse allegato la nullità del contratto, esonerava l'arbitro dal doversi espressamente pronunciare su quel patto.

A voler sintetizzare il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sviluppatosi nell'ordinamento inglese in relazione al principio *Kompetenz Kompetenz*, possiamo individuare sostanzialmente tre principali questioni controverse, sotto il profilo teorico e pratico-applicativo: in primo luogo, la questione della sussistenza stessa (ed, eventualmente, dell'estensione) del potere, in capo all'arbitro, di conoscere e decidere di contestazioni mosse alla sua *potestas iudicandi*; in secondo luogo, la questione della natura della determinazione degli arbitri sulla propria *potestas iudicandi*, soprattutto in relazione al suo possibile assoggettamento ad una revisione o scrutinio successivi da parte dell'autorità giudiziaria; in terzo luogo, la questione dell'individuazione delle circostanze (e dei momenti) in cui le parti di un giudizio arbitrale potessero contestare, dinanzi al giudice statale, la "competenza" degli arbitri, o una loro eventuale decisione su di essa.

Quanto alla prima questione, la Corte d'Appello, nella celebre decisione *Christopher Brown Ltd v. Genossenschaft Oesterreichischer Waldbesitzer Holz-wirtschaftsbetriebe Registrierte GmbH*⁶⁰⁸ – cui viene generalmente fatto risalire il riconoscimento, per la prima volta nell'ordinamento inglese, dell'applicabilità del principio *Kompetenz Kom-*

tion in the process of negotiation of the contract": così LORD JUSTICE STEYN, in *Harbour Assurance Co. Ltd. v. Kansa General International Insurance Co. Ltd.*, [1992] 1 *Lloyd's L.Rep.* 81; v. altresì la discussione in H.M. HOLTZMANN, J. NEUHAUS, *A Guide to the UNCITRAL Model Law*, cit., 516 ss.

⁶⁰⁶ *Sojuznefteexport v. Joc Oil Limited*, CA Bermuda, No. 18 – 1987, 53, in 1990, XV *ICCA Yearbook* 378.

⁶⁰⁷ *Premium Nafta Products Ltd v. Fili Shipping Company Ltd* [2007] UKHL 40, [2008] 1 *Lloyd's Rep* 254.

⁶⁰⁸ [1953] 1 *Lloyd's Rep.* 495 – [1954] 1 Q.B.

petenz anche in arbitrato e che ha rappresentato un riferimento costante per la giurisprudenza successiva – statuiva che la contestazione mossa, nel corso di un giudizio arbitrale, alla *potestas iudicandi* degli arbitri, non fosse idonea o sufficiente ad imporre ad essi l’arresto della procedura, in attesa che fosse un giudice statale a pronunciarsi per primo sulla questione (né tantomeno a consentir loro di astenersi dal pronunciarsi sulla questione della “competenza”, procedendo purtuttavia con la trattazione del merito della lite). Tuttavia, una loro decisione, avente ad oggetto quelle contestazioni, non avrebbe potuto esplicitare efficacia vincolante per le parti, essendo unicamente finalizzata a: “(...) *satisfying themselves as a preliminary matter whether they ought to go on with the arbitration or not*”⁶⁰⁹. In sostanza – e con ciò veniamo alla seconda delle questioni dibattute cui si è fatto poc’anzi cenno – in tanto all’arbitro era riconosciuto il potere di pronunciarsi sulla propria *potestas iudicandi*, in quanto (e nella misura in cui) la sua determinazione non avrebbe mai potuto essere “*final*”, bensì solo “*provisional*”, come tale priva di effetti sui diritti delle parti e sempre suscettibile di essere da queste ultime censurata (oltre che nel corso del giudizio arbitrale, anche) nell’ambito di un giudizio statale per nullità del lodo⁶¹⁰. Il fatto che un tale giudizio potesse essere proposto senza necessità di ottenere previamente un *leave* dall’autorità giudiziaria supportava la qualifica del potere spettante alle parti di impugnare e/o contestare le pronunce arbitrali quale vero e proprio *diritto* (di accesso alla giustizia statale), tra l’altro irrinunciabile in quanto puntellato da una norma *di applicazione necessaria*.

Una simile impostazione sistematica implicava non solo l’inammissibilità di un istituto quale quello della *Kompetenz Kompetenz Klausel*, ma altresì l’inidoneità della decisione dell’arbitro sulla propria *potestas iudicandi* ad acquisire la forza dell’incontrovertibilità, della definitività e del giudicato, e dunque a produrre effetti extraprocessuali vincolanti.

Tale profilo è ben evidenziato da L.J. Steyn, che così si esprimeva nella decisione sul caso *Harbour Assurance Co. Ltd. v. Kansa General International Insurance Co. Ltd.*⁶¹¹: “(...) *As a matter of convenience, arbitrators may consider, and decide, whether they have jurisdiction or not; they may decide to assume or decline jurisdiction. But it is well settled in English law that the result of such a preliminary decision has no effect whatsoever on the legal rights of the parties. Only the court can definitively rule on issues relating to the jurisdiction of arbitrators*”.

La suddetta impostazione sistematica relativa agli effetti delle decisioni dell’arbitro sulla propria *potestas iudicandi* e ai loro rapporti con l’autorità giudiziaria statale consente altresì di porre nella giusta prospettiva (e contestualmente di ri-

⁶⁰⁹ DAC Report I, par. 137 e DAC 1994 Consultation Paper, in 10 *Arb. Int.* 1994, no. 2, 189, 226.

⁶¹⁰ P. GROSS, *Competence of Competence: An English View*, cit., 207.

⁶¹¹ [1992] 1 *Lloyd’s L.Rep.* 81.

dimensionarne la portata di) alcune decisioni risalenti, contenenti statuizioni piuttosto *tranchantes* sull'asserita esclusione *tout court* di qualsivoglia potere dell'arbitro di pronunciarsi su contestazioni aventi ad oggetto la propria *potestas iudicandi*.

In *Willcock v. Pickfords*⁶¹², ad esempio, la Corte d'Appello rigettava la richiesta del convenuto di arrestare il giudizio statale per consentire che, in ragione dell'esistenza di un patto arbitrale, fosse l'arbitro a pronunciarsi sul merito della lite (e, prima ancora, sulla questione della sussistenza di una valida convenzione arbitrale), sull'assunto che: "(...) *An arbitrator cannot decide his own jurisdiction. Therefore whenever a question arises whether or not there has been a submission to arbitration, an arbitrator cannot in English law decide that issue. The only tribunal to decide it is the Court (...)*". L'apparente preclusione, per l'arbitro, di decidere sulla propria *potestas iudicandi*, che pare obiettivamente emergere dalle espressioni utilizzate da tale decisione, è stata non poco ridimensionata dalla dottrina, che, da un lato, ha sottolineato la natura di *obiter dicta* di quelle espressioni; dall'altro, ha messo in luce le peculiarità della fattispecie da cui originava la controversia (arbitrato domestico in una materia alquanto "sensibile" quale quella dei consumatori – oggi regolata, con non poche deroghe rispetto all'arbitrato ordinario, dal *Consumer Arbitration Agreements Act 1988* –, relativamente alla quale lo *stay* del giudizio statale non risultava obbligatorio); dall'altro ancora è giunta alla conclusione che le espressioni utilizzate dalla Corte d'Appello si limitassero a sancire il *potere concorrente del giudice statale* a pronunciarsi sulla convenzione arbitrale, *senza tuttavia precludere all'arbitro l'esercizio di quel medesimo potere*, in ragione della qualificazione, come ellittica, dell'espressione apparentemente *tranchante* utilizzata dalla decisione (secondo cui: "*An arbitrator cannot decide his own jurisdiction (...)*", che avrebbe in realtà sottinteso l'avverbio "*finally*"⁶¹³). Attraverso tale *maquillage* interpretativo la decisione in *Willcock v. Pickfords* veniva resa sostanzialmente conforme e compatibile con la *ratio* del *leading case Christopher Brown*⁶¹⁴; del resto, trattandosi di patto arbitrale controverso, l'istanza della parte si riteneva non rientrasse: "(...) *within the relevant statutory provisions for a stay of legal proceedings*" ai sensi degli *Arbitration Acts* allora in vigore (il 1950 EAA e il 1975 EAA).

Con riferimento, infine, alla terza delle questioni problematiche summenzionate (relativa alla individuazione delle occasioni – e dei momenti – in cui alle parti fosse concesso contestare, mediante il ricorso al giudice statale, la sussistenza della *potestas iudicandi* degli arbitri o un'eventuale loro decisione su di essa), val la pena di riportare l'icastica osservazione di Chukwumerije, secondo cui: "(...) *English*

⁶¹² [1977] 1 *Lloyd's Rep.* 244.

⁶¹³ P. GROSS, *Competence of Competence: An English View*, cit., 209.

⁶¹⁴ [1954] 1 QB 8.

*courts were historically suspicious of the arbitral process. This resulted in extensive judicial intrusion in the process*⁶¹⁵. In effetti *sia prima, sia durante, sia dopo* lo svolgimento di una procedura arbitrale, le parti han sempre avuto a disposizione “finestre giudiziali aperte” sull’arbitrato, attraverso cui chiedere ed ottenere pronunciamenti giudiziali sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale o una revisione, da parte del giudice statale, della pronuncia arbitrale su detta questione⁶¹⁶, perché, nell’ambito dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale in relazione al problema dell’allocazione del rispettivo potere cognitorio e decisorio sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, *l’ago della bilancia ha sempre decisamente penduto dalla parte del giudice statale*.

Ne derivava l’assenza di qualsivoglia *priorità cronologica* o *esclusività* alla cognizione arbitrale della convenzione arbitrale e la tradizionale irrilevanza, per un giudizio statale vertente su una determinata lite, dell’eventuale previa, contestuale o successiva pendenza di un giudizio arbitrale sulla medesima lite e tra le stesse parti. Ne derivava, altresì, la ritenuta ammissibilità della proposizione (in pendenza del giudizio arbitrale) di una domanda giudiziale di mero accertamento, vertente unicamente sulla questione della (in)sussistenza, (in)validità ed (in)efficacia del patto arbitrale, oltre che, pacificamente, l’impugnabilità immediata di un lodo che avesse pronunciato sulla *potestas iudicandi* dell’arbitro, con cui contestare, rispettivamente, un lodo che avesse pronunciato *esclusivamente* (in senso affermativo o declinatorio) su detta questione o una pronuncia sul merito della lite (contenente altresì una decisione, esplicita o implicita, sulla “competenza” dell’arbitro).

A completare il quadro delle possibili interferenze giudiziali sulle procedure arbitrali vi era infine la c.d. *case stated procedure*, un meccanismo attraverso il quale, pendente un arbitrato, la parte interessata poteva adire la *High Court* per ottenere una sorta di *advisory opinion* circa una questione di diritto rilevante per la decisione della controversia dedotta in arbitrato⁶¹⁷. Si trattava di una procedura idonea, secondo taluno⁶¹⁸, ad assicurare: “(...) *the proper administration of the law by inferior tribunals*”.

⁶¹⁵ O. CHUKWUMERIJÉ, *Judicial Supervision of Commercial Arbitration: The English Arbitration Act of 1996*, in *Arb. Int.* 1999, Volume 15 Issue 2, 171.

⁶¹⁶ Per approfondimenti v. W. PARK, *Judicial Supervision of Transnational Commercial Arbitration: The English Arbitration Act of 1979*, in *Harvard Int’l LJ*, 1980, 2, 1, 95; K. BENTIL, *Judicial Intervention and International Commercial Arbitration*, in *Sols J*, 1986, 130, 191; A. SAMUEL, *The 1979 Arbitration Act – Judicial Review of Arbitration Awards on the Merits in England*, in *Int’l Arb.* 1985, 2 J. 4, 53 ss.

⁶¹⁷ V. O. CHUKWUMERIJÉ, *Judicial Supervision of Commercial Arbitration*, cit., 171 ss., che ricorda come: “*English law has historically placed a high premium on the correct application of law by arbitration tribunals*”.

⁶¹⁸ LORD JUSTICE SCRUTTON in *Czarnikow v. Roth, Schmidt & Co.* [1922] 2 KB 478 at 488.

Dalla breve carrellata di decisioni che precede emerge in tutta evidenza come: “(...) *the centre of gravity for determinations of the jurisdiction of arbitral tribunals was the courts and the tribunal only played a supporting, but minor role*”⁶¹⁹.

Tra le fatalmente conflittuali esigenze di, rispettivamente, preservare l'autonomia ed integrità del giudizio arbitrale, *da un lato*, e assicurare una definizione non ulteriormente controvertibile della questione della sussistenza o meno della *potestas iudicandi* arbitrale (ottenibile solo in sede giudiziale), dall'altro, l'ordinamento inglese ha sempre dato priorità a quest'ultima⁶²⁰, anche al fine di evitare la proliferazione di procedure e la dispersione di risorse (umane, di tempi e costi) inevitabilmente conseguenti alla decisione di consentire l'integrale celebrazione di una procedura arbitrale prima di aver effettivamente verificato se sussista *effettivamente* il necessario potere decisorio in capo agli arbitri, investiti del compito di condurre quella procedura⁶²¹.

24. *Le norme e la prassi sui conflitti di competenza arbitro-giudice nel contesto dell'English Arbitration Act*

Uno dei profili su cui maggiormente ha inciso la riforma del 1996 (la più ampia riforma legislativa in materia di arbitrato mai attuata nell'ordinamento inglese – con importanti modifiche sia della *common law*, sia della legislazione codificata, il c.d. *statutory law*⁶²² –, significativamente ispirata, come detto, pur con non poche divergenze⁶²³, alla Legge Modello dell'UNCITRAL) è stato proprio il tradi-

⁶¹⁹ Tra i casi che hanno applicato questo approccio restrittivo v. *Dalmia Dairy Industries Ltd v. National Bank of Pakistan* [1978] 2 Lloyd's Rep. 223 (CA); *Harbour Assurance Co (UK) Ltd v. Kansa General International Insurance Co Ltd and Others* [1993] QB 701 (CA); più di recente, *Al-Naimi (t/a Buildmaster Construction Services) v. Islamic Press Agency Inc* [2000] CLC 647 (CA); v. anche I.N.D. WALLACE, *Control by Courts: A Plea for More not Less*, in *J. Int'l Arb.* 1990, 6, 252.

⁶²⁰ V. O. SUSLER, *The English Approach to Competence-Competence*, in *Pepperdine Disp. Res. Law J.* 2013, 13, 3; SHACKLETON, *Annual Review of English Judicial Decisions on Arbitration-2002*, in *Int. Arb.* 2003, 6 (6), 220; v. *S.A. Coppee Lavalin v. Ken Ren Fertilisers*, 2 All ER 449 (1994); L.J. SAVILLE, *The Arbitration Act 1996: What We Have Tried to Accomplish*, in 13 *Constr. L. J.* 1997, 410 ss.

⁶²¹ V. M.J. MUSTILL, *A New Arbitration Act for the United Kingdom? The Response of the Departmental Advisory Committee to the UNCITRAL Model Law*, in *Arb. Int.*, 1990, 3, par. 87, 27.

⁶²² La riforma del 1996 è accompagnata da due commenti ufficiali redatti dal comitato consultivo dipartimentale (qui di seguito “DAC”): il rapporto del DAC sulla proposta di legge di riforma dell'arbitrato del 1996 (DAC Report I) e il suo rapporto supplementare sull'*Arbitration Act* sempre del 1996 (DAC Report II).

⁶²³ Sulle differenze più rilevanti tra il sistema della Legge Modello dell'UNCITRAL e la disciplina inglese dell'arbitrato v. A.S. REID, *The UNCITRAL Model Law on International Commercial*

zionale interventismo dell'autorità giudiziaria statale nell'ambito delle procedure arbitrali, sia domestiche che internazionali⁶²⁴.

Invero, tra i principi ispiratori della riforma, oltre a figurare la *fairness* della procedura arbitrale (di cui il legislatore inglese auspica lo svolgimento senza indebiti ritardi o intoppi, sotto la supervisione di un tribunale arbitrale indipendente ed imparziale) e l'*autonomia delle parti* (che, nelle nuove disposizioni, trova ampio spazio e riconoscimento quale fattore primario per l'organizzazione e gestione dei diversi passaggi di una procedura arbitrale all'insegna della libertà di autodeterminazione delle parti e flessibilità, pur nel rispetto degli invalicabili limiti dettati da esigenze di interesse pubblico), va senz'altro annoverato il divieto, per le autorità giudiziarie inglesi, di intervenire nella procedura arbitrale *al di fuori di quanto espressamente contemplato dalle nuove disposizioni*⁶²⁵ (in linea con quanto disposto dall'art. 5 della Legge Modello dell'UNCITRAL).

25. *Il conflitto di competenza* dalla prospettiva dell'arbitro

Si è detto in precedenza che, con la riforma del 1996, il legislatore inglese ha espressamente codificato, per la prima volta, l'applicabilità, anche all'arbitrato, del principio *Kompetenz Kompetenz*⁶²⁶.

L'attuale *Section 30*, par. 1 dell'EAA dispone infatti che, *salvo diverso accordo*

Arbitration and the English Arbitration Act: Are the Two Systems Poles Apart?, in *J. Int. Arb.* 2004, Vol. 21 Issue 3, 227 ss., per il quale, tuttavia: "(...) *such differences are more imagined than real, more procedural than substantive*" e "(...) *[b]oth systems attempt to reduce the level of judicial intervention in the arbitral process*".

⁶²⁴ Con la riforma si ha il superamento della distinzione – presente negli *Arbitration Acts* del 1950 e del 1979 – tra il regime applicabile all'arbitrato domestico, rispetto a quello applicabile all'arbitrato internazionale.

⁶²⁵ *V. Vale do Rio Doce Navegacao SA v. Shanghai Bao Steel Ocean Shipping* 2 LR I (2002), dove LORD JUSTICE THOMAS ha statuito che: "(...) *without the permission of the parties or the tribunal, ordinarily the courts should decline in the first instance to intervene in cases of dispute as to arbitrator's substantive jurisdiction is convincing*".

⁶²⁶ A proposito di come questo principio sia stato inteso, inquadrato e quindi codificato nell'EAA è interessante riportare un passo del 1994 *Report on a draft Arbitration Bill*, redatto dal *DTI Departmental Advisory Committee*, secondo il quale: "(...) *the courts of most common law countries (including England) merely 'stay' legal proceedings because in legal theory an arbitration agreement can never oust the Court's jurisdiction over the parties; and this logical problem over jurisdiction has not arisen in the same form ... For these reasons, the law and practice of English arbitration does not require an express doctrine of Kompetenz-Kompetenz. English law achieves the same result as the German doctrine by a different route. ... [T]he practice of arbitration tribunals determining their own jurisdiction, subject to the final decision of the English Court, has long been settled in England (...)*" (...). *The consistent practice of the courts in England has been that they will examine or re-examine for themselves the jurisdiction of arbitrators (...)*".

delle parti, il tribunale arbitrale può pronunciarsi sulla propria “*substantive jurisdiction*”, ossia, come specificato dalla stessa norma, sulle seguenti questioni: (*lett. a*) se sussista un valido patto arbitrale; (*lett. b*) se il tribunale sia stato ritualmente costituito; (*lett. c*) se le domande e questioni dedotte in arbitrato rientrino o meno nell’ambito di applicazione della convenzione arbitrale⁶²⁷.

Tale potere rimane fermo (e l’arbitro può decidere di continuare con la trattazione della causa e financo pronunciare un lodo sul merito) anche ove la *potestas iudicandi* dell’arbitro sia contestata dinanzi al giudice statale attraverso uno dei tanti meccanismi azionabili *anche* nell’ambito del nuovo impianto legislativo, su cui torneremo più avanti; ciò al fine di scoraggiare le parti dall’utilizzo di rimedi giudiziali per mere tattiche dilatorie, consentendo all’arbitro di procedere con l’arbitrato ogniqualvolta ritenga che le contestazioni alla sua *potestas iudicandi* siano infondate. L’inciso “*salvo diverso accordo delle parti*” consente alle parti di accordarsi per privare l’arbitro del potere di pronunciarsi sulla propria “competenza”, attribuendo, dunque, al giudice statale non solo l’ultima, *ma anche la prima (ed esclusiva) parola sulla questione*: una sorta di *Kompetenz Kompetenz Klausel* al contrario. Nel panorama delle diverse leggi arbitrali nazionali, tale opzione appare del tutto inconsueta; si pensi, ad esempio, all’ordinamento francese (ma anche al regime predisposto dalla Legge Modello dell’UNCITRAL), ove il principio *Kompetenz Kompetenz* applicato all’arbitrato è considerato *norma di applicazione necessaria*, come tale *mai derogabile* dalle parti⁶²⁸.

La soluzione adottata dal legislatore inglese si spiega forse in ragione della tradizionale prevalenza accordata al giudice statale rispetto all’arbitro per quanto attiene alla definizione della questione della *potestas iudicandi* arbitrale⁶²⁹. Fatta salva questa peculiarità, la disciplina inglese dei poteri degli arbitri si pone in linea con i principi delineati dalla Legge Modello dell’UNCITRAL (art. 16, par. 1) e con le regole adottate dalla maggior parte degli ordinamenti nazionali, nella misura in cui attribuisce ad essi il potere di conoscere e decidere di tutte le contestazioni mosse alla propria *potestas iudicandi*, senza costringerli a: “(...) *pull down the shutters on the arbitral process*”⁶³⁰. Da questo punto di vista, la riforma del 1996 ha rappresentato uno spartiacque nella storia dell’arbitrato in-

⁶²⁷ Per un commento alla *Section 30 v. A. SHEPPARD, English Arbitration Act (Chapter 23), Part I, Jurisdiction of the Arbitral Tribunal, Section 30 [Competence of tribunal to rule on its own jurisdiction]*, in L. MISTELIS (ed), *Concise International Arbitration*, Kluwer Law International 2010, 764 ss.

⁶²⁸ V. A. BROCHES, *Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Deventer 1990, 74.

⁶²⁹ A.S. REID, *The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, cit., 227.

⁶³⁰ Come statuito icasticamente ante-riforma da LORD JUSTICE KAPLAN, Hong Kong Supreme Court in *Fung Sang Trading Ltd v. Kai Sun Sea Products*, 1992, 17 Y B *Comm. Arb.* 289.

glese, con il definitivo abbandono dell'assunto secondo cui gli arbitri non possono fare altro che esprimere un parere, un'opinione sul fatto se abbiano o meno *jurisdiction*.

Sotto il profilo pratico-applicativo, il regime di proposizione e decisione delle censure mosse alla *substantive jurisdiction* arbitrale, delineato dalla *Section 31* EAA, non si differenzia più di tanto da quello in vigore nella maggior parte delle giurisdizioni sin qui analizzate.

In estrema sintesi, la parte interessata ha l'onere di proporre la relativa eccezione non oltre la prima difesa attinente al merito della lite (o, in caso di eccezione di esorbitanza di una domanda o questione dai limiti del patto arbitrale, "*as soon as possible*", non appena quella domanda o questione siano state proposte), pena la perdita della facoltà di contestare la "competenza" del tribunale arbitrale *in un qualunque momento successivo della procedura*, si tratti dello stesso giudizio arbitrale o di un giudizio statale di impugnazione del lodo.

Ai sensi del comma 4 della *Section 31* EAA, la decisione dell'arbitro sull'eccezione di carenza della propria *potestas iudicandi* (o sulle altre censure individuate dalle lett. a, b e c della *Section 30*, par. 1 EAA) può avere ad oggetto, *alternativamente* (e altresì *autonomamente*, senza, cioè, che siano le parti ad impartire all'arbitro indicazioni sulle modalità della decisione, salvo che esse si accordino per iscritto: "(...) *which course it should take*"), solo la *substantive jurisdiction*, oppure *anche* il merito della lite. La differenza tra le due tipologie di decisione risiede, essenzialmente, nella forma utilizzata per la pronuncia, dato che, sotto il profilo dell'impugnabilità, sia l'una che l'altra saranno *immediatamente impugnabili dinanzi al giudice statale*, dinanzi al quale far valere (appunto, *solo o anche*) le censure attinenti proprio alla sussistenza o meno della *potestas iudicandi* arbitrale (o alla relativa pronuncia arbitrale).

Nello specifico, il par. 2 della *Section 30* dispone che il lodo, che pronunci sulla *substantive jurisdiction* dell'arbitro può essere impugnato: "(...) *by any available arbitral process of appeal or review or in accordance with the provisions of this Part*", ossia, da un lato (nell'ambito di una dimensione puramente arbitrale), attraverso meccanismi di ricorso e/o appello *espressamente delineati dalle parti nell'ambito di arbitrati ad hoc o contemplati da regolamenti arbitrali e incorporati nel patto arbitrale* (si pensi, ad esempio, alle c.d. *optional appellate arbitration procedures*, contemplate dai regolamenti arbitrali ICDR e SCIA; o al *two-tier system of arbitration*, molto comune nel settore delle *commodities* GAFTA); dall'altro, *al di fuori della dimensione arbitrale*, attraverso i rimedi *giudiziali* codificati dalle norme rilevanti dell'*English Arbitration Act*, tra cui, in particolare, le *Sections 66 (3), 67, 72* EAA, che andremo nel prosieguo ad analizzare.

A seconda, poi, del fatto che la decisione sulla *substantive jurisdiction* sia adottata *separatamente* o *assieme al merito*, o abbia un contenuto *affermativo* o

declinatorio, si potranno avere, rispettivamente: un *final award* immediatamente impugnabile (nel caso di decisione separata dell'arbitro sulla sola "competenza" e dal contenuto declinatorio, nonché nel caso di decisione dell'arbitro sul merito della lite – ivi compresa una decisione, *esplicita* o *implicita*, sulla propria "competenza" – che termini il giudizio arbitrale, decidendo su tutte le domande allegate); un *interim* o *preliminary award on jurisdiction* (nel caso di decisione dell'arbitro *affermativa* della propria *potestas iudicandi*, anch'essa immediatamente impugnabile dinanzi al giudice statale, potendo nel frattempo l'arbitro, a sua discrezione, proseguire con la trattazione della causa e financo pronunciare un lodo sul merito); un *partial award*, ove il merito deciso assieme alla questione della "competenza" rappresenti solo una porzione di quello dedotto in arbitrato (nel caso di decisione dell'arbitro sulla propria *substantive jurisdiction* resa insieme al merito, auspicabile tutte le volte in cui le questioni ad essa attinenti siano inestricabilmente collegate ai profili di merito della lite). In tale ultimo caso, come anche nel caso di un *final award* sul merito della lite che chiuda il giudizio, si tratterà di pronunce sempre *immediatamente impugnabili dinanzi al giudice statale*, potendo la parte cumulare, assieme a censure fondate su altri motivi di impugnazione, anche quelle relative alla *substantive jurisdiction* dell'arbitro o alla pronuncia arbitrale su di essa.

Salvo diverso accordo delle parti, spetta esclusivamente all'arbitro la scelta se optare per una decisione separata sulla propria *substantive jurisdiction*, oppure per una decisione che, assieme a quest'ultimo profilo, investa anche il merito della lite (assumendo essa, in tal caso, la forma di un *partial* o *final award*), trattandosi di valutazione non sindacabile in sede di impugnazione, nemmeno invocando il motivo delle serie irregolarità della procedura (salvo che – come statuito in *Aoot Kalmneft v. Glencore International AG*⁶³¹ – si tratti di scelta che nessun tribunale arbitrale, avuto riguardo a tutte le circostanze rilevanti e alla luce dei summenzionati principi, avrebbe mai potuto ragionevolmente adottare).

26. *Il conflitto di competenza* dalla prospettiva del giudice statale

Per quanto riguarda il conflitto di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale *dalla prospettiva del giudice statale*, ove cioè si ponga l'attenzione sui casi in cui sia il giudice statale a doversi confrontare e/o pronunciare sulla convenzione arbitrale e dunque sulla questione della *substantive jurisdiction* arbitrale (in via principale, incidentale o in sede di revisione di una decisione già adottata, sul punto, dall'arbitro), è opinione generalmente condivisa, come visto, che la rifor-

⁶³¹ [2002] 1 *Lloyd's Rep.* 128.

ma del 1996 abbia sostituito la tradizionale sfiducia (ove non vera e propria ostilità) nei confronti dell'arbitrato con una sorta di: "(...) *laissez faire, by allowing the arbitral process to become much more autonomous and free from judicial intervention* (...)", sì da configurare i rispettivi rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale in termini: "(...) *more of partnership than confrontation*"⁶³².

Una serie di fattori hanno concorso a determinare questo cambio di paradigma e, in genere, un approccio maggiormente *arbitration-friendly*, tra i quali, in particolare, l'intenzione di allineare l'ordinamento inglese a principi condivisi a livello internazionale⁶³³ e sottostanti alla Legge Modello dell'UNCITRAL; la volontà di incrementare il tasso di attrattività della giurisdizione inglese come sede di arbitrati internazionali; la consapevolezza che i poteri di supervisione e controllo dei giudici inglesi sulle decisioni arbitrali (in particolare per quanto attiene alle questioni di diritto) fossero: "(...) *too great, and far too open to abuse, to be acceptable to the customer whom it was sought to satisfy*"⁶³⁴.

Ciò detto, tuttavia, *anche nell'ambito del nuovo regime* introdotto dall'EAA il giudice statale continua ad essere il vero punto di riferimento, raccordo e coordinamento per la definitiva e incontrovertibile risoluzione di tutte le controversie attinenti alla esistenza, validità, efficacia e limiti di una convenzione arbitrale⁶³⁵. Continuano, infatti, ad essere particolarmente numerose le vie di accesso al giudice statale per la parte che intenda contestare (sia prima, sia durante, sia dopo il procedimento arbitrale) la *substantive jurisdiction* arbitrale o la decisione dell'arbitro su di essa⁶³⁶, tanto da far dire a taluno che: "(...) [*s/in-*

⁶³² O. CHUKWUMERIJE, *Judicial Supervision of Commercial Arbitration*, cit., 171 ss.

⁶³³ A.S. REID, *The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, cit., 227. V. anche *Runman Faruqi v. Commonwealth Secretariat*, 2002 WL, marzo 2002 (inedita).

⁶³⁴ Così M. KERR, *Arbitration and the Courts: The UNCITRAL Model Law*, in ICLQ, 1985, 34, 1, 4 ss.

⁶³⁵ V. A.S. REID, *The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration and the English Arbitration Act: Are the Two Systems Poles Apart?*, in *J. Int. Arb.*, 2004, Volume 21 Issue 3, 227 ss., che osserva: "*Judicial interference in the arbitral process, albeit greatly reduced, is still a feature of English arbitration law*". Per maggiori approfondimenti sull'allocazione tra arbitrato e giurisdizione statale quanto ai poteri di decidere sulla rispettiva *potestas iudicandi* v. JOSEPH, *Jurisdiction and Arbitration Agreements and their Enforcement*, 3^a ed., Londra 2015, 294; G. BORN, T.J. LINDSAY, *Who is Most Competent? Some Comments on the Allocation of Jurisdictional Competence Under the English Arbitration Act 1996*, in *Kluwer Arbitration Blog*, aprile 2010: <http://kluwerarbitration.com/blog/2010/04/12/who-is-most-competent-some-comments-on-the-allocation-of-jurisdictional-competence-under-the-english-arbitration-act-1996>; C. KESSEDIAN, *Determination and Application of Relevant National and International Law and Rules*, in L. MISTELIS, LEW (eds.), *Pervasive problems in international arbitration*, *Kluw. Law Int.* 2006, 83.

⁶³⁶ Per una panoramica della questione v. P. AEBERLI, *Jurisdictional Disputes under the Arbitration Act 1996: A Procedural Route Map*, in *Arb. Int.* 2005, Vol. 21 Issue 3, 253 ss.; LORD JUSTICE

*ce its enactment, courts have intervened to a greater extent than originally expected*⁶³⁷.

Andiamo qui di seguito ad esaminarle in dettaglio.

26.1. *La determinazione giudiziale su un preliminary point of jurisdiction pendente l'arbitrato, ai sensi della Section 32 EAA*

In primo luogo, ai sensi della *Section 32 EAA*, rubricata “*Determination of Preliminary Point of Jurisdiction*”, in pendenza di un giudizio arbitrale una parte può adire il giudice statale (previo accordo scritto di tutte le altre parti del procedimento arbitrale⁶³⁸ o, *in alternativa*, con l'autorizzazione del tribunale arbitrale) per ottenere una determinazione giudiziale su *ogni rilevante profilo* attinente alla *potestas iudicandi* del tribunale arbitrale (“(...) *any question as to the substantive jurisdiction of the tribunal*”)⁶³⁹. Al contrario degli istituti omologhi disciplinati dall'ordinamento tedesco e italiano (rispettivamente, all'art. 1032, comma 2, ZPO e all'art. 819 *ter*, comma 3, c.p.c.), che ammettono la proponibilità di una domanda analoga *a patto che il giudizio arbitrale non sia ancora iniziato*, nell'ordinamento inglese una domanda finalizzata ad un mero accertamento giudiziale sulla *substantive jurisdiction* arbitrale è ammissibile *solo in pendenza di un giudizio arbitrale*⁶⁴⁰, come si deduce dall'espressione contenuta nel comma 1 della *Section 32*, che fa riferimento ad una: “(...) *application of a party to arbitral proceedings*”.

Il fine dell'istituto – come chiaramente emerge dai lavori preparatori e, in particolare, dal *Report* del *Departmental Advisory Committee* – consiste, essenzialmente, nell'evitare una inutile dispersione di risorse (di tempo e finanziarie) conseguente alla celebrazione (integrale, ma anche solo parziale) di un giudizio arbitra-

FLETCHER, in *Excalibur Ventures LLC v. Texas Keystone Inc, Gulf Keystone Petroleum Limited and others*, High Court of Justice, Queen's Bench Division (Commercial Court), 2010 Folio 1517, 28 giugno 2011.

⁶³⁷ V. J. LURIE, *Court Intervention in Arbitration: Support or Interference*, in *The Int. J. Arb., Med. And Disp. Manag.* 2010, Volume 76, Issue 3, 447 ss.

⁶³⁸ V. *Taylor Woodrow Civil Engineering Ltd v. Hutchison IDH Development Ltd* [1999] ADRLJ 83; *Athletic Union of Constantinople v. National Basketball Association* [2002] 1 Lloyd's Rep. 305, par. 41, 42.

⁶³⁹ Il *DAC Report* fa notare come la *Section 32* sia destinata ad essere invocata solo in casi eccezionali (par. 147). A. SHEPPARD, *English Arbitration Act* (Chapter 23), *Part I, Jurisdiction of the Arbitral Tribunal, Section 32 [Determination of preliminary point of jurisdiction]*, in L. MISTELIS (ed.), *Concise International Arbitration*, Kluwer Law Int. 2010, 767 ss.

⁶⁴⁰ A meno che non si intenda l'espressione non nel senso di parti del procedimento arbitrale già instaurato, ma parti dell'accordo per il deferimento delle controversie ad un collegio arbitrale: ipotesi, quest'ultima, di cui non si fa però cenno nei commenti ufficiali.

le, senza sapere prima se l'arbitro sia o meno fornito di *potestas iudicandi*⁶⁴¹. Alla parte interessata viene dunque messo a disposizione dall'ordinamento uno strumento con cui fare preventivamente chiarezza sulla sussistenza o meno della *potestas iudicandi* dell'arbitro, soprattutto a fronte di contestazioni o eccezioni sollevate dal convenuto che non intenda prendere parte attiva alla procedura arbitrale⁶⁴².

Trattandosi, tuttavia, di strumento facilmente utilizzabile a fini dilatori, perniciosi per l'integrità e l'autonomia del giudizio arbitrale, la sua ammissibilità è condizionata alla ricorrenza di requisiti piuttosto stringenti, la verifica dei quali è rimessa alla valutazione *insindacabile* del giudice adito⁶⁴³. Ove, infatti, le parti non trovino l'accordo per rivolgersi congiuntamente al giudice statale, *solo il tribunale arbitrale* potrà autorizzare la parte interessata a proporre la relativa istanza⁶⁴⁴, che verrà conosciuta e decisa solo a condizione, da un lato, che la proposizione sia stata *tempestiva* (non, dunque, in uno stadio della procedura eccessivamente avanzato, che farebbe presumere l'intento dilatorio della richiesta); dall'altro, che l'accertamento giudiziale appaia idoneo a produrre un significativo risparmio di costi; dall'altro ancora, che sussistano fondate ragioni per cui la questione debba essere decisa da un giudice statale. Il comma 5 della *Section 31 EAA 31 (5)* attribuisce al tribunale arbitrale il potere di sospendere il giudizio (che diventa un dovere ove vi sia un accordo delle parti in tal senso) qualora venga presentata un'istanza al giudice statale ai sensi della *Section 32 EAA*; la facoltatività di questa decisione implica che il tribunale potrebbe risolversi in senso contrario, ossia in favore della continuazione del giudizio e finanche della pronuncia di un lodo, come espressamente disposto dal comma 4 della *Section 32*.

Dato che la parte che si oppone all'arbitrato non dovrebbe in linea di principio essere contraria alla sospensione del giudizio arbitrale al fine di consentire un pronunciamento giudiziale sulla questione della *substantive jurisdiction* dell'arbitro, a determinare se effettivamente il tribunale arbitrale sia investito del compito di emettere un *preliminary ruling* sulla questione sarà, in linea di principio, la parte che spinge per la celebrazione dell'arbitrato. La decisione di proseguire con l'arbitrato in pendenza di un'istanza *ex Section 32 EAA*, se consente di depotenziare manovre dilatorie di parti che contestano la *jurisdiction* arbitrale solo perché contrarie alla risoluzione della disputa in arbitrato (al pari di quanto concorrono a fare i commi 5 e 6 della *Section 32*, che pongono requisiti piuttosto stringenti per l'ammissibilità di un appello avverso la decisione resa dal giudice statale sul-

⁶⁴¹ *DAC Report on the Arbitration Bill*, 181.

⁶⁴² *DAC Report*, febbraio 1996, 141, 147.

⁶⁴³ Salvo che lo stesso conceda il *leave to appeal* proprio per contestare la decisione sulla ricorrenza di tali requisiti.

⁶⁴⁴ *Belgravia Property Ltd v. S&R Ltd.* ([2001] BLR 424).

l'istanza della parte *ex Section 32*), comporta altresì dei rischi, tra cui la verosimile condanna della parte pro-arbitrato alle spese della procedura proseguita nonostante la contestuale pendenza del giudizio statale, nonché la proliferazione di costi, determinate, proprio dalla contestuale pendenza di due giudizi in due diverse sedi, seppur non sulla medesima disputa⁶⁴⁵.

Siamo di fronte, in tutta evidenza, ad un istituto *eccezionale*, come emerge dagli stessi lavori preparatori⁶⁴⁶, come tale non utilizzabile quale strumento "ordinario" di contestazione o accertamento della sussistenza della *substantive jurisdiction* arbitrale⁶⁴⁷. È forse per questo che nessun meccanismo analogo è stato contemplato dalla Legge Modello dell'UNCITRAL, nel cui ambito le contestazioni alla *potestas iudicandi* arbitrale vanno in linea di principio conosciute e decise in prima battuta dal tribunale arbitrale, e solo successivamente assoggettate ad una revisione giudiziale⁶⁴⁸.

Una questione da sempre piuttosto controversa riguarda l'efficacia della decisione giudiziale emessa ai sensi della *Section 32*.

Invero, l'equiparazione operata, dal comma 6 della *Section 32*, ad un *judgment of the court*, rileva solo ai fini della proponibilità, avverso quella decisione, di un giudizio di appello (*for the purposes of an appeal*), che potrà essere esperito *solo a determinate condizioni* (previo ottenimento di un *leave*, subordinato alla deduzione, da parte dell'appellante, di una questione di diritto di rilevanza generale o che, per qualche altra ragione, debba essere decisa dalla Corte d'Appello). In linea con la storia dell'istituto, l'orientamento che prevale in dottrina tende ad escludere che si possa parlare di giudicato con riferimento all'efficacia di una decisione resa in una procedura *ex Section 32*.

Invero, l'antecedente di questa disposizione (la *Section 2* dell'*Arbitration Act* del 1979), contemplava il meccanismo della "*Determination of preliminary points of law by the court*" – rinvenibile oggi nella *Section 45* dell'EAA e soggetto alle medesime condizioni oggi codificate dalla *Section 32* dell'EAA –, mediante il quale la *High Court*, adita su istanza di parte, poteva pronunciarsi su ogni questione

⁶⁴⁵ Per J.J. BARCELO III, *Who Decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective*, in *Vand. J. of Transnat'l L.*, 36, 2003, 1126: "*Section 32 would offer the benefit of permitting a pro-arbitration party who is concerned about the risk of wasted costs, to give consent to the party refusing arbitration and have the matter addressed beforehand by judicial intervention*".

⁶⁴⁶ O. CHUKWUMERIJE, *Judicial Supervision of Commercial Arbitration*, cit., 171 ss.

⁶⁴⁷ Osservano in particolare B. HARRIS, R. PLANTEROSE, J. TECKS, *The Arbitration Act 1996*, cit., 138, che il fine sarebbe essenzialmente quello di: "(...) encourage parties to adopt the alternative course and permit tribunals to rule on their own jurisdiction pursuant to ss. 30 and 31, with the safeguard of a possible challenge to the resulting award under s. 67".

⁶⁴⁸ O. CHUKWUMERIJE, *Judicial Supervision of Commercial Arbitration*, cit., 171 ss.

di diritto emersa nel corso del giudizio arbitrale; tale meccanismo derivava a sua volta (come ricordato anche da L.J. Donaldson⁶⁴⁹ nella decisione *Babanaft International Co. SA v. Avanti Petroleum Inc.*⁶⁵⁰) dall'abrogato rimedio del "consultative case", ritenuto *inidoneo al giudicato* in quanto sfociante in un pronunciamento meramente "consultivo". Avverso esso, tra l'altro, era preclusa la possibilità di esperire qualsivoglia forma di appello⁶⁵¹ (rimedio introdotto solo con il successivo *Arbitration Act* del 1979 e riprodotto, come visto, a certe condizioni, anche dalla riforma del 1996).

Sotto questo profilo, lo strumento che gli è succeduto nel tempo ha mantenuto le medesime caratteristiche del "progenitore", condividendo con questo l'inidoneità al giudicato. Si riteneva, infatti, che gli arbitri potessero applicare il diritto in modo difforme da come individuato, ricostruito ed interpretato dalla *High Court*, adita in precedenza con una domanda *ex Section 2* del 1979 *Arbitration Act* (come puntualmente avvenuto, ad esempio, nel caso *British Westinghouse Electric and Manufacturing Co. Ltd v. Underground Electric Railways Co. of London Ltd*⁶⁵²), per quanto poi il lodo pronunciato dagli arbitri potesse essere appellato (previo ottenimento del *leave*) per errori di diritto. In caso di mancata proposizione dell'appello avverso il lodo, o di suo rigetto, il giudicato si sarebbe in ogni caso formato sul lodo, *non, invece, sulla decisione resa dal giudice* ai sensi della *Section 2*⁶⁵³.

Le stesse conclusioni vengono ora applicate al meccanismo disciplinato dall'attuale *Section 32 EAA*, in relazione al quale – a supporto della tesi dell'inidoneità al giudicato della decisione – si invoca il fatto che il giudice adito avverso esso (a differenza, ad esempio, di quando venga adito in base alla *Section 72 EAA*) non sarebbe legittimato a concedere alcun rimedio *ulteriore* rispetto alla mera determinazione del *preliminary point of jurisdiction* (ad esempio, una *declaration* o un'*injunction*), per quanto non manchino casi in cui qualche giudice statale abbia ugualmente deciso di disporlo⁶⁵⁴.

⁶⁴⁹ Per il quale si trattava di una procedura con cui: "(...) *put colloquially, the ... parties nip down the road to pick the brains of one of Her Majesty's judges and, thus enlightened, resume the arbitration*".

⁶⁵⁰ V. per LORD JUSTICE DONALDSON in *Babanaft International Co. SA v. Avanti Petroleum Inc.* [1982] 1 WLR 871, at 881 ss.

⁶⁵¹ V. *Knight and Tabernacle Permanent Building Society* [1892] 2 QB 613, dove si è ritenuto che, poiché l'*opinion* del giudice non poteva essere qualificato come provvedimento, non poteva essere impugnato, innanzi alla Corte d'Appello.

⁶⁵² [1912] AC 673 (HL), in cui un lodo che incorporava la decisione della *Divisional Court* su talune questioni di diritto da essa risolte in una causa di consultazione è stato successivamente annullato per errore di diritto.

⁶⁵³ CA, *Fidelitas Shipping Co. Ltd v. V/O Exportchleb* [1965] 1 Lloyd's Rep. 223.

⁶⁵⁴ V. *Belgravia Property Ltd v. S&R Ltd* [2001] BLR 424 (TCC) dove il giudice, determinando la questione della *jurisdiction* sottopostagli ai sensi della *Section 32*, concludeva nel senso del-

Se lo scopo per il quale tale istituto è stato coniato dal legislatore del 1996 era quello di apportare certezza, agevolando una statuizione giudiziale preliminare volta a smentire le contestazioni alla *substantive jurisdiction* dell'arbitro mosse da un convenuto che non intendesse attivamente partecipare al giudizio arbitrale da lui ritenuto illegittimo, si può tranquillamente concludere nel senso che esso non sia stato raggiunto⁶⁵⁵, come dimostrano le persistenti incertezze che circondano gli effetti, per le parti, di una *court's determination* ai sensi della *Section 32*, in relazione a tutti i casi in cui dovessero riproporsi in giudizi successivi, sia arbitrari che giudiziali, le medesime questioni attinenti alla *substantive jurisdiction* dell'arbitro già oggetto di quella *determination* (in particolare ogniqualevolta quest'ultima non sia stata successivamente incorporata in un lodo arbitrale). Ciò anche alla luce del fatto che l'obbligo di notifica dell'istanza *ex Section 32* non si estende alle c.d. *alleged parties*, né a tutte le parti del giudizio arbitrale⁶⁵⁶, non essendo del pari chiaro se un soggetto che non partecipi al giudizio arbitrale, ma contesti la *potestas iudicandi* dell'arbitro, possa a tutti gli effetti essere considerato "parte" dell'arbitrato, sino a quando il tribunale arbitrale non si sia ritenuto competente a decidere anche sulla sua posizione.

26.2. *La Section 9 EAA e la sospensione del giudizio statale in ragione dell'esistenza di una convenzione arbitrale*

Un'ulteriore ipotesi di "interferenza" giudiziale in arbitrato, in relazione alla questione della determinazione della sussistenza o meno della *substantive jurisdiction* arbitrale, è quella disciplinata dalla *Section 9*⁶⁵⁷, ai sensi della quale quella

l'incompetenza dell'arbitro in relazione alle domande a lui deferite. Si veda anche *Prudential Assurance Co. Ltd v. 99 Bishopsgate Ltd* [1992] 1 EGLR 119.

⁶⁵⁵ La *Section 32* è stata criticata per l'asserita inefficienza, consistente nel consentire al tribunale arbitrale di affrontare la questione sulla sussistenza o meno della *jurisdiction* all'inizio dell'arbitrato, laddove sarebbe stato preferibile che, prima di rivolgersi all'autorità giudiziaria, il tribunale pronunciasse un lodo preliminare sulla questione e, solo se richiesto, richiedesse il controllo dell'autorità giudiziaria: così E. GAILLARD, J. SAVAGE (eds.), *Fouchard Gaillard Goldman On International Commercial Arbitration*, 682, *Kluwer Law Int.* 1999, 442. A ciò si potrebbe replicare evidenziando come la *ratio* dell'istituto sia da ravvisare nell'intento di: "(...) *create a high threshold to be satisfied prior to judicial intervention*". In particolare, in caso di disaccordo tra le parti, prima di adire l'autorità giudiziaria il tribunale deve avere fondate perplessità rispetto alla validità della convenzione arbitrale.

⁶⁵⁶ V. EAA 1996, *Section 32*, (1).

⁶⁵⁷ Che recita testualmente: "*Section 9 of the Act requires the existence of a concluded arbitration agreement before a court will refer a matter to arbitration (emphasis added): 9.(1) A party to an arbitration agreement against whom legal proceedings are brought ... in respect of a matter which under the agreement is to be referred to arbitration may ... apply to the court in which the proceedings have been*

questione può essere portata all'attenzione del giudice mediante un'*exceptio compromissi* – sollevata nell'ambito di un giudizio statale vertente sul merito della lite cui si riferisca quel patto (che può essere anche per arbitrato estero o per un arbitrato la cui sede non sia stata ancora determinata) –, contestualmente ad un'istanza (previamente comunicata alle altre parti del procedimento) di arresto della procedura giudiziale.

L'istanza di arresto (*stay*) della procedura giudiziale, regolata dalla *Section 9* EAA, può essere avanzata anche ove il deferimento della controversia in arbitrato sia subordinato all'esperimento di altri meccanismi di risoluzione della disputa tra le parti (tra cui, ad esempio, una negoziazione, una mediazione e simili).

Riproducendo, in parte, il dettato normativo di cui all'art. II (3) della Convenzione di New York del 1958, il comma 4 della *Section 9* prevede che il giudice statale *debba* disporre (non godendo più di un potere discrezionale nel decidere *se concederlo o meno*, come accadeva nell'ambito dei precedenti *Arbitration Acts*, rispettivamente quello del 1950 – *Section 4* – e quello del 1975 – *Section 1* –) lo *stay* (ossia pronunciare un provvedimento che diverge da quello previsto dalla citata disposizione della Convenzione, che impone, invece, al giudice statale di *rinviare le parti in arbitrato*), a meno che non ritenga il patto arbitrale *null and void, inoperative, or incapable of being performed*. Ove il giudice rifiuti di concedere lo *stay*, l'ultimo comma della norma dispone che eventuali accordi o clausole, miranti a subordinare l'instaurazione di un'azione giudiziale in relazione a qualsivoglia controversia all'avvenuta pronuncia di un lodo arbitrale (le cd. *Scott v. Avery clauses*), rimangano privi di effetti in relazione a quel procedimento.

Ne risulta che le parti possono bensì accordarsi per derogare all'*effetto positivo* del principio *Kompetenz Kompetenz* (impedendo all'arbitro di pronunciarsi sulle contestazioni mosse alla sua *substantive jurisdiction*), ma non possono mai imporre al giudice statale l'*effetto negativo* di quel principio, ove quello si dichiari competente a decidere il merito e rifiuti, di conseguenza, di disporre lo *stay*⁶⁵⁸.

Un profilo non poco controverso, ma di grande rilevanza in relazione alle prerogative giudiziali contemplate dalla *Section 9* EAA, riguarda l'intensità e la latitudine dei poteri cognitivi del giudice statale su un patto arbitrale, eccetto o contestato dinanzi ad esso (essendo in ogni caso esclusa qualsivoglia rilevanza d'uf-

brought to stay the proceedings so far as they concern that matter ... (4) On an application under this section the court shall grant a stay unless satisfied that the arbitration agreement is null and void, inoperative, or incapable of being performed". Per un commento alla *Section 9* dell'EAA v. A. SHEPPARD, *English Arbitration Act* (Chapter 23), *Part I, Stay of legal proceedings*, in L. MISTELIS (ed.), *Concise International Arbitration*, Kluw. Law Int., 2010, 734 ss.; N. ERK, *Parallel Proceedings in International Arbitration*, cit., 47.

⁶⁵⁸ Ma v. A.S. REID, *The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration and the English Arbitration Act: Are the Two Systems Poles Apart?*, in *J. Int. Arb.* 2004, Vol. 21 Issue 3, 227; SHACKLETON, *Challenging Arbitration Awards: Part I – Jurisdiction*, 152 N.L.J. 1746, 2002.

ficio della relativa eccezione) e, in particolare, l'individuazione del punto di equilibrio tra le diverse esigenze che sottendono l'attribuzione, al giudice statale, di un potere di cognizione, da un lato, *piena ed esaustiva* (la c.d. *full review*) e, dall'altro, *solo preliminare e sommaria* (la c.d. *prima facie review*), con la riserva all'arbitro, in tale secondo caso, del diritto a pronunciarsi per primo e *funditus* sulla questione (e differimento di uno scrutinio giudiziale approfondito ad un momento solo successivo, ai sensi delle *Sections* 30 e 67 EAA).

È evidente, infatti, come sia l'una che l'altra opzione comportino sia vantaggi che inconvenienti.

La c.d. *full review*, che consiste in un esame approfondito, da parte del giudice statale, del patto arbitrale in relazione alla controversia dedotta, per accertarne esistenza, validità, efficacia e ambito di applicazione, può dover comportare un esame (sebbene solo preliminare) *anche del merito* della lite, con cui le questioni attinenti alla sussistenza o meno della *potestas iudicandi* dell'arbitro potrebbero essere inscindibilmente intrecciate; ciò che condurrebbe ad un allungamento dei tempi per pervenire ad una decisione e ad un incremento delle spese legali per le parti, favorendo utilizzi dilatori ed ostruzionistici ad opera della parte che non vuole che si celebri l'arbitrato. Un'indagine siffatta, poi (che si pone agli antipodi della *ratio* su cui si fonda l'effetto *negativo* del principio *Kompetenz Kompetenz*) potrebbe pregiudicare l'autonomia e indipendenza dell'arbitro, che, seppur non formalmente vincolato all'esito dell'esame giudiziale, difficilmente sarebbe immune dal condizionamento derivante da un chiaro ed inequivoco responso giudiziale di inesistenza o nullità di un patto arbitrale.

D'altra parte la c.d. *prima facie review*, se implica, nell'immediato, un risparmio di tempi e costi in ragione di un esame sul patto arbitrale più circoscritto⁶⁵⁹, perché tendenzialmente limitato alla verifica della sussistenza o meno, *tout court*, di un patto arbitrale o della sua eventualmente manifesta nullità, potrebbe invece comportare, nel lungo periodo, un maggior dispendio di tempo e risorse conseguenti all'avvenuta celebrazione di un intero giudizio arbitrale, prima che le parti possano sapere con certezza, a seguito di una decisione del giudice statale emessa in sede di impugnazione del lodo di merito, che l'arbitro fosse sin dall'inizio sfornito di *substantive jurisdiction*.

Si tratta di uno scrutinio maggiormente in linea con l'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz*, che potrebbe tuttavia rivelarsi molto poco "garantista" in situazioni di particolare complessità: si pensi ad una disputa multiparti originante da una serie di contratti collegati, in cui sia controverso se taluni

⁶⁵⁹ Come suggerisce la stessa espressione *prima facie*, che rimanda ad un basso *standard* probatorio, generalmente integrato allorquando si riesca a stabilire una presunzione, salvo che non venga prontamente confutata.

soggetti, formalmente non firmatari del o dei patto(i) arbitrale(i), ma coinvolti nella disputa, siano ad esso(i) vincolati.

I critici di questo *standard of review* “attenuato” censurano il fatto che, in virtù di esso, la soglia per dimostrare la sussistenza del consenso delle parti in relazione alla stipula di convenzioni arbitrali risulti *inferiore* rispetto a quella richiesta in relazione alla generalità dei contratti, pur facendo parte, le prime, della famiglia dei secondi; nonché il fatto che si finirebbe per favorire giudizi sommari di validità per la pressoché totalità degli accordi, salvo appunto i casi (rari), invece, di *manifesta* nullità o inapplicabilità⁶⁶⁰.

I fautori di tale *standard* evidenziano come esso, pur con tutti i suoi limiti, sarebbe comunque da preferire, in quanto maggiormente in linea con la verosimile intenzione delle parti firmatarie di un patto arbitrale di devolvere in un unico foro, quello espressamente ed originariamente pattuito, la risoluzione delle dispute insorgende in relazione al loro rapporto, ivi incluse quelle concernenti la pattuizione arbitrale, limitando, per quanto possibile, ogni interferenza dell'autorità giudiziaria; la quale ha bensì il compito, oltre che di assistere, anche di *controllare* una procedura arbitrale, ma attraverso una mera *prima facie review* potrebbe farlo senza compromettere l'integrità ed autonomia dell'arbitrato⁶⁶¹.

Rispetto all'orientamento interpretativo tradizionale, per il quale, nell'ambito della *Section 9 EAA*, un'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* del giudice adito in ragione dell'esistenza di un patto arbitrale dovrebbe valutarsi sulla base di un esame *completo ed integrale* del patto, senza che l'eventuale pendenza parallela di un giudizio arbitrale sulla medesima causa possa rappresentare condizionamento alcuno, negli ultimi anni si è assistito ad una significativa evoluzione giurisprudenziale, che per taluni commentatori equivarrebbe ad un parziale accoglimento, nell'ordinamento inglese, dell'*effetto negativo* del principio *Kompetenz Kompetenz*.

Invero, l'orientamento interpretativo tradizionale – pur nell'ambito di un contesto comunque sfaccettato e non sempre omogeneo⁶⁶², in cui rimanevano controversi sia il modo in cui giudice statale avrebbe dovuto esercitare i propri poteri cognitori in presenza di un patto arbitrale: “(...) *in the particular circumstances of the case*”⁶⁶³, sia l'intensità dello scrutinio giudiziale, con particolare riferimento alla “(...) *factual enquiry*”⁶⁶⁴ – riteneva che il riconoscimento dell'effetto positivo

⁶⁶⁰ S. BREKOUKAKIS, *The Negative Effect of Compétence-Compétence*, cit., 245.

⁶⁶¹ M. PRYLES, *The Kaplan Lecture 2009*, in 27 (2) *J. Int'l Arb.* 2010, 105, 108; W. PARK, *Non-signatories and International Arbitration: An Arbitrator's Dilemma*, in *Multiple Party Actions in International Arbitration*, PCA, Oxford, 2009, 3 ss.

⁶⁶² Come sottolineato da S. BREKOUKAKIS, *The Negative Effect of Competence-Competence*, cit., 238 ss., 242.

⁶⁶³ *Excalibur Ventures LLC v. Texas Keystone Inc & Others* [2011] 2 *Lloyd's Re*, 289.

⁶⁶⁴ CA 3rd Cir., *China Minmetals Materials Import and Export Co Ltd v. Chei Mei Corpn*, 334 F 3d 274.

del principio *Kompetenz Kompetenz*, ossia il fatto che l'arbitro fosse legittimato a conoscere e decidere di tutte le contestazioni mosse alla propria *potestas iudicandi*, non implicasse *in alcun modo* che ad esso spettasse un potere *altresì esclusivo* di pronunciarsi sulla propria *jurisdiction* (come di recente ribadito anche da L.J. Mance nel caso *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co. v. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan*⁶⁶⁵), né che il giudice della sede non potesse pronunciarsi esso stesso sulla sussistenza o meno della *substantive jurisdiction* in capo al tribunale prima che a farlo fosse lo stesso tribunale arbitrale.

Anzi, in numerose decisioni successive all'entrata in vigore dell'*English Arbitration Act* era stato ribadito il potere del giudice statale di procedere ad una *full review* del patto arbitrale (prima di decidere se sospendere o meno il giudizio), dato che: "(...) *an arbitration agreement, which is prima facie valid, is insufficient to provide tribunals with exclusive jurisdiction to decide the validity of an arbitration agreement. According to these decisions, the court must review arbitration agreements, ascertaining their validity and applicability*"⁶⁶⁶.

In *Birse Construction Ltd v. St David Ltd H. Lloyd* [1999]⁶⁶⁷, ad esempio, il giudice Lloyd statuiva: "(...) *The [English Arbitration] Act does not require a party, who maintains that there is no arbitration agreement, to have that question decided by an arbitral tribunal. [...] normally a court would first have to be satisfied that there is an arbitration agreement before acting under section 9 [...], in other cases it may be appropriate to leave the matter to be decided by an arbitrator. The latter course is likely to be adopted only where the court considers that it is virtually certain that there is an arbitration agreement [...] a prima facie valid arbitration agreement would not be enough to give tribunals the exclusive jurisdiction on the determination of the final validity this arbitration agreement [...]*".

A sua volta, nel caso *Ahmad Al-Naimi (t/a Buildmaster Construction Services) v. Islamic Press Agency* [2000]⁶⁶⁸, la Corte d'Appello, adita avverso la decisione resa dalla *Technology and Construction Court*, che aveva rinviato le parti all'arbitro perché fosse questo a pronunciarsi sulla questione dell'esistenza e validità del patto arbitrale, svolgeva una *full examination* di quest'ultimo, concludendo nel senso della sua validità ed applicabilità alla disputa nel caso di specie e statuendo altresì che: "(...) *[I]t is not mandatory and the existence of the power [of the tribunal to decide about its own substantive jurisdiction] does not mean that a court must always refer a dispute about whether or not an arbitration agreement exists to the tribunal whose competence to do so is itself disputed*".

Ancora, nel caso *FT Mackley & Co. Ltd. v. Gosport Marina* [2002]⁶⁶⁹, il potere

⁶⁶⁵ [2010] UKSC 46.

⁶⁶⁶ Così S. BREKOULAKIS, *The Negative Effect of Competence-Competence*, cit., 238 ss.

⁶⁶⁷ [1999] EWHC 253. III. Id.

⁶⁶⁸ *Ahmad Al-Naimi v. Islamic Press Agency* [2000] 1 Lloyd's Rep 522, 525. 116 ss.

⁶⁶⁹ [2002] BLR 367.

del giudice statale di procedere ad una *full review* della convenzione arbitrale, senza alcuna deferenza rispetto al concorrente potere dell'arbitro, veniva fatto discendere da una lettura particolarmente liberale del termine “*should*”, contenuto nella *Section 1 (c) EAA* – norma “omologa” dell'art. 5 della Legge Modello –, ai sensi della quale: “(...) *in matters governed by this Part the court should not intervene except as provided by this Part*”; il termine “*should*” è stato ritenuto una limitazione meno intensa all'interferenza del giudice statale rispetto al termine “*shall*” contenuto nella Legge Modello.

Nel caso *Law Debenture Trust Corp. Plc v. Elektrim Finance BV*⁶⁷⁰, infine, il giudice statale rigettava un'istanza volta all'arresto del giudizio statale per consentire al tribunale arbitrale di decidere la controversia (e, preliminarmente, la questione della sussistenza o meno della propria *potestas iudicandi*), statuendo che: “(...) [*t*]here is no support for any suggestion that the court should inevitably allow the arbitral tribunal to decide the jurisdiction question and stay the court proceedings in the meanwhile”, con buona pace di qualsivoglia applicazione dell'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz*⁶⁷¹.

Si è peraltro premesso, in precedenza, come questo orientamento giurisprudenziale, a differenza di quello formatosi in Francia sull'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz*, non fosse assolutamente granitico, segnalandosi pronunce che hanno riconosciuto precedenza al tribunale arbitrale per quanto riguarda la decisione sulla questione della *substantive jurisdiction*, con la contestuale esclusione del concorrente potere del giudice statale di svolgere una cognizione altrettanto piena ed esaustiva. In *XL Insurance Ltd. v. Owens Corning* [2000]⁶⁷², ad esempio, il giudice statale, su istanza di *XL Insurance Ltd*, aveva bensì emesso un'*anti-suit injunction* per precludere ad *Owens Corning*, che aveva contestato la validità del patto arbitrale, di continuare con il contenzioso incardinato in *Delaware*, ma si era limitato a svolgere una mera *prima facie review* di quel patto, rinviando le parti in arbitrato perché fosse l'arbitro a pronunciarsi preventivamente con cognizione piena su di esso (“(...) *under the arbitration clause and the provisions of the Act, it will be for the arbitral tribunal to rule on the validity of the arbitration agreement, if Owens Corning challenges its jurisdiction on that ground, unless the matter is referred to the Court for determination under Clause 32 [...]*”): ciò, da un lato, in base ad esigenze attinenti al *good case management* e, dall'altro, in conformità con il principio che dovrebbe permeare lo svolgimento di tutte le attività giudiziali, ossia quello del contenimento delle spese e della trattazione della dispu-

⁶⁷⁰ *Law Debenture Trust Corp. Plc v. Elektrim Finance BV* [2005] EWHC (Ch) 1412 [34]. 448.

⁶⁷¹ Nello stesso senso si vedano anche *Downing v. Al Tameer Establishment* [2002] EWCA Civ. 721-31. V. anche J. PAULSSON, *Arbitration-Friendliness: Promises of Principle and Realities of Practice*, *Int. Financ. Serv. London Conference*: ‘Has London Met the Challenge?’, London, 1 December 2006.

⁶⁷² *XL Insurance Ltd. v. Owens Corning* [2000] 2 *Lloyd's Rep.* 500.

ta in forme, tempi e modi proporzionati alla quantità di denaro investita. In definitiva, secondo il giudice statale: “(...) *expeditiously and fairly the arbitrator’s decision as to the existence of the contract should come first*”⁶⁷³.

Ad ogni modo, a partire dalla decisione della Corte d’Appello nel caso *Fiona Trust & Holding Corp. and Others v. Yuri Privalov and Others*⁶⁷⁴, confermata poi anche dalla *House of Lords*, forse sull’onda delle critiche che un approccio giudicato poco *arbitration-friendly* aveva sollevato e in virtù di una maggior consapevolezza dei giudici inglesi di essere “*decisori transnazionali*”, quindi necessari anziché sensibili alle *best practices* internazionali⁶⁷⁵, la giurisprudenza ha incominciato a trattare in maniera differente, da un lato, le censure di invalidità riguardanti *il contratto nel suo complesso, nel quale sia inclusa la convenzione arbitrale* (nel qual caso *a pronunciarsi per primo sulla propria jurisdiction* dovrebbe essere il tribunale arbitrale: “(...) *it will, in general, be right for the arbitrators to be the first tribunal to consider whether they have jurisdiction to determine the dispute*”⁶⁷⁶); dall’altro, le censure aventi ad oggetto *solo la convenzione arbitrale*, nel qual caso – trattandosi di contestazioni comunque incidenti sulla *potestas iudicandi* arbitrale – il giudice statale manterrebbe intatto il potere di conoscerne e deciderne con cognizione piena ed integrale, anche ove già penda un giudizio arbitrale, nel cui ambito quelle stesse contestazioni siano state sollevate dinanzi all’arbitro, parimenti legittimato a conoscerle e deciderle in ragione dell’effetto positivo del principio *Kompetenz Kompetenz*.

Invero, la portata della decisione *Fiona Trust*, nonché di quelle che, negli anni successivi, ne hanno condiviso e richiamato la *ratio* (da *Republic of Kazakhstan v. Istil Group Ltd*⁶⁷⁷ ad *Albon (trading as N A Carriage Co.) v. Naza Motor Trading SDN BHD (‘Albon’)*⁶⁷⁸; da *Dallah Reale Estate & Tourism Holding Co. v. Ministry of Religious Affairs of the Government of Pakistan*⁶⁷⁹ a *Excalibur Ventures LLC v. Texas Keystone Inc. & Others*⁶⁸⁰) non è del tutto chiara.

⁶⁷³ [2000] 2 *Lloyd’s Rep.* 399.

⁶⁷⁴ *Fiona Trust & Holding Corp. and Others v. Yuri Privalov and Others* [2007] EWCA Civ 20 [2007] 1 CLC, 144 (CA).

⁶⁷⁵ SHACKLETON, *English Arbitration and International Practice*, 5(2) *Int’l Arb. L. Rev.* 67, 69 (2002).

⁶⁷⁶ *Fiona Trust & Holding Corp. and Others v. Yuri Privalov and Others* [2007] EWCA Civ 20, [2007] 1 CLC 144 (CA) 160.

⁶⁷⁷ *Republic of Kazakhstan v. Istil Group Ltd* [2007] EWCA Civ 471 [2008] Bus LR 878 (CA) 886, par. 35: LJ TOULSON: “*A party which wishes to challenge the jurisdiction of arbitrators must take the point before the arbitrators [...].*”

⁶⁷⁸ [2007] All ER (D) 501 (Ch. Div.).

⁶⁷⁹ [2010] *UK Supreme Court* 46 (SC), [2011] 1 AC 763 (SC), ove la Corte Suprema inglese ha statuito che il giudice statale deve procedere ad un’autonoma valutazione della questione dell’esistenza di un valido patto arbitrale tra le parti, costituendo la precedente decisione del tribunale arbitrale null’altro che uno strumento per porre l’onere della prova in capo alla parte che contesti la determinazione arbitrale.

⁶⁸⁰ [2011] *Commercial Court* EWCH 1624 (Comm.), [2011] 2 CLC 338 (Comm.). In questa

Infatti, nonostante l'opinione piuttosto diffusa secondo cui, attraverso dette decisioni, i giudici inglesi avrebbero inteso inviare alla comunità arbitrale internazionale un segnale "rassicurante" circa il *self-restraint* dell'autorità giudiziaria nei confronti di tribunali e giudizi arbitrali con sede in Inghilterra, la decisione in questione si presta a diverse letture, anche in parziale contraddizione fra loro, nonostante su almeno un punto si registri una quasi assoluta convergenza: che con *Fiona Trust* sia stata definitivamente sdoganata la presunzione secondo cui le parti, indipendentemente dalla formulazione adottata nella convenzione arbitrale ("(...) *disputes "arising under" (...)*", o " (...) *disputes "arising out of" an agreement (...)*") e sull'assunto che si comportino come *businessmen* ragionevoli, intendano in linea di principio risolvere le loro dispute relative ad un determinato rapporto giuridico *in un unico foro* (salvo quando il linguaggio utilizzato nel patto arbitrale indichi inequivocabilmente, e senza ambiguità, che una porzione della disputa debba essere sottratta alla *jurisdiction* degli arbitri⁶⁸¹).

Ciò precisato, in *Fiona Trust*, ma anche nella giurisprudenza successiva ad essa ispirata, *solo talvolta* l'allocazione, tra arbitro e giudice statale, del potere di pronunciarsi (in via esclusiva o concorrente) sulla *potestas iudicandi* dell'arbitro, pare fondarsi sulla surriferita distinzione tra vizi che attengono unicamente alla convenzione arbitrale (nel qual caso il giudice statale sarebbe legittimato a pronunciarsi *funditus* sulla validità della stessa) e vizi che investono invece (anche) l'intero contratto, con ricadute sulla stessa esistenza o inesistenza del patto⁶⁸² (nel qual caso il giudice statale dovrebbe concedere lo *stay* per consentire che sia l'arbitro a pronunciarsi per primo, con cognizione piena, sul patto arbitrale).

Altre volte detta allocazione pare invece fondarsi sulla distinzione – non dissimile da quella affermatasi nell'ordinamento americano tra *procedural* e *substantial arbitrability* (con le contestazioni alla *jurisdiction* arbitrale rientranti nell'ambito della prima spettanti all'arbitro e quelle rientranti nell'ambito della seconda spettanti, invece, non solo in via concorrente, *ma addirittura in via esclusiva*, al giudice statale) – tra vizi che determinano la mera invalidità della convenzione, da un

decisione la *Commercial Court* ha dovuto stabilire se i convenuti nel procedimento arbitrale fossero o meno parti del contratto contenente la clausola arbitrale; quindi se sussisteva o meno, nei loro confronti, un valido patto arbitrale.

⁶⁸¹ AGORA, *Thoughts on Fiona Trust - Jurisdiction: the Validity and Width of Arbitration Agreements, and the House of Lords Decision in Premium Nafta Products Ltd v. Fili Shipping Co. Ltd*, in *Arb. Int.* 2008, Vol. 24 Issue 3, 467 ss.

⁶⁸² Così, ad esempio, in *Fiona Trust*, LORD JUSTICE HOFMANN, per il quale: "*Businessmen frequently do want the question of whether their contract was valid, or came into existence, or has become ineffective, submitted to arbitration and that the law should not place conceptual obstacles in their way*", lasciando, dunque, intendere che *anche le contestazioni attinenti all'inesistenza del contratto* rientrerebbero tra quelle deferibili alla cognizione dell'arbitro.

lato, e vizi che ne inficiano la stessa esistenza⁶⁸³ (o la validità *ab initio* o l'applicabilità alla controversa dedotta), dall'altro, nel quale ultimo caso il giudice statale non potrebbe concedere lo *stay* prima di aver accertato (con cognizione piena) che un patto arbitrale, in assoluto e in relazione alla controversia dedotta, *sia oggettivamente venuto in essere* (“*If there is a contest about whether an arbitration agreement had come into existence at all, the court would have a discretion as to whether to determine that issue itself (...)*”⁶⁸⁴).

Si tratta di una prerogativa giudiziale – in potenziale conflitto con (l'effetto positivo de)il principio *Kompetenz Kompetenz* applicabile all'arbitrato – tradizionalmente fondata sulla cd. *inherent jurisdiction* del giudice statale, il cui esercizio sarebbe legittimato ogniquale volta entrino in gioco interessi che vanno al di là della mera risoluzione di una disputa tra parti private (come nel caso di impellenti ragioni di economia processuale).

A complicare il quadro, tuttavia, concorrono talune prese di posizione giurisprudenziali, secondo le quali sarebbe proprio l'*inherent jurisdiction* dei giudici inglesi a consentire loro, *in via eccezionale* e “*(...) as a matter of discretion, not jurisdiction*”⁶⁸⁵, di rinviare le parti agli arbitri affinché siano essi a pronunciarsi sulla propria *substantive jurisdiction*, anche nel caso in cui le censure delle parti vertano sull'(in)esistenza del patto arbitrale (nonché sull'estraneità della disputa dal suo ambito di applicazione), pur se ciò non dovesse risultare possibile ai sensi della *Section 9 EAA*.

Ancora, per un'altra parte della dottrina, fondare sulla distinzione tra contestazione attinente all'(in)esistenza e contestazione attinente all'(in)invalidità di una convenzione arbitrale l'allocatione della *potestas iudicandi*, rispettivamente, del giudice statale e dell'arbitro (secondo uno schema di recente richiamato anche dalle celebri decisioni *Dallah* ed *Excalibur*), rappresenterebbe un ritorno alle posizioni pre-riforma del 1996⁶⁸⁶, sebbene in quel periodo si registrassero posizioni anche eterodosse rispetto alla summenzionata distinzione (come, ad esempio,

⁶⁸³ C.M. SVERNLÖV, *The Evolution of the Doctrine of Separability in England: Now Virtually Complete? The Doctrines of “Separability” of the Arbitration Agreement and “Compétence de la Compétence”*, in *J. Int. Arb.* 1992, Vol. 9 Issue 3, 115 ss. Pertanto, nessuna clausola compromissoria, indipendentemente dalla sua formulazione, dovrebbe poter impedire a un tribunale di dichiarare la sussistenza della propria giurisdizione per determinare se un contratto sia mai stato concluso.

⁶⁸⁴ Da *Fiona Trust & Holding Corp. and Others v. Yuri Privalov and Others* [2007] EWCA Civ 20 [2007] 1 CLC, 144 (CA).

⁶⁸⁵ *Ahmad Al-Naimi (T/a Buildmaster Construction Services) v Islamic Press Agency Incorporated CA* (Times 16-Mar-00, Bailii, [2000] EWCA Civ 17, [2000] 1 *Lloyd's Law Reports* 522).

⁶⁸⁶ Così N. ERK, *Parallel Proceedings in International Arbitration*, cit., 49; *Downing v. Al Tameer Establishment & another* [2002] EWCA Civ 721 (CA), [2002] CLC 1291 ss.; *Azov Shipping Co v. Baltic Shipping Co* [1998] CLC 1240 (Comm.).

quella secondo cui l'unico elemento che il giudice avrebbe dovuto valutare prima di decidere se concedere o meno lo *stay* era l'ampiezza del testo della convenzione arbitrale, tale da coprire o meno la disputa dedotta in giudizio; in quest'ottica, financo le contestazioni attinenti all'(in)esistenza di una convenzione arbitrale potevano essere conosciute e decise dall'arbitro⁶⁸⁷).

Qualunque sia la lettura corretta della svolta inaugurata da *Fiona Trust* (se, cioè, il discrimine tra potere esclusivo o solo concorrente, rispettivamente, dell'arbitro o del giudice statale, di giudicare della *substantive jurisdiction* arbitrale si fonda sulla distinzione tra censure attinenti all'intero contratto o al solo patto arbitrale, oppure su quella tra censure che fanno valere l'invalidità del patto arbitrale e quelle che ne mettono in dubbio la stessa esistenza), è innegabile che con essa si assista ad uno sdoganamento dell'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz*. La portata di tale effetto, tuttavia, sarebbe *più ridotta* rispetto a quello, accolto, dall'ordinamento francese, nella misura in cui il giudice statale dovrebbe bensì astenersi dal pronunciarsi sulla *substantive jurisdiction* e cedere il passo all'arbitro, ogniquale volta le censure che potrebbero mettere in dubbio la sussistenza del potere decisorio dell'arbitro investano *il contratto nel suo complesso*, ma non potrebbe farlo ogniquale volta quelle censure si limitino alla convenzione arbitrale, di cui venga contestata la validità (secondo una distinzione che, a dire il vero, pare rappresentare un'indebita, seppur parziale, sovrapposizione tra principio *Kompetenz Kompetenz* – e relativo ambito di applicazione – e principio di autonomia della clausola compromissoria).

Ad ogni modo, a seguito di "*Fiona Trust*" (e della giurisprudenza successiva ad essa conforme), numerose rimangono le questioni aperte ed i profili controversi nei rapporti arbitro-giudice nell'ambito della *Section 9 EAA*.

In primo luogo, si tratta di una svolta che parrebbe contraddetta dal combinato disposto di cui alle *Sections 9 e 30 EAA*; la prima, nello statuire che il giudice statale deve rifiutare di concedere lo *stay* se ritiene il patto arbitrale *null and void, inoperative, or incapable of being performed*, non solo non pare contemplare, almeno sotto il profilo letterale, l'ipotesi di patto "inesistente", ma nemmeno distingue tra invalidità (*lato sensu* intesa) attinente unicamente alla convenzione arbitrale e invalidità asserita con riferimento all'intero contratto in cui la stessa sia inclusa; la seconda attribuisce all'arbitro il potere di decidere sulla propria *substantive jurisdiction* e, tra le ipotesi menzionate – che, alla luce dell'inciso: "(...) *that is, as to (...)*", parrebbero *esemplificative e non tassative* –, statuisce – al punto

⁶⁸⁷ Così C.M. SVERNLOV, *The Evolution of the Doctrine of Separability in England*, cit., 122, per il quale: "Faced with an argument as to the existence or otherwise of an agreement to which an arbitration clause relates, the English courts will refer that dispute to the arbitral tribunal on the basis of the doctrine of separability. (...) That is beyond all doubt, and the only issue is whether the wording of the arbitration clause covers such a dispute".

a) –: “(...) *whether there is a valid arbitration agreement*”. L’espressione utilizzata è tale da comprendere *anche* l’ipotesi di *inesistenza di un patto arbitrale*, corrispondendo all’equivalente italiano: “(...) *se esiste un patto arbitrale valido*”, piuttosto che: “(...) *se il patto arbitrale è valido*”. Ove il legislatore avesse inteso limitare il potere cognitivo dell’arbitro ai casi di contestazione circa l’*invalidità* del patto arbitrale, ad esclusione di quelli attinenti alla sua *inesistenza*, avrebbe verosimilmente utilizzato espressioni meno generiche o equivoche (quali, ad esempio: “(...) *whether the arbitration agreement is (not) valid*” oppure: “(...) *on the (in)validity of the arbitration agreement*”) ⁶⁸⁸.

In secondo luogo, la soluzione elaborata da *Fiona Trust* rischia di rendere ancor più intricato il problema dei conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale, dal momento che non è sempre agevole desumere dalle allegazioni delle parti se una contestazione relativa alla validità di un patto arbitrale investa anche, indirettamente o logicamente, l’invalidità del contratto che lo contiene, oppure se si sia di fronte ad un vizio che metta in discussione solo la validità del patto o anche la sua stessa esistenza. Si pensi al caso di un patto stipulato da minori, che formalmente “esiste” come scrittura privata, ma sostanzialmente “non esiste” giuridicamente perché privo di un presupposto fondamentale quale la capacità di agire. Senza contare che le categorie validità/invalidità e esistenza/inesistenza, oltre a non essere sempre agevolmente distinguibili nell’ambito di un medesimo ordinamento, risultano ancor meno intelleggibili nel rapporto tra ordinamenti diversi, sicché, in relazione ad un patto per arbitrato estero, il giudice inglese dovrebbe procedere con qualificazioni teoriche ed inquadramenti normativi labili ed incerti, in particolare ove svolti alla luce di una legge applicabile straniera ⁶⁸⁹.

In terzo luogo, non è chiaro se, per il caso in cui le censure delle parti attenga-

⁶⁸⁸ Ma v., in senso contrario, LORD JUSTICE LIGHTMAN, che in *Albon* ha affermato che: “(...) *the Act requires the satisfaction of a two-part test before considering the three qualifications. The first part of the test requires that there be an actual concluded arbitration agreement. The second part of the test asks whether, if there is a concluded arbitration agreement, the matter in issue is within its scope. If these two criteria are not satisfied, then the threshold test for a stay under section 9 of the Act is not established.*”.

⁶⁸⁹ Per un esempio di conflitto tra interpretazioni di una convenzione arbitrale in virtù della *multi-jurisdictional dimension* della controversia v. il caso *Midgulf v. Groupe Chimique Tunisien* [2010] EWCA Civ. 66, relativo ad una disputa tra le parti circa l’esistenza ed efficacia di un patto arbitrale, che ha portato all’instaurazione di un procedimento arbitrale a Londra, di un giudizio dinanzi al giudice inglese per la nomina di un arbitro, data la mancanza di cooperazione tra le parti, di un giudizio dinanzi al giudice tunisino al fine di ottenere una decisione di accertamento negativo della validità del patto arbitrale e di uno successivo vertente su una domanda di risarcimento danni e, infine, alla presentazione di un’ulteriore istanza dinanzi al giudice inglese per un’*anti-suit injunction* finalizzata all’arresto del giudizio tunisino. Per un commento alla decisione v. A. OUERFELLI, I. QUIRK, *Arbitral Jurisdiction as an Indivisible Package: an Analysis of the Approach of the English and Tunisian Courts in Midgulf v. Groupe Chimique Tunisien – One Issue, Two Perspectives*, in *Int. J. Arab Arb* 2013, Vol. 5 Issue 1), 11 ss.

no all'esistenza stessa della convenzione arbitrale, la competenza del giudice statale a conoscerle e deciderle sia da intendersi comunque come *concorrente* (riconoscendo, dunque, il medesimo potere in capo all'arbitro), oppure come *esclusiva*⁶⁹⁰, nel quale ultimo caso il *favor arbitratus* (rappresentato dal caso della censura mossa (anche) contro il contratto nel suo complesso, per cui la dottrina si era spesa in elogi per le aperture dell'ordinamento inglese in favore dell'arbitrato), verrebbe di fatto vanificato da un approccio non poco "punitivo" dell'arbitrato, che, nella misura in cui realizzerebbe una contrazione dello stesso effetto positivo del principio *Kompetenz Kompetenz*, non trova riscontro in altri ordinamenti (se non in quello statunitense).

In quarto luogo, e da ultimo, la soluzione fa sorgere le stesse perplessità ed i medesimi dubbi che si sono già riscontrati esaminando il sistema francese. Nei casi in cui l'invalidità di un patto (che investa o meno, a seconda delle letture che si vogliono dare ai principi enucleati in *Fiona Trust*, anche il contratto che lo contiene) appaia *ictu oculi* manifesta, un rinvio di *default* delle parti all'arbitrato, senza un'approfondita valutazione del patto arbitrale, potrebbe risultare, oltre che poco garantista nei confronti della parte che fondatamente si opponga ad arbitrare la controversia, anche controproducente sotto il profilo dell'economia processuale, obbligando le parti a sottoporsi ad un giudizio (quello dell'arbitro) – ove non anche a procedure preliminari alla costituzione di un organo che poteva anche non essere già operativo –, che molto verosimilmente verrà sconfessato dal medesimo giudice statale in un momento successivo (in sede di ricorso *ex Section 32 EAA* o di giudizio di impugnazione per nullità *ex Section 67 EAA*, o di richiesta del *leave to enforcement*).

Ne deriva, in definitiva e nel complesso, un quadro non poco frastagliato, inidoneo ad offrire a giudici statali e arbitri linee guida chiare ed univoche per la "gestione" e il coordinamento dei reciproci conflitti di "competenza" nell'ambito della *Section 9 EAA*.

Il tema della latitudine dello scrutinio di una convenzione arbitrale da parte di un giudice statale adito ai sensi della *Section 9 EAA* è stato altresì affrontato (sebbene solo *en passant*, vertendo i relativi contenziosi su questioni processuali diverse dall'applicazione della *Section 9 EAA*), anche nei recenti e celebri casi *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co v. Ministry of Religious Affairs of the Government of Pakistan* ('*Dallah*')⁶⁹¹ e *Excalibur Ventures LLC v. Texas Keystone Inc & Others* ('*Excalibur*')⁶⁹² (su cui ritorneremo nel prosieguo).

Nel primo caso, nell'ambito di un giudizio originato da un'istanza di riconoscimento nel Regno Unito di un lodo estero, la Corte Suprema inglese rigettava le

⁶⁹⁰ *Fiona Trust & Holding Corp and Others v Yuri Privalov and Others* [2007] EWCA Civ 20, [2007] 1 CLC 144 (CA) 155 f. (par. 23).

⁶⁹¹ [2010] UKSC 46 (SC), [2011] 1 AC 763 (SC), 813.

⁶⁹² [2011] EWHC 1624 (Comm), [2011] 2 CLC 338 (Comm).

allegazioni della parte istante, Dallah (secondo cui la decisione del tribunale arbitrale parigino sulla propria *potestas iudicandi* avrebbe esplicitato un'efficacia probatoria vincolante per il giudice inglese), statuendo che l'unico effetto di una pronuncia arbitrale "straniera" sulla propria *potestas iudicandi* era quello di porre l'onere della prova a carico della parte che contestava la *substantive jurisdiction* arbitrale, dovendo il giudice statale, in sede di riconoscimento ed esecuzione del lodo, *determinare autonomamente* la questione della sussistenza o meno di un patto arbitrale tra le parti. Con particolare riferimento alla *Section 9* EAA, la Corte Suprema, richiamando *Al-Naimi*⁶⁹³ e *Albon*⁶⁹⁴, statuiva che un giudice statale, richiesto di sospendere il giudizio in ragione dell'esistenza di una pattuizione tra le parti onde deferire la disputa in arbitrato, dovesse, sia nei casi puramente domestici, sia in quelli connotati da elementi di internazionalità: "(...) *determine the issue of whether there ever was an agreement to arbitrate*"; con un'espressione tradizionalmente utilizzata per connotare una cognizione piena ed esaustiva.

Nel secondo caso (anch'esso formalmente non rientrante nell'ambito di applicazione della *Section 9* EAA – in quanto parte attrice, *Excalibur*, non era: "(...) *a party to an arbitration agreement against whom legal proceedings are brought*" –, ma in quello (secondo la ricostruzione del convenuto) dell'*inherent jurisdiction* del giudice adito o in quello (secondo la posizione di *Excalibur*) della CPR 3.1(2)(f), la *Section 9* EAA veniva richiamata proprio per marcare la differenza con la situazione effettivamente dedotta dinanzi al giudice ed in relazione ad essa si statuiva che, ove il convenuto invochi la sospensione del giudizio in favore di un giudizio arbitrale straniero: "(...) *if the issue is whether an arbitration agreement was ever concluded, then the court can clearly determine such an issue, if it considers it appropriate to do so (...). Indeed, if the stay is sought pursuant to s9, the court has to be satisfied, in order to exercise its powers under the section to grant a stay, that an arbitration agreement has in fact been concluded*".

In sostanza, per disporre lo *stay* il giudice inglese deve essere: "(...) "virtually certain that there [is] an agreement to arbitrate"; altrimenti il giudice verosimilmente disporrebbe: "(...) *a trial as to the validity of the arbitration agreement*"⁶⁹⁵. Sebbene tale recente giurisprudenza (e, in particolare, i casi *Dallah* e *Excalibur*) sembri riportare le lancette dell'orologio a prima della riforma del 1996, per l'indiscutibile pri-

⁶⁹³ *Al-Naimi (t/a Buildmaster Construction Services) v Islamic Press Agency* [2000] 1 Lloyd's Rep 522 (CA) (English arbitration).

⁶⁹⁴ *Albon (t/a NA Carriage Co) v Naza Motor Trading Sdn Bhd* (No 4) [2007] EWCA Civ 1124, [2008] 1 Lloyd's Rep 1.

⁶⁹⁵ In *Excalibur*, il giudice, richiamando FLAUX QC in *El Nasharty v J Sainsbury plc* [2004] 1 Lloyd's Rep 309, par. 29: "...it would require the case to be an exceptional [case] before the Court would leave it to the arbitrator if the Court were uncertain on the material before it whether or not there was an arbitration agreement".

mato assegnato all'esame svolto sul patto arbitrale dal giudice statale, taluni autori vi intravedono invece una sorta di continuità con i principi enucleati in *Fiona Trust*, nella misura in cui il primato del giudice statale viene confinato ai casi in cui si debba decidere sull'esistenza *tout court* di un valido patto arbitrale, senza che venga invece scalfito il potere del tribunale arbitrale di essere il primo a doversi pronunciare sulla sussistenza della propria *potestas iudicandi*, ogniqualevolta le contestazioni ad essa non investano l'esistenza stessa di un patto arbitrale⁶⁹⁶.

Insomma, come più volte ribadito, l'individuazione dell'organo (arbitro o giudice) che debba decidere in prima battuta sulla questione della *substantive jurisdiction* arbitrale a fronte di un'obiezione della parte convenuta, e altresì la definizione dei caratteri e della portata della relativa cognizione, rimangono tutt'ora una zona grigia. I giudici inglesi hanno infatti adottato un approccio flessibile, contribuendo a delineare un quadro frastagliato e controverso, rendendo illusorie, in questo ambito, la certezza e prevedibilità del diritto.

Concludendo sulla *Section 9* EAA, va ricordato che, a differenza di quanto espressamente previsto in relazione ad un lodo arbitrale che abbia deciso sulla "competenza" arbitrale, ma anche di quanto espressamente previsto in relazione ad altri "interventi" giudiziali sulla convenzione arbitrale disciplinati dall'EAA, manca una previsione espressa sull'impugnabilità di una decisione resa dal giudice statale ai sensi della *Section 9* in relazione ai diversi rilevanti profili (accertamento dell'esistenza o inesistenza di un valido patto arbitrale; concessione o rifiuto dello *stay*; rinvio o meno delle parti in arbitrato). La *High Court* ha tuttavia statuito che sussiste un diritto per le parti di appellare tale decisione⁶⁹⁷.

26.3. *L'impugnazione di una pronuncia dell'arbitro sulla substantive jurisdiction ai sensi del combinato disposto delle Sections 30 e 67 EAA*

Un'ulteriore "finestra" attraverso cui il giudice statale può confrontarsi con la questione della *substantive jurisdiction* dell'arbitro è l'impugnazione di una pronuncia dell'arbitro su di essa (ai sensi del combinato disposto delle *Sections 30 e 67*), sia stata essa adottata con un *final award* declinatorio, con un *interim* o *preliminary award* – affermativo della sussistenza della propria *potestas iudicandi* e vertente unicamente su detta questione –, oppure, ancora, con un *partial* o *final award* vertente *anche sul merito*⁶⁹⁸ (mirando l'impugnazione, in tale ultimo caso,

⁶⁹⁶ N. ERK, *Parallel Proceedings in International Arbitration*, cit., 50, per la quale: "In summary, recent case law has clarified that where an arbitration has been commenced, the arbitral tribunal should decide on its jurisdiction first"; *Fiona Trust & Holding Corp and Others v. Yuri Privalov and Others* [2007] EWCA Civ 20, [2007] 1 CLC 144 (CA) 160 (par. 34).

⁶⁹⁷ *Inco Europe Ltd v First Choice Distribution*.

⁶⁹⁸ V. *Section 31*, par. 4.

ad ottenere un'ordinanza che dichiari il lodo, in tutto o in parte, privo di effetti: "(...) *because the tribunal did not have substantive jurisdiction*". Ciò è appunto quanto emerge dall'ultimo comma della *Section 30*, secondo cui: "(...) *any such ruling* – i.e. dell'arbitro *on its own substantive jurisdiction* – *may be challenged by any available arbitral process of appeal or review or in accordance with the provisions of this Part*", letto in collegamento con il comma 1 della *Section 67 EAA*⁶⁹⁹ – norma di applicazione necessaria⁷⁰⁰, che riproduce, in parte, il contenuto dell'art. 34, par. 2, let. iii della Legge Modello –, ai sensi della quale: "*A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and to the tribunal) apply to the court: (a) challenging any award of the arbitral tribunal as to its substantive jurisdiction; or (b) for an order declaring an award made by the tribunal on the merits to be of no effect, in whole or in part, because the tribunal did not have substantive jurisdiction*"⁷⁰¹.

Non è sempre agevole discernere tra (e, conseguentemente, qualificare) una pronuncia arbitrale come vertente esclusivamente sulla *substantive jurisdiction*, o anche (per quanto solo parzialmente) sul merito, presupponendo talune decisioni arbitrali "sulla propria competenza" altresì un esame, per quanto limitato o superficiale, dei profili di merito della disputa⁷⁰².

In linea di principio, rientrano senz'altro nella prima categoria le pronunce declinatorie⁷⁰³, al contrario delle pronunce affermative della *jurisdiction* arbitrale, che hanno maggiore probabilità di confrontarsi con le *related substantive issue*⁷⁰⁴.

Parimenti, non vi è assoluta convergenza su quali possano essere le censure alla *substantive jurisdiction* arbitrale (o alla decisione dell'arbitro su di essa) ai sensi della *Section 67 EAA*. Tuttavia, sono ravvisabili tendenze interpretative e orientamenti

⁶⁹⁹ Su cui v. A. SHEPPARD, *English Arbitration Act (Chapter 23), Part I, Powers of the Court in Relation to Award, Section 67 [Challenging the award: substantive jurisdiction]*, in L. MISTELIS (ed.), *Concise International Arbitration*, Kluwer Law Int. 2015, 819 ss.

⁷⁰⁰ *The 1996 DAC Report on the English Arbitration Bill: The Last Part*, in *Arb. Int.* 1999, Vol. 15 Issue 4, 413 ss.

⁷⁰¹ Sull'impugnazione di lodi arbitrali per motivi attinenti alla *substantive jurisdiction* v. D. WOLFSON, S. CHARLWOOD, *Challenges to Arbitration Awards*, in J. LEW, H. BOR et al. (eds.), *Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland*, Kluwer Law International 2013, 527 ss.; WOOLHOUSE, *Statistics Settle the Pro- and Anti-Arbitration Debate, Once and For All*, in *Global Arb. Rev.* 2006, 2; J. PAULSSON, *Arbitration-Friendliness: Promises of Principle and Realities of Practice*, in *Arb. Int.* 2007, 23, no. 3, 477.

⁷⁰² Un lodo che si pronuncia sul merito della lite, senza espressamente pronunciarsi sulla questione della giurisdizione, equivale ad una pronuncia arbitrale implicita sulla giurisdizione, potendo dunque essere impugnato ai sensi della *Section 67 (1) (a)* dell'EAA. V. *LG Caltex Gas Co Ltd and another v. China National Petroleum Corp and another* [2001] EWCA Civ 788, parr. 72-76.

⁷⁰³ *LG Caltex Gas Co. Ltd v. China National Petroleum Corp.* [2001] 2 All ER (Comm.) 97 (CA).

⁷⁰⁴ *V. Aoot Kalmneft v. Glencore International AG* [2002] 1 *Lloyd's Rep.*

applicativi piuttosto omogenei nel senso che talune censure devono risolutamente escludersi dal suo ambito applicativo, mentre altre pacificamente vi rientrano, alla luce, da un lato, del necessario coordinamento della *Section 67* con la *Section 30* EAA, per la quale, per “decisione sulla *substantive jurisdiction*”, deve intendersi una decisione che abbia ad oggetto la questione se esista o meno un valido patto arbitrale, se il tribunale sia stato regolarmente costituito o se (e quali) domande e questioni (*matters*) siano state deferite in arbitrato in conformità ad un patto arbitrale; dall’altro, delle pronunce giurisprudenziali nel corso degli anni.

Tra le censure del primo tipo (non sussumibili nell’ambito di applicazione della *Section 67* EAA), rientrano, ad esempio, quelle volte, da un lato, ad emendare l’esercizio della discrezionalità di un tribunale arbitrale nel pronunciare un *preliminary award* sulla *substantive jurisdiction* ai sensi della *Section 31*, par. 4 EAA⁷⁰⁵; dall’altro, a denunciare un abuso del processo⁷⁰⁶; dall’altro ancora, a eccepire che una determinata questione avrebbe dovuto essere esclusivamente trattata da un tribunale arbitrale di prima istanza, senza il coinvolgimento di una seconda istanza arbitrale⁷⁰⁷; infine, a rimarcare errori nell’applicazione della legge applicabile alla procedura arbitrale⁷⁰⁸.

Tra le censure del secondo tipo (sussumibili, dunque, nell’ambito di applicazione della *Section 67* EAA), vengono invece fatte rientrare quelle attinenti all’asserita incapacità di una parte di stipulare un contratto⁷⁰⁹ o alla mancanza, in capo ad un soggetto, della qualità di *proper party* di un patto arbitrale⁷¹⁰; alla mancata incorporazione di un patto arbitrale nel contratto stipulato tra le parti⁷¹¹; alla sussistenza, in capo al tribunale arbitrale, della *potestas iudicandi* di conoscere e/o decidere domande riconvenzionali e domande di compensazione⁷¹²; al mancato ri-

⁷⁰⁵ *Kalmneft JSC v. Glencore International AG and another* [2002] 1 All ER 76, par. 71

⁷⁰⁶ *Husmann (Europe) Ltd v. Ahmed Pharaon (formerly trading as Al Ameen Development and Trade Establishment)* [2003] EWCA Civ 266, par. 85

⁷⁰⁷ *Gulf Import and Export Co v. Bunge SA* [2007] EWHC 2667 (Comm). V. anche *CNH Global NV v. PGN Logistics Ltd* [2009] EWHC 977 (Comm) per un’altra impugnazione ai sensi della *Section 68(2)(b)*, anziché della *Section 67*.

⁷⁰⁸ *B v. A* [2010] EWHC 1626 (Comm).

⁷⁰⁹ *Continental Enterprises Ltd v. Shandong Zhucheng Foreign Trade Group Co* [2005] EWHC 92 (Comm).

⁷¹⁰ V., per esempio, *Electrosteel Castings Ltd v. Scan Trans Shipping & Chartering Sdn Bhd* [2002] EWHC 1993 (Comm), par. 20; *Primetrade*, *supra* n. 19; and *Novasen SA v. Alimenta SA* [2011] EWHC 49 (Comm).

⁷¹¹ V., per esempio, *Sea Trade Maritime Corp v. Hellenic Mutual War Risks Association (Bermuda) Ltd (The Athena)* [2006] EWHC 2530 (Comm), paras 62-81; *Habas Sinai Ve Tibbi Gazlar Isthisal Endustri AS v. Sometal SAL* [2010] EWHC 29 (Comm).

⁷¹² In *Norscot Rig page Management PVT Ltd v. Essar Oilfields Services Ltd*, [2010] EWHC 195 (Comm), il giudice riteneva che il tribunale avesse giurisdizione sulle domande di compensazione e

spetto delle norme concordate per la nomina dei membri del tribunale arbitrale⁷¹³; al mancato esperimento di un tentativo di conciliazione, pattuito dalle parti come *condicio sine qua non* per l'inizio di una procedura arbitrale⁷¹⁴; all'esistenza e agli effetti di una convenzione arbitrale stipulata successivamente a quella iniziale e finalizzata ad ampliare il campo di applicazione di quest'ultima⁷¹⁵.

Due questioni di particolare rilievo in relazione all'applicazione della *Section 67 EAA* riguardano, da un lato, la possibilità che il diritto ad impugnare una decisione dell'arbitro (anche o solo) sulla *substantive jurisdiction* vada incontro a decadenze eventualmente maturate durante il giudizio arbitrale e, dall'altro, l'ambito della cognizione del giudice statale in sede di impugnazione avverso quella decisione, ritenuta generalmente piena ed esaustiva.

Quanto alla prima questione, la *Section 73*, par. 2 *EAA* preclude alla parte, che non abbia esperito, *entro i prescritti termini di decadenza*, i rimedi impugnatori avverso una statuizione dell'arbitro sulla propria *substantive jurisdiction*, la possibilità di contestazioni successive per qualsivoglia motivo attinente alla *substantive jurisdiction* (specularmente, un'istanza ai sensi della *Section 67 EAA* non può essere proposta prima che la parte istante abbia esaurito l'esperibilità di qualsivoglia meccanismo arbitrale di appello o di revisione o ricorso eventualmente disponibile ai sensi della *Section 57 EAA*⁷¹⁶). La formulazione della *Section 73*, par. 2, nel riferirsi unicamente ad una pronuncia arbitrale sulla *substantive jurisdiction* e non, anche, ad una pronuncia sul merito della lite che contenga altresì una statuizione sulla *substantive jurisdiction* (secondo quella che è l'articolazione seguita dalla *Section 31*, par. 4), parrebbe escludere che la decadenza cui si riferisce la norma si estenda *anche a quest'ultima fattispecie*, per confinarla soltanto alla prima categoria di ipotesi. Ciò anche alla luce del fatto che, sebbene, ai sensi della *Section 67 EAA*, solo i lodi in cui il tribunale *abbia pronunciato* sulla propria *substantive jurisdiction* siano soggetti al rimedio del *challenge*⁷¹⁷, non risulta sempre agevole discernere – ai fini della proposizione di un *challenge* ai sensi della *Section 67 EAA* –

sulle domande riconvenzionali derivanti da un accordo contrattuale separato, mentre in *Econet Satellite Services Ltd v. Vee Networks Ltd (formerly known as Econet Wireless Nigeria Ltd)*, [2006] EWHC 1664 (Comm), il giudice concludeva nel senso che il tribunale non fosse competente a pronunciarsi su un'azione di compensazione derivante da un contratto separato rispetto a quello principale contenente la clausola in favore dell'applicabilità delle regole arbitrali UNCITRAL.

⁷¹³ In *Sumukan Ltd v. Commonwealth Secretariat* [2007] EWCA Civ 1148.

⁷¹⁴ *Tang and another v. Grant Thornton International Ltd and others*, (38) 38 [2012] EWHC 3198 (Ch).

⁷¹⁵ *LG Caltex Gas Co Ltd v. China National Petroleum Corp* [2001] 1 WLR 1892; [2001] 4 All ER 875; [2001] 2 All ER (Comm) 97; [2001] BLR 325; 6 June 2001 Times Law Rep; (2001) CLC 1392 – CA.

⁷¹⁶ AA 1996, ss. 67(1), 70(2).

⁷¹⁷ Cfr. *EAA* 1996, *Section 67(1)(a)* e *Section 67(1)(b)*.

se un tribunale arbitrale abbia *effettivamente affrontato* la questione della propria *substantive jurisdiction*, dovendosi accertare se la questione sia stata espressamente sollevata da una delle parti ed effettivamente sottoposta alla cognizione del tribunale⁷¹⁸ e se la decisione del tribunale direttamente investa, quantomeno sotto il profilo sostanziale se non formale, quella questione⁷¹⁹.

Considerando la *ratio* della norma di cui all'art. 73, par. 2, EAA, è senz'altro da preferire l'interpretazione che collega la decadenza dal potere di contestare successivamente la *potestas iudicandi* dell'arbitro (e dunque dalla possibilità di invocare un motivo che sia stato oggetto di una pronuncia arbitrale), sia a lodi emessi solo su quella questione, sia a lodi che investano anche il merito della lite.

Allo stesso esito si dovrebbe pervenire, secondo taluno, non tanto sulla base di una lettura *estensiva* del disposto di cui alla *Section 73*, par. 2, EAA, quanto, piuttosto, attraverso l'applicazione di un principio generale della *common law*, ai sensi del quale non è consentito opporsi all'esecuzione di un lodo in base ad un motivo che si sarebbe potuto invocare al momento della sua pronuncia⁷²⁰. Principio che, a ben vedere, potrebbe essere invocato per far fronte ad un'ulteriore lacuna che caratterizza la *Section 73*, par. 2, EAA (oltre a quella relativa alla questione se la *Section 73*, par. 2, EAA sia eventualmente applicabile anche al caso di una persona *alleged to be a party to arbitral proceedings, but who takes no part in the proceedings*⁷²¹), relativa all'ipotesi in cui, pur a fronte di un'eccezione tempestivamente sollevata dalla parte (o comunque ammessa dal tribunale arbitrale), il tribunale non abbia deciso su di essa nel lodo sul merito (per pura e semplice omissione e/o dimenticanza da parte del tribunale o in conseguenza del fatto che le parti, tramite accordo, abbiano escluso il potere degli arbitri di giudicare sulla propria *potestas iudicandi*). Rientrando tale ipotesi tra quelle di pronuncia *implicita* sulla *substantive jurisdiction* assieme al merito (risultando come tale impugnabile ai sensi della *Section 67* EAA per motivi attinenti proprio alla *jurisdiction*), la mancata impugnazione ai sensi e nei termini di quest'ultima disposizione dovrebbe per ciò stes-

⁷¹⁸ *Michael Wilson and Partners Ltd v. Emmott* [2008] EWHC 2684 (Comm): "A party must explicitly raise a point as an issue of substantive jurisdiction. It cannot, for example, rely on a pleading on the merits that a contract is ultra vires as, in substance, a pleading that the arbitration agreement contained within it is not binding".

⁷¹⁹ *V. Networks Ltd v. Econet Wireless International Ltd* [2004] EWHC 2909 (Comm), par. 31.

⁷²⁰ *Scrimaglio v. Thornett & Febr* [1924] 18 LIL Rep. 148 (CA), *Termarea SRL v. Rederiaktbolaget Sally* [1979] 2 *Lloyd's Rep.* 439.

⁷²¹ Una possibile interpretazione dell'espressione "parte nel procedimento" è nel senso di ravvisarvi chiunque partecipi a un procedimento arbitrale, *quaestio facti* che non implica la risoluzione di alcuna questione giuridica quale la validità della convenzione o la valida instaurazione del procedimento arbitrale nei suoi confronti. Questo è stato l'approccio adottato in *Svenska Petroleum Exploration AB c. Lituania* [2005] 1 *Lloyd's Rep.* 515. V. per approfondimenti P. AEBERLI, *Jurisdictional Disputes under the Arbitration Act 1996: A Procedural RouteMap*, in 21 *Arb. Int'l* 2005, 253 ss.

so precludere alla parte, ai sensi dei principi della *common law*, la possibilità di contestare la *substantive jurisdiction* degli arbitri nei procedimenti di esecuzione del lodo.

Quanto alla seconda questione (relativa all'estensione e latitudine della cognizione del giudice statale in sede di impugnazione di una decisione arbitrale – anche o solo – sulla *substantive jurisdiction* dell'arbitro), la posizione di gran lunga prevalente in giurisprudenza, a partire dal *leading case* *Azov Shipping Co. v. Baltic Shipping Co.*⁷²², è nel senso che il giudice adito *ex Section 67 EAA* sarebbe legittimato a svolgere una “*full rehearing into the matter*”, ossia uno scrutinio con cognizione piena ed approfondita (*de novofull judicial review*) direttamente della questione della sussistenza o meno della *substantive jurisdiction* degli arbitri⁷²³ (in parziale contraddizione con il principio generale secondo cui un giudice non sarebbe legittimato a riconsiderare la decisione “sul merito” adottata dall'arbitro, per quanto in tal caso si tratti unicamente del “merito processuale”), senza limitarsi ad una mera revisione della decisione da questi adottata e o a un controllo della relativa correttezza e senza essere in alcun modo vincolato agli accertamenti in fatto e alle valutazioni in diritto compiuti dagli arbitri. Come statuito nel *Lord Saville's distinguished Departmental Advisory Committee Report* sulla proposta di legge dell'EAA (1996 *DAC Report*): “(...) [i]t is not as though the court is required to review a challenge to the arbitrator's award on jurisdiction through the eyes of the arbitrator or on his findings of fact (...). A challenge to jurisdiction may well involve questions of fact as well as questions on law”.

Al giudice dell'impugnazione è altresì riconosciuta la facoltà di acquisire nuove prove rispetto a quelle prodotte in arbitrato e, ove necessario, anche prove costituende (sebbene la produzione tardiva di prove potrebbe essere negativamente valutata in sede di determinazione ed allocazione dei costi della procedura⁷²⁴). In proposito, la disposizione di cui alla *Section 67 EAA* veniva ricostruita dal giudice Rix, nel caso *Azov Shipping Co. v. Baltic Shipping Co.*, nel senso di consentire all'attore: “(...) to present his case and challenge the opposing party's case on the question of jurisdiction with the full panoply of oral evidence and cross-examination so that, in effect, the challenge becomes a complete rehearing of all that has already occurred before the arbitrator”⁷²⁵; ciò perché, a fronte di contestazioni circa l'avvenuta stipulazione o meno di un patto arbitrale, il giudice statale richiesto di pronunciarsi ai sensi della *Section 67 EAA* non doveva essere posto in una situazione

⁷²² [1999] 1 *Lloyd's Rep* 68.

⁷²³ *Tajik Aluminium Plant v Hydro Aluminium AS* [2005] EWCA Civ 1218; *Czech Republic v. European Media Ventures SA* [2007] EWHC 2851 (Comm).

⁷²⁴ *Electrosteel Castings Ltd v. Scan Trans Shipping & Chartering Sdn Bhd* [2003] 1 *Lloyd's Rep*.

⁷²⁵ *Azov Shipping Co. v. Baltic Shipping Co.* [1999] 1 *Lloyd's Rep.* 68.

più sfavorevole rispetto all'arbitro, anche ove su tale questione quest'ultimo avesse già svolto una cognizione piena ed esaustiva. Dal canto suo, il giudice Coleman poneva l'accento sul carattere meramente "provvisorio" della determinazione dell'arbitro sulla propria *substantive jurisdiction*⁷²⁶, inidoneo a risultare: "(...) *conclusive between the parties*" e perciò necessariamente controbilanciato da poteri di cognizione piena ed integrale in capo al giudice dell'impugnazione (in virtù di una lettura necessariamente estensiva del *judicial review* contemplato dalla *Section 67 EAA*).

La medesima impostazione è stata adottata anche dalla *High Court* nel caso *Republic of Serbia v. Imagesat International NV*⁷²⁷, adita *ex Section 67 EAA*. In quel caso il tribunale arbitrale aveva ritenuto di avere la *potestas iudicandi* per decidere della questione relativa all'effettiva attribuzione ad un tribunale ICC, da parte della Serbia, del potere di decidere se essa (in quanto successore del *former State Union of Serbia and Montenegro*) fosse o meno parte di un accordo arbitrale. Secondo la *High Court* – sull'assunto che "(...) *arbitrator's determination [as to jurisdiction] can only be provisional*" – il giudice dell'impugnazione, ove adito per un *challenge* ai sensi della *Section 67 EAA*, avrebbe il potere di: "(...) *determine whether the arbitrator had jurisdiction and whether he was correct in deciding that he did*" e che la sua cognizione dovesse svolgersi: "(...) *without any preconception that the arbitrator made the right decision*".

Anche in altre decisioni di poco successive (tra cui *Habas Sinai ve Tibbi Gazlar Isthisal Endustri AS v. Cometal SAL*⁷²⁸ e *Norscot Rig Management PVT Ltd v. Essar Oilfields Services Ltd*⁷²⁹), la *High Court* ribadiva come fosse assolutamente pacifico che, nell'ambito di un'impugnazione *ex Section 67 EAA*, il giudice dell'impugnazione fosse legittimato a svolgere: "(...) *a rehearing of the arbitral tribunal's determination on jurisdiction*"⁷³⁰, ossia una *full review* della questione della *substantive jurisdiction* arbitrale.

Tuttavia, in relazione alla questione dell'ampiezza della cognizione del giudice dell'impugnazione nell'ambito di un giudizio *ex Section 67 EAA*, va tenuto presente, con particolare riferimento alle censure relative all'ambito di applicazione di un patto arbitrale, il principio sancito dalla *House of Lords* nel caso *Fiona Trust*, secondo il quale si deve presumere che le parti di un accordo arbitrale, in quanto

⁷²⁶ Ribadito anche dal 1996 *DAC Report*, secondo cui: "(...) *clearly the tribunal cannot be the final arbiter of a question of jurisdiction, for this would provide a classic case of pulling oneself up by one's own bootstraps*".

⁷²⁷ [2009] EWHC 2853 (Comm).

⁷²⁸ [2010] EWHC 29 (Comm).

⁷²⁹ [2010] EWHC 195 (Comm).

⁷³⁰ Così G. BORN, *Who is Most Competent? Some Comments on the Allocation of Jurisdictional Competence Under the English Arbitration Act 1996*, in *Kluwer Arb. Blog*, 12 aprile 2010.

rationale businessmen, abbiano inteso far decidere le dispute relative ad un determinato rapporto giuridico *in un unico foro*, salvo che la convenzione arbitrale contenga una formulazione espressa ed univoca nel senso della sottrazione di determinati *claims* o questioni alla cognizione dell'arbitro. Taluno ha rilevato come la posizione pressoché granitica della giurisprudenza nell'avallare un *full rehearing on the merits of the jurisdictional issue* da parte del giudice dell'impugnazione adito ai sensi della *Section 67 EAA*, senza alcuna deferenza riservata al lodo e al giudizio dell'arbitro, sarebbe in (quantomeno apparente) contrasto con non poche petizioni di principio relative all'arbitrato: quella secondo cui il giudice statale dovrebbe astenersi dal giudicare nel merito (seppur, in tal caso, solo "procedurale") delle decisioni arbitrali; quella secondo cui i lodi arbitrali sarebbero *final and binding* tra le parti, soggetti a scrutinii giudiziari limitati; quella secondo cui l'ordinamento inglese sarebbe caratterizzato da un approccio *arbitration-friendly* e da un'attitudine *pro-enforcement* dei lodi arbitrali⁷³¹. Più in generale, secondo Born: "(...) *the ability to require as of right a complete rehearing of jurisdictional issues (both fact and law) already determined by an arbitral tribunal, significantly undermines the cornerstones of the international arbitration regime, being procedural neutrality, judicial non-intervention, party autonomy, flexibility of procedures, and the finality and enforceability of arbitral awards*"⁷³².

Ad ogni modo, anche in relazione ad un'istanza della parte proposta ai sensi della *Section 67 EAA* è previsto che, mentre penda il giudizio su di essa, il tribunale arbitrale possa decidere di continuare il procedimento e financo di pronunciare il lodo arbitrale⁷³³.

Quanto all'esito di un giudizio promosso ai sensi della *Section 67 EAA*, il giudice dell'impugnazione può confermare il lodo, modificarlo (nel qual caso la modifica ha come effetto di divenire parte del lodo) o annullarlo in tutto o in parte (*Sections 67*, parr. 1 (a) e 3; 71, par. 2). Anche ove il lodo di cui si discute sia stato pronunciato "sul merito", il giudice può dichiararlo privo di effetti, in tutto o in parte, in ragione dell'assenza, in capo al tribunale arbitrale, della *substantive jurisdiction* (*Section 67*, par. 1 (b))⁷³⁴. Secondo la tesi che prevale in dottrina e giuri-

⁷³¹ G. BORN, *Who is Most Competent?*, cit.

⁷³² G. BORN, *Who is Most Competent?*, cit.

⁷³³ Le restrizioni sono volte ad evitare: "(...) *the possibility of challenges to the jurisdiction causing unnecessary delay*" (*DAC Report*, 196). A sostegno di tale obiettivo, la legge autorizza anche il tribunale arbitrale, a sua discrezione, a continuare il procedimento arbitrale e ad emettere un ulteriore lodo, mentre è contestualmente pendente un'impugnazione al giudice statale in relazione a un lodo sulla *jurisdiction*.

⁷³⁴ Per proporre appello avverso una decisione resa in sede di impugnazione del lodo sulla base della *Section 67 EAA* è in ogni caso richiesto (come accade anche per le decisioni rese dal giudice statale in base alle *Sections 18* e *32 EAA*) il *leave* del giudice statale di primo grado. La Corte

spudenza, una volta annullato il lodo, il tribunale arbitrale sarebbe legittimato a pronunciarne uno nuovo sulla base della precedente convenzione arbitrale, salvo che la decisione di annullamento non sia dipesa *proprio* dall'accertata invalidità di detta convenzione.

In linea di principio, non vi è una sostanziale differenza tra una decisione di annullamento di un lodo (resa a seguito di una censura di un lodo "(...) *as to its substantive jurisdiction*": Section 67, par. 1, lett. a) e par. 3) e un'ordinanza che dichiara un lodo privo di effetti, in tutto o in parte (resa in relazione ad un lodo "(...) *made by the tribunal on the merits*": Section 67, par. 1, lett. b)), dato che, in entrambi i casi, il tribunale arbitrale cessa di essere *functus officio* rispetto ai profili e alle questioni decise nel lodo (dichiarato) invalido, potendo l'arbitrato proseguire o venir "riesumato" secondo necessità⁷³⁵ (nel senso che un tribunale che avesse erroneamente dichiarato di essere privo di *substantive jurisdiction* potrebbe essere nuovamente investito della disputa – *will be seized of the reference*⁷³⁶, non dipendendo la riesumazione della *potestas iudicandi* arbitrale dal fatto che il lodo dichiarato invalido venga nuovamente sottoposto alla cognizione degli arbitri per una sua *reconsideration*).

Sotto un aspetto, tuttavia, i due rimedi sono diversi.

In relazione al primo, il giudice statale è legittimato, ove convinto che il tribunale arbitrale fosse sfornito di *substantive jurisdiction* ad emettere il lodo, a pronunciare una dichiarazione che risolva una volta per tutte la questione della sussistenza o meno, in capo all'arbitro, della *substantive jurisdiction*.

In relazione al secondo rimedio, invece, il giudice statale non dispone del potere di pronunciare una simile dichiarazione, potendo unicamente rimuovere il lodo arbitrale: ciò che lascerebbe irrisolta la questione della spettanza o meno, in capo all'arbitro, della *substantive jurisdiction*.

È difficile credere che fosse intenzione espressa del Parlamento avallare questo stato di incertezza nel caso di annullamento di un lodo per ragioni relative alla *substantive jurisdiction* arbitrale, in particolare in tutti quei casi in cui il motivo di detto annullamento consiste nell'accertamento, da parte del giudice statale, della mancanza della *substantive jurisdiction* in capo all'arbitro. Eppure, se così non fosse, non si comprende il motivo per cui il giudice statale non sia stato legittimato,

d'appello non può procedere con il riesame se il giudice di primo grado si sia rifiutato di concedere il *leave to appeal*, salvo che ravvisi condotte illegittime o irregolari (come quando il rigetto della richiesta di concessione del *leave* non sia motivato). Nel caso *Republic of Kazakhstan v. Istil Group Inc.* [2005] EWCA Civ 1468, la discrezionalità del decidente contemplata dalla Section 67 (4) è stata giudicata conforme alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. V. P. AEBERLI, *Jurisdictional Disputes under the Arbitration Act 1996*, cit., 253 ss.

⁷³⁵ *Hussman (Europe) Ltd v. Ahmed Pharam* [2003] EWCA (Civ) 266.

⁷³⁶ V. S. KRÖLL, *Recourse against Negative Decisions on Jurisdiction*, in 20 *Arb. Int'l*, 2004, 15 ss.

in relazione a tutte le istanze promosse in base alla *Section 67* EAA, a disporre dei rimedi di norma associati al suo potere di definire questioni e dispute attinenti alla *potestas iudicandi* dell'arbitro, in particolare *declarations* e *injunctions*: attribuendo, ad esempio, a ciascuna parte del giudizio arbitrale, il potere di contestare, dinanzi ad un giudice statale, un lodo sulla *substantive jurisdiction* o un lodo sul merito della lite, per ottenere – alla stregua di quanto disposto dalla *Section 72*, par. 1, EAA – una *declaration*, un'*injunction* o un altro rimedio appropriato, per risolvere le questioni se esista un valido patto arbitrale, se il tribunale arbitrale sia stato regolarmente costituito o quali questioni siano state sottoposte alla cognizione degli arbitri in conformità alla convenzione arbitrale.

Gli altri due rimedi contemplati dalla *Section 67* (modifica o conferma del lodo) non aiutano a risolvere tale situazione di incertezza. È ben possibile che il legislatore non abbia ritenuto necessario attribuire al giudice dell'impugnazione il potere di concedere un provvedimento dichiarativo o ingiuntivo, ritenendo che fosse sufficiente il *potere di modificare un lodo al fine di rendere effettive le proprie determinazioni sulla jurisdictional question*. Tuttavia, come opportunamente osservato in dottrina, il rimedio della modifica del lodo (peculiare del diritto arbitrale inglese) finisce per determinare una situazione di incertezza quanto alla spettanza, rispettivamente, al giudice statale o all'arbitro, della determinazione sulla *substantive jurisdiction* e quanto alle modalità con cui detta nuova determinazione debba essere adottata, dal momento che non vi è alcun meccanismo per la "riscrittura fisica" del lodo da parte dell'autorità giudiziaria per dare effetto alla modifica da quest'ultima apportata.

D'altra parte, quanto all'altro rimedio della *conferma del lodo*, non si comprende perché esso sia stato ritenuto necessario o, in ogni caso, ove ritenuto necessario, perché non sia stato altresì contemplato per il caso del rigetto di un'istanza volta a dichiarare un lodo sul merito privo di effetti.

Invero, se il rigetto dell'istanza è stato ritenuto, in quest'ultimo caso, sufficiente a determinare una (implicita o indiretta) conferma del lodo, non si capisce perché non sia stato ritenuto parimenti sufficiente nel primo caso. A sua volta, il rimedio della conferma del lodo da parte del giudice statale non è esente dai medesimi problemi di inquadramento teorico e pratico-applicativi già visti a proposito del rimedio della modifica del lodo: ci si chiede, ad esempio, se, in caso di riconoscimento del lodo all'estero, oggetto di riconoscimento sarà il lodo arbitrale o la decisione giudiziale che l'abbia confermato, in particolare in tutti quei casi in cui il giudice statale concordi bensì con la conclusione del tribunale arbitrale circa la sussistenza in capo allo stesso della *substantive jurisdiction*, ma in base a motivi diversi da quelli individuati dal tribunale⁷³⁷.

⁷³⁷ V. App. Firenze 1° dicembre 1980, *Nidera Handelscompagnie BV v. Moretti Cereali SpA*, in *Y.B. Comm. Arb.* X1985, 450 ss.

26.4. *L'indagine giudiziale sulla substantive jurisdiction arbitrale in sede di esecuzione dei lodi, ai sensi della Section 66 e delle Sections 100 ss. EAA*

Ancora, un'ulteriore "finestra" attraverso cui il giudice statale può confrontarsi con la questione della *substantive jurisdiction* dell'arbitro è la fattispecie di cui alla *Section 66 EAA*⁷³⁸, che disciplina l'esecuzione dei lodi domestici. In via preliminare va osservato che, secondo la *Section 58 EAA*, salvo che le parti abbiano pattuito altrimenti, un lodo pronunciato dal tribunale arbitrale in conformità ad una convenzione arbitrale è *final and binding*, sia per le parti, sia per ogni altro soggetto "*claiming through or under them [ossia] assignees and insurers exercising rights of subrogation*", senza tuttavia che ciò pregiudichi il diritto di una parte di contestare il lodo attraverso tutte le procedure di appello o revisione potenzialmente azionabili o "*in accordance with the provisions of this Part*".

Ove non sussistano fondate o plausibili ragioni invocabili per contestare la validità del lodo, la parte vittoriosa in arbitrato procederà senz'altro e senza indugio alla sua esecuzione ai sensi della *Section 66 EAA*, al pari di quanto avverrebbe in relazione ad una decisione giudiziale: una volta ottenuto il *leave to enforce an award* dal giudice competente: "(...) *judgment may be entered in terms of the award*".

Sempre in base alla *Section 66 EAA*, la parte soccombente in arbitrato può opporsi alla concessione del *leave for enforcement* – strumentale alla possibilità che il lodo venga eseguito nell'ordinamento inglese alla stregua di una sentenza o di un ordine del giudice che abbia pari effetto⁷³⁹ –, dimostrando che l'arbitro era sfornito di *substantive jurisdiction* per pronunciare il lodo, salvo che tale eccezione non sia definitivamente preclusa, rispettivamente, per non essere stata sollevata tempestivamente durante il giudizio arbitrale, secondo quanto prescritto dalla *Section 73 EAA*⁷⁴⁰ (a meno che la parte resistente non abbia preso parte – *attiva* – al giudizio arbitrale⁷⁴¹); oppure perché su di essa si sia già pronunciato il giudice statale nell'ambito di un giudizio promosso ai sensi della *Section 32 EAA*; oppure, ancora, perché siano già decorsi i termini per impugnare il lodo con i rimedi contemplati, rispettivamente, da accordi intercorsi tra le parti, oppure dalla legge⁷⁴².

⁷³⁸ Su cui v. A. SHEPPARD, *English Arbitration Act (Chapter 23), Part I, Powers of the Court in Relation to Award, Section 66 [Enforcement of the award]* in L. MISTELIS (ed.), *Concise International Arbitration*, Kluwer Law Int. 2015, 816 ss.

⁷³⁹ V. la *Section 66*, par. 2, EAA, secondo la quale: "*Where leave is so given, judgment may be entered in terms of the award*".

⁷⁴⁰ *Zestafoni G Nikoladze Ferroalloy Plant v Ronly Holdings Ltd*, [2004] EWHC 245 (Comm).

⁷⁴¹ Sebbene non sia del tutto pacifico se tale esenzione valga anche per la parte che, pur non prendendo parte al giudizio arbitrale, fosse tuttavia consapevole della pendenza del giudizio e dell'avvenuta pronuncia di un lodo affermativo della *jurisdiction* del tribunale.

⁷⁴² V. *Broda Agro Trade (Cyprus) Ltd v. Alfred C Toepfer International GmbH* [2010] EWCA Civ 1100.

Dal fatto che l'espressione utilizzata dalla disposizione per indicare la mancanza di *potestas iudicandi* in capo all'arbitro (*substantive jurisdiction*) è la medesima utilizzata anche da altre *Sections* dell'EAA (si vedano, ad esempio, le *Sections* 30, 31, 32 e 67), discende che le censure che la parte è legittimata a sollevare per opporsi all'esecuzione del lodo sono le medesime deducibili ai sensi di quelle *Sections* (che si è già avuto modo di illustrare in precedenza)⁷⁴³.

Per quanto riguarda l'esecuzione, nell'ordinamento inglese, di lodi arbitrari "stranieri" (in quanto pronunciati all'estero), il par. 4 della *Section* 66 EAA statuisce espressamente che nulla, in quella *Section*, pregiudica il riconoscimento o l'esecuzione di un lodo ai sensi di qualsiasi altra legge o norma di legge, tra cui, in particolare, le disposizioni della Parte II dell'*Arbitration Act* del 1950 (concernente l'esecuzione dei lodi ai sensi della Convenzione di Ginevra) o della Parte III dell'EAA (le *Sections* 100 ss.) relative al riconoscimento e all'esecuzione dei lodi ai sensi della Convenzione di New York o mediante un'azione sul lodo.

Al di là del profilo attinente ai motivi di rifiuto del riconoscimento di un lodo estero collegati alla *substantive jurisdiction* dell'arbitro, rileva in particolare, in questa sede, la ricostruzione che la giurisprudenza maggioritaria ha fatto dei poteri di cognizione del giudice inglese, ogniqualvolta sia chiamato, nell'ambito di un giudizio volto all'esecuzione di un lodo, a confrontarsi con la questione della sussistenza o meno della *potestas iudicandi* arbitrale. Al pari di quanto già visto a proposito dei poteri cognitori del giudice dell'impugnazione adito ai sensi della *Section* 67 EAA, anche con riferimento a quelli esercitabili nell'ambito di un'opposizione al(riconoscimento e al)l'esecuzione di un lodo (sia domestico che estero), la giurisprudenza più recente ha statuito che al giudice statale compete una *full rehearing of the facts in contention*, non, invece, una mera revisione della correttezza dell'operato e del giudizio degli arbitri.

In particolare, nel caso *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co. v. Ministry of Religious Affairs of the Government of Pakistan*⁷⁴⁴, la Corte Suprema inglese rigettava l'allegazione di *Dallah*, secondo cui alla decisione dell'arbitro sulla propria *substantive jurisdiction* avrebbe dovuto essere attribuita una *strong evidential force* in sede di riconoscimento ed esecuzione del lodo nel Regno Unito. Dopo aver richiamato le decisioni *Al-Naimi*⁷⁴⁵ e *Albon*⁷⁴⁶, statuiva che la determinazione del-

⁷⁴³ Nel caso in cui un lodo venga impugnato, contemporaneamente, per difetto di *substantive jurisdiction*, gravi irregolarità o per ottenere un riesame su un punto di diritto inglese ai sensi delle *Sections*. 67-69 EAA, la Corte può riunire il ricorso ai sensi dell'art. 66.

⁷⁴⁴ [2010] UKSC 46 (SC), [2011] 1 AC 763 (SC).

⁷⁴⁵ *Al-Naimi (t/a Buildmaster Construction Services) v Islamic Press Agency* [2000] 1 *Lloyd's Rep* 522 (CA).

⁷⁴⁶ *Albon (t/a NA Carriage Co) v. Naza Motor Trading Sdn Bhd* (No 4) [2007] EWCA Civ 1124, [2008] 1 *Lloyd's Rep* 1.

l'arbitro sulla propria *potestas iudicandi* rappresentava unicamente un primo passo per la risoluzione della questione, non impedendo il principio *Kompetenz Kompetenz* (inteso nella sua accezione positiva) una riconsiderazione completa, autonoma ed indipendente, da parte del giudice statale, delle valutazioni compiute dal tribunale arbitrale. La Corte Suprema invocava, come appiglio normativo, sia le disposizioni dell'EAA, sia l'art. V, par. 1, let. a) della Convenzione di New York. Nessuna di queste disposizioni, secondo la Corte: "(...) *hints at any restriction on the nature of the exercise open to the person resisting enforcement or to the court asked to enforce an award when the validity (sc. existence) of an arbitration agreement is at issue*"; anche perché, come ribadito sia dalla Corte d'Appello che dalla Corte Suprema, dal punto di vista dell'ordinamento inglese, non sussiste alcun obbligo, in capo alla parte che intenda opporsi all'esecuzione di un lodo nell'ordinamento inglese, di contestarlo preventivamente dinanzi al giudice della sede.

È alla luce di queste premesse che, secondo la Corte, un giudice statale, investito di un'istanza di esecuzione di un lodo e a fronte dell'opposizione di una parte che afferma di non essere vincolata dalla convenzione arbitrale: "(...) *must conduct its own investigation*". La decisione del tribunale arbitrale sulla propria *substantive jurisdiction* potrebbe tutt'al più fungere da supporto e puntello per il riesame condotto (tuttavia in piena autonomia e libertà) sulla convenzione arbitrale da parte dell'autorità giudiziaria, nonché per invertire l'onere della prova a carico della parte che contesti il lodo, che dovrà dimostrarne la fallacia.

26.5. *L'indagine giudiziale sulla substantive jurisdiction arbitrale nell'ambito di un giudizio ex Section 72 EAA (tutela dei diritti del soggetto che non abbia preso parte al procedimento arbitrale)*

Un'altra fattispecie in cui il giudice statale può essere chiamato a confrontarsi con la questione della *substantive jurisdiction* dell'arbitro è quella, disciplinata dalla *Section 72 EAA*, di un'istanza presentata da un soggetto che, pur se coinvolto in un giudizio arbitrale in quanto asseritamente parte dello stesso⁷⁴⁷, *non intenda parteciparvi, né vi abbia preso parte*, contestando l'esistenza di un valido patto arbitrale⁷⁴⁸ o la riferibilità della disputa dedotta in arbitrato al suo ambito di applicazione, o la regolare costituzione del tribunale arbitrale.

L'azione *ex Section 72* mira ad ottenere, alternativamente, un accertamento

⁷⁴⁷ Come si evince dalla formulazione della norma, che statuisce, al par. 1): "*A person alleged to be a party to arbitral proceedings*".

⁷⁴⁸ Secondo P. AEBERLI, *Jurisdictional Disputes under the Arbitration Act 1996*, cit., 253 ss., uno dei casi in cui sarebbe opportuno che il soggetto si ritirasse dal procedimento arbitrale e adisse immediatamente il giudice statale ai sensi della *Section 72 EAA* sarebbe quello in cui sia controversa l'esistenza stessa della convenzione arbitrale, per cui si renda necessaria un'istruttoria.

giudiziale della questione (“*declaration*”), un’ordinanza volta a paralizzare la prosecuzione della procedura arbitrale (“*injunction*”) o un altro rimedio analogo, salva sempre la facoltà del terzo – al pari delle parti che abbiano effettivamente preso parte al giudizio – di impugnare il lodo, ai sensi, rispettivamente, della *Section 67* (facendo in tal caso valere la carenza di *substantive jurisdiction* dell’arbitro nei suoi confronti, onde censurare un lodo ad esso sfavorevole sulla *substantive jurisdiction* o sul merito – o su entrambi –, senza che per esso sussista alcun obbligo, ai sensi della *Section 70*, par. 2, di previo esperimento di qualsivoglia meccanismo di appello o revisione di un lodo che abbia pronunciato sulla *substantive jurisdiction*⁷⁴⁹) o della *Section 68* (facendo valere, in tal caso, la sussistenza di *serious irregularities* pregiudizievoli per la sua posizione).

L’istituto in questione non fa che estendere, ai soggetti *che non abbiano preso parte al procedimento arbitrale* (e dunque, a tutti gli effetti, *terzi*), un rimedio tipico della tradizione di *common law*, consistente nella possibilità di contestare, dinanzi al giudice statale, la *substantive jurisdiction* di un tribunale arbitrale⁷⁵⁰; estensione che non si verificherebbe ove quei soggetti ponessero in essere atti finalizzati ad indurre il tribunale ad esercitare (in qualsivoglia modo) il suo potere (tra cui quello di decidere sulla propria *substantive jurisdiction*)⁷⁵¹, anche se espressamente subordinati al rigetto di una eccezione di carenza di *jurisdiction* ritualmente e tempestivamente sollevata⁷⁵². Risiedendo la *ratio* dell’istituto nell’intenzione di evitare che soggetti che (fondatamente) contestano l’autorità del tribunale arbitrale nei loro confronti siano costretti a prendere parte al giudizio arbitrale⁷⁵³, la procedibilità dell’azione non è soggetta ad un preliminare deferimento della questione alla cognizione del tribunale arbitrale.

Il giudice statale adito, ove concluda (anche sulla base di prove esclusivamente orali e, in generale, in base a un esame sommario del patto arbitrale) che il tribunale arbitrale sia sfornito di *jurisdiction*, renderà una decisione dichiarativa o concederà l’*injunction* richieste, con decisione bensì soggetta ad appello, ma, ove di-

⁷⁴⁹ Questa protezione per un soggetto “non-parte” era considerata una disposizione vitale dal *DAC Report I* (v. par. 295), alla luce anche delle esperienze negative vissute da altre giurisdizioni. Nell’EAA è una *overriding mandatory provision*.

⁷⁵⁰ Come discusso in casi quali *Brown (Christopher) Ltd v. Genossenschaft and others* [1954] 1 QB.

⁷⁵¹ *Vale de Rio Doce Navegação SA v. Shanghai Bao Steel Ocean Shipping Co. Ltd* [2000] 2 *Lloyd’s Rep.*

⁷⁵² V. *Caparo Group Ltd v. Fagor Arrasate Sociedad Cooperativa* [2000] ADRLJ 254.

⁷⁵³ Per questo nel caso *Law Debenture Trust Corp PLC v. Elektrim Finance BV* [2005] EWHC 1412 (ch), il giudice statale ha rigettato un’istanza volta a sospendere un procedimento instaurato ex *Section 72 EAA* in favore di un arbitrato pendente, in ragione del fatto che il tribunale arbitrale avrebbe dovuto preventivamente pronunciarsi sulla questione della sussistenza o meno della propria *substantive jurisdiction*.

venuta definitiva: “(...) *final and conclusive between the parties in any subsequent action or arbitration in England and Wales under the doctrine of res iudicata*”⁷⁵⁴.

In ogni caso, trattandosi di *equitable remedies* (ossia di rimedi che originano nella giurisdizione di *equity*, e non in quello di *common law*), devono essere chiesti *tempestivamente*, potendo essere rifiutati, indipendentemente dal merito del ricorso, *per ritardo*⁷⁵⁵, lasciando così che sia il tribunale arbitrale a decidere sulla questione della propria *jurisdiction*. Il giudice adito può anche emettere un’*injunction* provvisoria, su istanza del soggetto ricorrente, volta ad arrestare il giudizio arbitrale (proseguito dal tribunale) in attesa di una statuizione sull’eccezione di carenza di *substantive jurisdiction* ai sensi della *Section 72*, par. 1⁷⁵⁶, onde evitare che il tribunale si pronunci sul merito, con decisione potenzialmente pregiudizievole per il soggetto non partecipante (che potrebbe essere confermata dal giudice statale in sede di esecuzione), prima che sia chiarita la questione della *substantive jurisdiction*.

Ove il terzo non utilizzi lo strumento di cui alla *Section 72*, par. 1, oppure la sua istanza venga rigettata per ragioni meramente procedurali (ad esempio, per ritardo), senza alcuna valutazione sul merito della stessa⁷⁵⁷, ha comunque facoltà di contestare il lodo – al pari delle “vere” parti del procedimento – in un momento successivo, ai sensi della *Section 67* EAA, per motivi attinenti alla *substantive jurisdiction*, oppure per far valere gravi irregolarità ai sensi della *Section 68* EAA; con la già vista differenza, rispetto alle parti, di non essere soggetto all’obbligo, ai sensi della *Section 70*, par. 2, di previo esperimento di qualsivoglia meccanismo di appello o revisione di un lodo che abbia pronunciato sulla *substantive jurisdiction*.

26.6. *L’istituto dell’anti-suit (o anti-arbitration) injunction come rimedio ai conflitti di potestas iudicandi tra arbitrato e giurisdizione statale*

In tema di interferenze giudiziali sulle procedure arbitrali, con particolare riferimento a quelle originate da controversie circa l’allocazione della *potestas iudicandi* tra arbitri e giudici statali, non si può non menzionare l’istituto (peculiare dell’ordinamento anglosassone, sebbene non manchino recenti esempi anche in alcuni paesi di *civil law*⁷⁵⁸) dell’*anti-suit* o *anti-arbitration injunction*, ossia un’ordinanza con cui il giudice inglese, su istanza di parte e sull’assunto, rispettivamente, dell’*esistenza* di un patto arbitrale valido ed efficace per un arbitrato da svolger-

⁷⁵⁴ V., in proposito, *Fidelitas Shipping Co. Ltd v. V/O Exportchleb* [1965] 1 *Lloyd’s Rep.* 222 at 229, 300.

⁷⁵⁵ V. *Zaporozhye Production etc. Society v. Ashly Ltd* [2002] EWHC 1410.

⁷⁵⁶ V. *Zaporozhye Production etc. Society v. Ashly Ltd* [2002] EWHC 1410.

⁷⁵⁷ V. *Zaporozhye Production etc. Society v. Ashly Ltd* [2002] EWHC 1410.

⁷⁵⁸ Tra cui Svezia, Svizzera e Francia.

si nell'ordinamento inglese⁷⁵⁹ (o anche solo governato dalla legge inglese⁷⁶⁰) o, viceversa, della *non esistenza* di un patto arbitrale valido ed efficace per un arbitrato da svolgersi all'estero, ingiunge ad una parte (in vari stadi del procedimento, sia esso un processo di cognizione nel merito, un giudizio di annullamento di un lodo o un processo di esecuzione) di *non iniziare* (*injunction* "preventiva"⁷⁶¹, mirante ad evitare il sorgere di una situazione di litispendenza) o di *non proseguire*, alternativamente, un giudizio statale o un giudizio arbitrale all'estero⁷⁶², salvo che si dimostri la sussistenza di fondate ragioni per cui quel provvedimento non dovrebbe essere concesso (tra cui, ad esempio, lo stadio avanzato del giudizio straniero)⁷⁶³. Un'*anti-suit injunction* può essere richiesta prima o dopo una domanda di sospensione del procedimento dinanzi al giudice straniero.

L'inottemperanza della parte destinataria di un'*injunction* può essere punita severamente (si rischia financo l'arresto), in quanto integrante un oltraggio alla corte (*contempt of court*). Affondando le sue radici nella giurisdizione di *equity*, l'*injunction* opera *in personam* e non *in rem*⁷⁶⁴ ed è rivolta alle parti e

⁷⁵⁹ [2003] EWHC 3155; [2004] 1 *Lloyd's Rep.* 206, 214; P. LALIVE, *On the transfer of Seat in International Arbitration*, in J.A.R. NAFZIGER, S. SYMEONIDES, *Law and Justice in a Multistate World. Essays in Honour of Arthur T. von Mehren*, Ardsley, New York, 2002, 515.

⁷⁶⁰ A seguito della decisione del 2013 della Corte suprema nel caso *Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant JSC v AES Ust-Kamenogorsk Plant LLP* [2013] UKSC 35, tuttavia, si è creata incertezza sul tema se e in che misura la legge che disciplina l'accordo arbitrale sia rilevante per l'esercizio del giudice nel concedere tale rimedio. In *Enka Insaat Ve Sanayi A.S. v. OOO "Insurance Company Chubb" and others* [2020] EWCA Civ 574, la Corte d'appello ha precisato che i giudici inglesi eserciteranno la loro "curial jurisdiction" per la concessione di *anti-suit injunctions* fondate sulla scelta delle parti di Londra come sede dell'arbitrato, indipendentemente dalla legge che regola l'accordo arbitrale.

⁷⁶¹ Riconosciuta, come tale, dall'ordinamento inglese, ma sconosciuta a quello americano: v. T.C. HARTLEY, *Comity and the use of antisuit injunctions in international litigation*, in *Am. J. Comp. Law*, Vol. 35, Issue 3, 1987, 496 ss.

⁷⁶² J. LEW, *Control of Jurisdiction by Injunctions Issued by National Courts*, in A. VAN DEN BERG (ed.), *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series, Volume 13, Kluwer Law International 2007, 185 ss.

⁷⁶³ V. *Continental Bank NA v. Aeakos Compania Naviera SA* [1994] 1 *Lloyd's Rep.* 505. V. L. COLLINS, A.V. DICEY, J.H.C. MORRIS *The Conflict of Laws*, Oxford 1993, 408 ss.

⁷⁶⁴ L'origine dell'*antisuit injunction* è infatti riconducibile al sorgere della "giurisdizione" di *equity* e alla battaglia che quest'ultima ha intrapreso con le corti di *common law*. Una delle caratteristiche dei provvedimenti d'*equity*, oltre al loro carattere discrezionale, è sempre stata quella di avere unicamente effetti *in personam*. Il Cancelliere agiva mediante ordini e ingiunzioni rivolti al convenuto: egli comandava o vietava a costui il compimento di determinati atti e gli imponeva, nell'interesse della "salvezza della sua anima" (il cancelliere, in origine, era un ecclesiastico) di comportarsi secondo le leggi della morale o della coscienza. Nel caso di disobbedienza il convenuto rischiava la prigione o il sequestro dei beni. Il cancelliere interveniva solo laddove fosse in grado di minacciare efficacemente il convenuto di queste sanzioni. Il prototipo della moderna *antisuit injunction* era la cosiddetta *common injunction*: tale rimedio, sviluppatosi nel corso del XVmo secolo,

non, invece, direttamente al giudice straniero⁷⁶⁵.

A legittimare la pronuncia di detta *injunction* sarebbe l'*inherent power* del giudice inglese di incidere su situazioni giuridiche soggettive, patrimoniali e non, di coloro che risultano: "(...) *subject to English jurisdiction*". In altri termini, affinché le sanzioni conseguenti all'inottemperanza ad una tale *injunction* possano svolgere una qualche efficacia deterrente e, in concreto, venire attuate, è necessario che il destinatario del provvedimento o i suoi beni siano soggetti, o in qualche modo riconducibili, alla giurisdizione inglese⁷⁶⁶.

L'incidenza, per quanto indiretta, di un tale istituto sulla *potestas iudicandi* del giudice straniero si ravvisa in ciò, che una decisione straniera che si ponesse in conflitto con un'*antisuit injunction* non sarebbe riconosciuta, né eseguita nell'ordinamento inglese⁷⁶⁷.

Proprio questa innegabile interferenza con l'esercizio del potere giurisdizionale straniero spiega l'iniziale riluttanza delle corti inglesi a fare ricorso allo strumento dell'*anti-suit injunction*⁷⁶⁸. Tuttavia, a partire dal caso *The Angelic Grace*⁷⁶⁹, è venuta meno l'enfasi sulla *comity* e sulla necessità di non interferire con l'esercizio della giurisdizione da parte di autorità straniera, per porre l'accento, piuttosto, sulla necessità di tutelare la scelta delle parti in favore del giudice inglese o di un arbitrato in Inghilterra. La svolta operata in *The Angelic Grace* è stata ribadita anche da numerose decisioni successive⁷⁷⁰.

veniva concesso dal Cancelliere per impedire ad una parte di proporre un'azione (*not to bring an action*) dinanzi alle corti di *common law* in situazioni in cui ciò fosse considerato contrario alla *good conscience*. A differenza del *common law writ of prohibition*, l'*equitable injunction* non era diretto – come detto – alla corte di *common law*, ma all'attore personalmente, anche se la sua concessione causò sempre molti conflitti con le corti di *common law*. Se in origine un tale mezzo era utilizzato esclusivamente nei confronti di parti di un procedimento inglese, successivamente venne impiegato anche quando i procedimenti coinvolti avessero luogo in Scozia, Irlanda, nelle colonie britanniche e, infine, in un paese non rientrante nel *Commonwealth*. Per riferimenti v. R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova 1994, 300.

⁷⁶⁵ Per riferimenti P. AEBERLI, *Jurisdictional Disputes under the Arbitration Act 1996*, cit., 253 ss.

⁷⁶⁶ W. HAU, *Positive Kompetenzkonflikte im Internationalen Zivilprozessrecht*, Berna 1996, 190 ss.; *AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP v. Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant JSC* [2011] EWCA Civ 647; *Philip Alexander Securities and Futures Ltd v. Bamberger* [1997] ILPr 73.

⁷⁶⁷ V. *Philip Alexander Securities and Futures Ltd v. Bamberger* [1997] ILPr 73 at 115 (CA); E. GAILLARD, "Il est interdit d'interdire: réflexions sur l'utilisation des anti-suit injunctions dans l'arbitrage commercial international", in *Rev. arb.* 2004, 1, 47 ss.

⁷⁶⁸ V. *World Pride Shipping Ltd. v. Daiichi Chuo Kaisen Kaisha (The Golden Anne)* [1984] 2 Lloyd's Rep. 489; *Gorthon Invest AB v Ford Motor Co.*, [1976] 2 Lloyd's Rep. 720.

⁷⁶⁹ *Aggeliki Charis Compania Maritima S.A. v. Pagnan S.p.A. (The Angelic Grace)* [1995] 1 Lloyd's Rep 87.

⁷⁷⁰ V. anche *Shell v. Coral Oil*, [1999] 1 Lloyd's Rep. 73; *Bankers Trust v. Jakarta*, [1999] 1 Lloyd's Rep. 911.

Sebbene non vi sia, nella legge arbitrale inglese, alcuna norma espressa che conferisca ai giudici statali il potere di emettere *injunctions* per tutelare e puntellare la *jurisdiction* dei tribunali arbitrali, nessuno ha mai messo in dubbio l'*inherent jurisdiction* dei giudici inglesi di pronunciare⁷⁷¹, come di recente ribadito dalla Corte d'Appello nel caso *Enka v. Chubb*⁷⁷².

Se tale prerogativa giudiziale non trova ostacoli ogniqualvolta il giudizio, il cui inizio o la cui prosecuzione debbano essere impediti, debba svolgersi o si svolga dinanzi ad un giudice *extra-UE*⁷⁷³, nel caso di giudizi pendenti (attualmente o in prospettiva) dinanzi ad un giudice UE un'*anti-suit injunction* entra in collisione con i principi e le regole che governano il sistema giudiziario europeo, *in primis* con le previsioni del Regolamento Bruxelles I *bis* (e, prima ancora, con quelle del Regolamento Bruxelles I) e con i principi *Kompetenz Kompetenz* e del *mutual trust* ad esse sottesi, come statuito dalla Corte di Giustizia nel celebre caso *West Tankers*⁷⁷⁴. A detta incompatibilità farebbe eccezione un'*anti-suit injunction* emessa bensì per paralizzare un'azione pendente dinanzi ad un giudice UE (in ragione dell'esistenza di un – valido – patto arbitrale), ma non da un giudice statale inglese, quanto, piuttosto, da un tribunale arbitrale: ciò perché l'*injunction* risulterebbe in tal caso *estranea* all'ambito di applicazione del Regolamento, in quanto emessa da un organo non riconducibile alla figura di "giudice di uno Stato membro"; e in quanto soggetta alle previsioni della Convenzione di New York e, in ultima analisi, alle regole vigenti in ogni singola giurisdizione.

Per quanto riguarda i requisiti per la concessione di un'*anti-suit injunction*, la dottrina e giurisprudenza inglesi prevalenti⁷⁷⁵ paiono aver fatto propria una distinzione elaborata a suo tempo da Lord Diplock nel caso *Laker Airways v. Sabeena, Belgian World Airlines*⁷⁷⁶, tra *normal grounds* – applicabili quando vi siano due o più *appropriate fora* (di cui uno quello inglese) – e *special grounds* –, applicabili *anche* quando il foro straniero risulti essere l'unico dinanzi al quale l'azione possa essere proposta.

Quanto ai *normal grounds*, se per lungo tempo vi è stata la tendenza a considerare equivalenti i presupposti del *forum non conveniens* e quelli dell'*antisuit in-*

⁷⁷¹ Ai sensi della *Section 37* del *Senior Courts Act 1981*.

⁷⁷² *Enka Insaat Ve Sanavi A.S. v. OOO "Insurance Company Chubb" and others* [2020] EWCA Civ 574.

⁷⁷³ *Aggeliki Charis Compania Maritima S.A. v. Pagnan S.p.A. (The Angelic Grace)* [1995] 1 *Lloyd's Rep* 87.

⁷⁷⁴ *Allianz SpA (formerly Riunione Adriatica di Sicurtà SpA) v. West Tankers Inc.* (Case C-185/07) [2009] AC 1138.

⁷⁷⁵ M.A. LUPOI, *Ultime notizie dalla House of Lords (novità nel diritto internazionale processuale inglese)*, cit., 878, nt. 62.

⁷⁷⁶ Caso 31, F. 2, 909, 926 f (D. C. Cir. 1984).

junction, di talché, dimostrato dal convenuto all'estero che l'Inghilterra fosse il foro più appropriato, il giudice inglese procedeva senz'altro alla pronuncia di un'*injunction*, salvo che ciò implicasse, per l'attore nel giudizio straniero, la perdita di un legittimo vantaggio (senza tuttavia, in tale ottica, che una mera situazione di litispendenza fosse considerata decisiva per la pronuncia di detto provvedimento), a partire soprattutto dalla celebre decisione resa nel caso *Spiliada* (che ha di fatto attribuito al giudice statale una quasi totale discrezionalità nel disporre lo *stay*) è andata radicandosi la convinzione che la ritenuta interscambiabilità tra i presupposti del *forum non conveniens* e quelli dell'*antisuit injunction* potesse rivelarsi rischiosa, avallando la concessione di un'*anti-suit injunction* semplicemente in base alla conclusione che l'Inghilterra fosse il *clearly more appropriate forum* per decidere la controversia, senza alcuna considerazione o rispetto dei principi della *comity* internazionale. Non stupisce, quindi, che Lord Goff, in *SNI Aérospatiale v. Lee Kui Jak*⁷⁷⁷, distinguesse nettamente le *antisuit injunctions* dalla materia del *forum non conveniens*, richiedendo, per la pronuncia delle prime, l'accertamento del carattere *vexatious* e *oppressive* (dell'inizio o della prosecuzione) dell'azione all'estero⁷⁷⁸.

Si sono dunque via via affermate, come condizioni per la pronuncia di un'*antisuit injunction*, che: a) il foro straniero *non* sia il foro naturale nel senso precisato in *Spiliada* (risultando tale, invece, il foro inglese); b) la prosecuzione del processo straniero da parte dell'attore sia fonte di ingiustizia per il convenuto; c) essa non sottrarrà all'attore vantaggi nel foro straniero di cui sarebbe ingiusto privarlo.

Se lo stato di avanzamento del processo straniero e la tempestività dell'istanza di pronuncia di un'*antisuit injunction* hanno sempre avuto un certo peso nell'ambito della valutazione del giudice se concedere o meno il provvedimento richiesto, una mera situazione di litispendenza internazionale, la duplicazione delle spese, o l'eventualità di un conflitto fra giudicati non sono state mai ritenuti elementi sufficienti ad integrare il carattere vessatorio della prosecuzione di una causa all'estero (come di frequente ribadito da giurisprudenza costante).

⁷⁷⁷ Sentenza del 14 maggio 1987, in *App. cases*, 1987, 871.

⁷⁷⁸ Alla luce delle evoluzioni giurisprudenziali nel frattempo intervenute, non, invece, nel senso di un mero ritorno all'antico, v. *Queen's Bench Division*, 17 dicembre 1993, *The Eras Eli Actions*, in *Lloyd's law rep.*, 1995, 1, 64, in cui LORD JUSTICE POTTER afferma che per definire se un'azione sia vessatoria e oppressiva, vanno considerate l'ingiustizia causata al convenuto dalla non concessione dell'*injunction* e quella causata all'attore dalla sua concessione. Per M.E. WILSON, *Anti – suit injunctions*, in *Jour. bus. law* 1997, 427 ss.: “As to ‘oppression’, the English court weighs up injustice to the applicant if the injunction is not granted against injustice to the plaintiff in the foreign action if it is. Where that foreign action would offer some legitimate juridical advantage, the English court will not unjustly deprive a party of that (...) As to ‘vexation’, it clearly exists in its purest form where the foreign action cannot possibly succeed. It may also exist if the foreign action is, on the evidence, brought to aggravate or harass and, similarly, where it is brought as an attempt to re – litigate matters which are *res judicata*”.

Per quanto riguarda, invece, gli *special grounds* per la concessione di un'*antisuit injunction* quando il processo straniero sia l'unico *clearly more appropriate forum*, è andata cristallizzandosi una suddivisione in due distinte fattispecie: da un lato, l'*unconscionable conduct* di una parte, consistente nella proposizione o prosecuzione di un'azione all'estero⁷⁷⁹, risultante *oppressive* o *vexatious* per la controparte⁷⁸⁰; dall'altro, la violazione (o la temuta violazione), operata attraverso la proposizione o prosecuzione di un'azione all'estero, di un *legal or equitable right not to be sued* di una parte⁷⁸¹. Tale ultima fattispecie è di norma integrata quando le parti abbiano stipulato una clausola di proroga in favore della giurisdizione esclusiva del giudice inglese o una convenzione arbitrale *in favore di un tribunale arbitrale avente sede in Inghilterra*, ponendosi in tal caso l'*injunction* come strumento per l'*esecuzione in forma specifica* dell'obbligazione assunta dalle parti: "(...) *restraining either party, even though residents abroad, from instituting or maintaining proceedings abroad in breach of the arbitration clause*"⁷⁸². Anzi, per i giudici inglesi, la violazione di un contratto (ad effetti processuali), determinata dall'incardinamento di un giudizio all'estero, rappresenterebbe il caso *paradigmatico* per la concessione di un'*antisuit injunction*⁷⁸³.

Ciò detto, sebbene l'esistenza di una clausola (di proroga della giurisdizione in favore del giudice inglese o di una convenzione) arbitrale in favore di un tribunale con sede in Inghilterra rappresenti, dalla prospettiva del giudice inglese, un solido appiglio per la concessione di un'*injunction*⁷⁸⁴ (financo prima che la giurisdizione del foro straniero sia stata contestata o che il giudice straniero abbia avuto l'occasione di pronunciarsi sulla validità della clausola⁷⁸⁵) – a patto che la parte istante

⁷⁷⁹ V. *SNI Aerospaziale v. Lee Kui Jak*, [1987] A.C. 871; *South Carolina Insurance Co. v. Assurance NV*, [1987] A.C. 24. In *British Airways Board v. Laker Airways Ltd.* (1985, AC 58), LORD JUSTICE DIPLOCK qualificava come *unconscionable conduct*: "(...) *the bringing of an action against a person who has a right not to be sued because a defence, such as estoppel in pais, promissory estoppel, election, waiver, standing by and laches, is available to him under English law*".

⁷⁸⁰ V. *Castanho v. Brown Root*, [1981] A.C. 557; *Tonicstar Ltd. v. American Home Assurance Co.*, [2004] EWHC 1234.

⁷⁸¹ V. *South Carolina Insurance Co. v. Assurantie Maatschappij De Zeven Provinciën NV*, [1987] A.C. 24.

⁷⁸² Così LORD JUSTICE LEGATT in *Queen's Bench Division*, 17 febbraio 1983, *Tracom SA v. Sudan Oil Seeds* (No. 2), in *All ER* 1983, 2, 129.

⁷⁸³ V. *Continental Bank NA v. Aeakos Compania Naviera SA* [1994] 1 *Lloyd's Rep.* 505; *The Angelic Grace* [1995] 1 *Lloyd's Rep.* 87.

⁷⁸⁴ Cfr., in questo senso, M.E. WILSON, *Anti – suit injunctions*, in *Jour. bus. law*, 1997, 431. La giurisprudenza inglese applica in tali casi un *test of good reason* che ricorda l'approccio tradizionale inglese in tema di *forum conveniens*: è colui che pretende di agire in violazione di una clausola di proroga che deve dimostrare di avere una *good reason* o una *strong cause* per farlo.

⁷⁸⁵ V., tuttavia, J. MORRIS, in *Queen's Bench Division*, 10 maggio 1996, *Bouygues Offshore SA v.*

abbia proceduto con sollecitudine⁷⁸⁶ e sempre che non sussistano, *on all the facts and circumstances of the particular case*, solide ragioni per sottrarsi al vincolo contrattuale⁷⁸⁷ —, essa non dà tuttavia luogo ad alcun automatismo, dovendo il giudice inglese svolgere comunque una valutazione: “(...) *on the balance of convenience in the particular case*”⁷⁸⁸, soppesando dunque, *inter alia*, la possibilità che la mancata concessione dell'*injunction* possa determinare la pronuncia di due giudicati contrastanti (in Inghilterra e all'estero), nonché l'effetto di una sentenza straniera sull'arbitrato che dovrà svolgersi in Inghilterra⁷⁸⁹.

La raccomandazione generale rimane in ogni caso nel senso che la: “(...) *jurisdiction to restrain foreign proceeding in this category* (...)” venga utilizzata “*sparingly*”⁷⁹⁰ “*with caution*”, soprattutto quando non emerga la violazione di una convenzione arbitrale e il procedimento in un tribunale straniero si trovi in una fase ormai avanzata⁷⁹¹.

Le incertezze sull'automatismo o meno del responso del giudice, cui si è or ora fatto cenno con riguardo alla concessione (o meno) dell'*anti-suit injunction*, riguardano altresì il grado di “deferenza” raccomandata ai giudici statali nel valutare la portata di un accordo arbitrale. Invero, se, prima della riforma del 1996, la tendenza di un giudice inglese adito (con una richiesta di *anti-suit injunction*) era di procedere ad una valutazione *con cognizione piena* del patto arbitrale, che facesse altresì stato sulla sua sussistenza e validità, a seguito della riforma pare essersi andata affermando la tendenza opposta, ossia una *cognizione meno intensa* e in linea di principio limitata alla constatazione dell'esistenza, *ictu oculi*, di un patto arbitrale per un arbitrato da svolgersi nel Regno Unito⁷⁹², sulla base di *affidavits* e

Caspian Shipping co. (No. 2), in *Lloyd's law rep.*, 1997, 2, 485, per il quale: “*Were I free to decide the point, I would be of the view that an application for a stay should normally first be made to the foreign Court (...) I can see no good reason to draw a distinction between those cases where a stay is being sought to uphold a contractual right (...) on the one hand, and cases where the application is made to stay foreign proceedings which it is said to be oppressive and unjust for a party to pursue*”.

⁷⁸⁶ V. le opinioni espresse da LORD JUSTICE MILLET in in *The Angelic Grace*, [1995] *Lloyd's Rep.* 87.

⁷⁸⁷ *Donohue v. Armco Inc. and others* [2001] UKHL 64; [2002] 1, *Lloyd's Rep.* 425.

⁷⁸⁸ V. *The Maria Gorthon*, 1986, 2, *Lloyd's Rep.*, 720; *Marazura Navegacion SA v. Oceanus Mutual Underwriting Association (Bermuda) Ltd.*, (1977), 1, *Lloyd's Rep.*, 283.

⁷⁸⁹ V. *Tracom SA v. Sudan Oil Seeds* (No. 1 and 2), in *All ER* 1983, 2, 129; *World Pride Shipping Ltd. v. Daiichi Chuo Kisen Kaisha (The Golden Anne)*, 1984, 2, *Lloyd's Rep.*, 489.

⁷⁹⁰ V. *Tracom SA v. Sudan Oil Seeds* (No. 1 and 2), in *All ER* 1983, 2, 129; *Mike Trading and Transport Ltd. v. R. Pagnan and Fratelli (The Lisboa)*, 1980, 2, *Lloyd's Rep.*, 546-551.

⁷⁹¹ V. *Deutz A.G. v. General Electrics Co.*, 14 aprile 2000, inedita; *Bankers Trust Co v. Jakarta Inc* [1999] 1 *Lloyd's Re*, 910 ss.; *American Speciality Lines Insurance Co v. Abbott Laboratories* [2003] 1 *Lloyd's*.

⁷⁹² V., in questo senso, *XL Insurance Ltd contro Owens Corning*, [2000] 2 *Lloyd's Rep.* 500, LORD JUSTICE TOULSON.

senza lo svolgimento di alcun *trial*, né l'assunzione di prove orali⁷⁹³, lasciando al tribunale arbitrale⁷⁹⁴ (oppure ad un giudice statale adito ai sensi della *Section 32* EAA) la decisione definitiva e vincolante sulla questione della validità del patto arbitrale oggetto di contestazioni⁷⁹⁵.

Non può tuttavia parlarsi di orientamento omogeneo, continuando a manifestarsi prese di posizione in favore di una cognizione piena da parte del giudice adito, sull'assunto che il rischio di un: "(...) *trial on the matter, the outcome of which will be binding on the arbitrators and will thereby usurp their Kompetenz-Kompetenz jurisdiction under section 30 of the 1996 Act*" sarebbe la diretta conseguenza della scelta di una parte di iniziare, in un'altra giurisdizione, un giudizio statale nonostante la presenza di una convenzione arbitrale precedentemente stipulata⁷⁹⁶. Come affermato in *Birse Construction Ltd v. St. David Ltd.* [1999] BLR, non può essere nell'interesse delle parti dover ritornare al giudice statale al fine di ottenere una risposta definitiva su una questione, che avrebbe potuto e dovuto essere decisa da quello stesso giudice prima che l'arbitro ne venisse investito.

Tale ultimo approccio ha destato non poche perplessità in molti commentatori, per i quali esso si tradurrebbe in un allungamento dei tempi e dei costi complessivi e in una sorta di "usurpazione", da parte del giudice statale, della funzione decisoria del tribunale arbitrale; preferibile, dunque, secondo questa impostazione, optare per un rinvio delle parti in arbitrato, ordinando la costituzione di un tribunale arbitrale e pronunciando un'*anti-suit injunction* per preservare lo svolgimento del giudizio arbitrale, in attesa di una pronuncia dell'arbitro sulla propria *potestas iudicandi*, in considerazione del fatto che difficilmente le parti farebbero ricorso avverso detta *injunction*, potendo esse investire il giudice statale della que-

⁷⁹³ In ogni caso, in via preliminare, l'utilità della prova orale dal vivo è discutibile. V. la *lecture* di T. LANDAU QC, *Tainted Memories: Exposing the Fallacy of Witness Evidence in International Arbitration, the 2010 Kaplan Lecture delivered in Hong Kong at the HKIAC 25th Anniversary in November 2010*.

⁷⁹⁴ *AES UST-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP v. UST-Kamenogorsk Hydropower Plant JSC* [2011] EWCA Civ 647, at §105.

⁷⁹⁵ In tal senso LORD JUSTICE TOULSON nel caso *XL Insurance Ltd contro Owens Corning* [2000] 2 *Lloyd's Rep.* 500. Va detto che, in tal caso, l'istanza della parte era volta ad ottenere una *interim* (e non *final*) *injunction*, rimanendo dunque incerto come dovrebbe comportarsi un giudice statale se, a seguito della concessione dell'*interim injunction*, fosse presentata istanza perché la questione fosse decisa in pieno contraddittorio e con una *full injunction*. V. anche *Akai Pty Ltd. v. People's Insurance Co. Ltd.*, [1997] C.L.C. 1508; *Society of Lloyd's v. White*, [2000] C.L.C. 961.

⁷⁹⁶ V. App. 28 gennaio 2000, *Abmad Al-Naimi (Tla Buildmaster Construction Services) v. Islamic Press Agency Incorporated; Midgulf International Ltd v. Group Chimique Tunisien* [2010] EWCA Civ 66; *Enka Insaat Ve Sanayi A.S. v. OOO "Insurance Company Chubb" and others* [2020] EWCA Civ 574.

stione della *substantive jurisdiction* arbitrare in un secondo momento, attraverso un'impugnazione della pronuncia arbitrare. Tale *modus operandi* viene generalmente ritenuto maggiormente in linea con l'intenzione originaria delle parti come espressa nella stipula della convenzione arbitrare.

L'istituto dell'*anti-suit injunction* è stato oggetto di ampie analisi in dottrina e ha dato luogo ad una corposa casistica. Non è questa la sede per un suo esame approfondito ed esaustivo.

Limitandoci ad illustrare i principali profili di criticità, soprattutto da una prospettiva di giuristi di *civil law*, possiamo sottolineare la – a volte – indebita interferenza con il potere di giudici (stranieri) di determinare autonomamente la sussistenza o meno della propria *potestas iudicandi*⁷⁹⁷; la violazione dei principi attinenti alla *comity* internazionale⁷⁹⁸; la potenziale compressione del diritto (costituzionale) di ciascuna parte di avere libero accesso alla giurisdizione statale⁷⁹⁹; l'incompatibilità con la previsione di cui all'art. II (3) della Convenzione di New York, che consente a tutti i giudici degli Stati ad essa aderenti di valutare autonomamente la questione della validità del patto arbitrare, senza essere in alcuno modo influenzati da una determinazione, in un senso o nell'altro, adottata dal giudice di un altro Stato (in tal caso, UK); la compressione del principio *Kompetenz Kompetenz* (riferito sia al giudice statale straniero che all'arbitro); il rischio di

⁷⁹⁷ Invero, il giudice straniero non può decidere la causa a meno che le parti non compiano gli atti procedurali richiesti. Ora, impedendo ad una delle parti di compiere tali atti, il giudice inglese decide in realtà se il giudice straniero potrà o meno conoscere e decidere della causa. Se il giudice straniero non ha ancora esaminato la questione della sussistenza o meno della propria giurisdizione, è difficile trovare una giustificazione all'emanazione di un'*injunction* che prevenga una sua decisione sul punto. Se, al contrario, esso ha già considerato la questione della propria competenza rigettando, poniamo, un'eccezione di *forum non conveniens*, è ancor più difficile trovare una giustificazione al fatto che un giudice inglese, mediante l'emissione di un'*injunction*, sostanzialmente cancelli tale decisione: v. T.C. HARTLEY, *Comity and the use of antisuit injunction*, cit., 596 ss.

⁷⁹⁸ V. LORD JUSTICE GOFF, in *Airbus Industrie GIE v. Patel House of Lords*, 2 aprile 1998, in All ER, 1998, 2, 257, per il quale: "(...) in common law, the basic principle is that each jurisdiction is independent. There is therefore (...) no embargo on concurrent proceedings in the same matter in more than one jurisdiction. There are simply two weapons, a stay (or dismissal) of proceedings and an antisuit injunction. Moreover, each of these has its limitations (...) and the latter is inhibited by respect for comity. It follows that, although the availability of these two weapons should ensure that practical justice is achieved in most cases, this may not always be possible". Nello stesso senso v. LORD JUSTICE MORRIS, in *Queen's Bench Division*, 10 maggio 1996, *Bouygues Offshore SA v. Caspian Shipping co. (No. 2)*, in *Lloyd's law Rep.*, 1997, 2, 485, per il quale: "Before deciding that proceedings in a foreign Court are oppressive, I would generally find it of assistance to receive that Court's views; and comity between nations (and, perhaps, politeness and good manners) would suggest such a course". Per maggiori riferimenti v. G. BERMAN, *The Use of Anti-Suit Injunctions in International Litigation*, 28, in *Colum. J. Transnat'l L.* 1990, 89; A. BRIGGS, *No interference with foreign court*, in *Int. comp. l. quar.*, 1982, 189.

⁷⁹⁹ W. HAU, *Positive Kompetenzkonflikte*, cit., 216.

una proliferazione di procedure, conseguenza di possibili reazioni alla pronuncia di un'*injunction* con cui contestare la legittimità o efficacia di quest'ultima (appelli, revisioni, ricorsi, reclami).

Con particolare riferimento all'*injunction* volta a paralizzare lo svolgimento di un giudizio arbitrale (sull'assunto dell'*inesistenza*, *invalidità* o *inefficacia* di un patto arbitrale valido), emergono come possibili elementi di criticità: la compressione del diritto di avvalersi del giudice privato, originariamente scelto in luogo di quello pubblico, per la risoluzione di una determinata controversia; l'attentato al principio *Kompetenz Kompetenz* applicato all'arbitrato (ed inteso nella sua accezione *positiva*); l'incompatibilità con il contenuto e lo spirito dell'art. II (3) della Convenzione di New York; il contrasto con l'effetto *negativo* del principio *Kompetenz Kompetenz* (nelle giurisdizioni che lo accolgono integralmente, come la Francia, o solo parzialmente, come la Svizzera e l'Inghilterra), che, attribuendo all'arbitro la priorità dell'esame sulla convenzione arbitrale, elimina il rischio di un conflitto tra giurisdizioni diverse cui potrebbe dare origine l'emanazione di *injunctions* confliggenti; la sostanziale inutilità pratica del provvedimento, ogniqualvolta appaia improbabile l'esecuzione del futuro lodo nel Regno Unito⁸⁰⁰.

26.7. *Altre circostanze in cui il giudice statale è chiamato a confrontarsi con la questione della substantive jurisdiction del tribunale arbitrale*

A completare il quadro delle circostanze in cui il giudice statale inglese può essere coinvolto in relazione ad una procedura arbitrale, per profili potenzialmente attinenti (o attinenti *lato sensu*) alla *substantive jurisdiction* dell'arbitro, concorrono, infine, da un lato, le funzioni giudiziali di supporto alla procedura arbitrale, ad esempio per integrare la carenza di poteri coercitivi degli arbitri (si pensi alla convocazione coatta di un teste) o per superare *impasses* procedurali derivanti dalla mancanza di accordo tra le parti (si pensi alla mancata collaborazione delle parti nella procedura di nomina degli arbitri), in occasione del cui esercizio il giudice statale può essere chiamato a valutare – in via preliminare e strumentale alla concessione del provvedimento richiesto – la questione della sussistenza o meno di un valido patto arbitrale, rimanendo peraltro controverso se, in tali occasioni, il giudice statale debba limitarsi a svolgere un esame sommario o, come si suol dire, *prima facie*, del patto o possa/debba procedere, invece, ad uno scrutinio con cognizione piena ed integrale⁸⁰¹.

⁸⁰⁰ T.C. HARTLEY, *Comity and the use of antisuit injunctions in international litigation*, cit., 596 ss.

⁸⁰¹ Non è chiaro se, a seguito di questo tipo di istanze, il giudice debba accertare l'effettiva stipula, tra le parti, di un valido patto arbitrale e, per conseguenza, accertare una volta per tutte la questione della validità del patto, prima di poter procedere ad esaminare la questione attinente alla costituzione del tribunale. Questo era l'orientamento ai sensi dell'art. 7 del 1950 Act. V. *Mark Rich and Co. AG v. Società Italiana Impianti* [1989] 1 *Lloyd's Rep.* 548 at 549.

Dall'altro lato, la facoltà, riconosciuta alle parti dalla *Section 68 EAA*⁸⁰², di impugnare un lodo per *serious irregularities* che inficino il tribunale, il procedimento o il lodo (sebbene essa non contemplino, in linea di principio, profili direttamente o strettamente attinenti alla sussistenza e all'esercizio della *substantive jurisdiction* dell'arbitro), nella misura in cui il giudice statale ritenga che da esse sia derivata o deriverà una sostanziale ingiustizia per la parte impugnante. Con tale strumento, ad esempio, potrà essere censurato l'eccesso di potere compiuto da un'istituzione arbitrale o un'altra istituzione o soggetto investiti dalle parti di compiti e funzioni in relazione al procedimento arbitrale o al lodo, al fine di ottenere, alternativamente, un rinvio del lodo, in tutto o in parte, al tribunale "*for reconsideration*", un suo annullamento, integrale o parziale o una dichiarazione che esso è privo di effetti.

Infine, l'istituto dell'*Appeal on point of law*⁸⁰³ (anch'esso peraltro, come già detto per il meccanismo impugnatorio di cui alla *Section 68 EAA*, non direttamente rilevante per i profili attinenti alla sussistenza e all'esercizio della *substantive jurisdiction* da parte dell'arbitro e, al contrario dei rimedi impugnatori regolati dalle *Sections 67 e 68 EAA*, suscettibile di rinuncia preventiva ad opera delle parti tramite accordo redatto per iscritto).

Tale peculiare forma di appello, disciplinata dalla *Section 69 EAA* e il cui esercizio è subordinato ad un accordo di tutte le parti di un arbitrato o all'ottenimento di un *leave to appeal* da parte del giudice statale, consente ad una parte di contestare, dinanzi al giudice statale, un lodo arbitrale pronunciato nel corso di un procedimento arbitrale, con riferimento ad una questione di diritto da esso derivante. Deve però trattarsi di questione di diritto inglese, con esclusione, dunque, di questioni di mero fatto e di questioni di diritto straniero. Ove il *leave* sia concesso, il giudice potrà confermare, modificare, rinviare al tribunale o annullare il lodo.

27. *Il conflitto positivo di competenza e il conseguente parallelismo di procedure nell'ordinamento inglese*

Il fatto che l'ordinamento inglese non riconosca integralmente, come visto, l'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz*⁸⁰⁴ (e dunque la priorità o esclusi-

⁸⁰² Si tratta di una nuova disposizione, che non consente l'impugnazione di una decisione o ordinanza del tribunale che non sia un lodo.

⁸⁰³ Su tale istituto, mirante a codificare il diritto e la prassi nel vigore del 1979 Act, v. LORD JUSTICE MANCE's *Advisory Committee on Section 69 of the Arbitration Act 1996, First Interim Report on the Workings of Section 69 of the 1996 Act in regard to Maritime Arbitrations in London before the Commercial and Admiralty Court*, Londra 2009.

⁸⁰⁴ Così N. ERK, *Parallel Proceedings in International Arbitration*, cit., 47.

vità dell'arbitro nell'accertamento della sussistenza della propria *potestas iudicandi*), implica che possano verificarsi nella prassi (e siano anzi piuttosto frequenti) conflitti *positivi* di competenza tra arbitrato e giudizio statale, ossia episodi di parallelismo di procedure rispetto alla medesima causa (o a cause strettamente connesse) dinanzi ai due diversi organi.

Emerge, invero, da una serie di disposizioni dell'EAA, come la pendenza di un giudizio arbitrale non impedisca l'instaurazione di un giudizio statale (nel cui ambito contestare la competenza arbitrale), né la pendenza di un giudizio statale impedisca la prosecuzione di un giudizio arbitrale.

Si pensi, ad esempio, alla *Section 9*, nell'interpretazione datane dalla dottrina e giurisprudenza maggioritarie⁸⁰⁵. In base ad essa il giudice statale, destinatario (pendente un arbitrato) di un'istanza di arresto del giudizio statale sul merito di una lite in quanto la controversia dedotta rientrerebbe nell'ambito di applicazione del patto arbitrale, dovrebbe procedere ad un'indagine *piena ed esaustiva* del patto arbitrale (indipendentemente dal fatto che esso preveda un arbitrato in Inghilterra o all'estero⁸⁰⁶), che potrebbe anche sfociare in un accertamento dell'insussistenza di una valida convenzione arbitrale tra le parti e dunque nella decisione di *non concedere* lo *stay*, nonostante la contestuale pendenza di un giudizio arbitrale fondato *proprio* su quella convenzione.

Si pensi poi anche alla *Section 31*, par. 5 EAA (nonché alla *Section 32*, par. 4 EAA), in base alla quale il tribunale arbitrale potrebbe bensì decidere di sospendere il procedimento mentre pende dinanzi al giudice statale un'istanza volta alla determinazione di una questione preliminare attinente alla *substantive jurisdiction* degli arbitri (presentata ai sensi della *Section 32* EAA), *ma potrebbe altresì optare, all'opposto*, per la prosecuzione del giudizio, rendendo financo un lodo arbitrale sul merito.

Ma si pensi anche alla *Section 72*, par. 1 EAA, in base alla quale un soggetto coinvolto in un giudizio arbitrale, cui tuttavia decida di non prendere parte asserendo l'inopponibilità ad esso della convenzione arbitrale, può sottoporre la questione controversa del proprio vincolo al patto arbitrale ad un giudice nazionale, anche se sia in corso il giudizio arbitrale attivato sulla base di quella stessa convenzione arbitrale.

⁸⁰⁵ Che recita letteralmente: “*Section 9 of the Act requires the existence of a concluded arbitration agreement before a court will refer a matter to arbitration (emphasis added): 9.(1) A party to an arbitration agreement against whom legal proceedings are brought ... in respect of a matter which under the agreement is to be referred to arbitration may ... apply to the court in which the proceedings have been brought to stay the proceedings so far as they concern that matter ... (4) On an application under this section the court shall grant a stay unless satisfied that the arbitration agreement is null and void, inoperative, or incapable of being performed.*”.

⁸⁰⁶ Nel caso di patto per arbitrato estero, la legge ai sensi della quale il giudice valuterà la validità del patto arbitrale sarà la legge scelta dalle parti, la *lex causae* o la legge della sede dell'arbitrato.

Si pensi, infine, all'inapplicabilità, nei rapporti arbitro-giudice, dell'istituto della litispendenza, che nell'ordinamento inglese ha peraltro sempre avuto un ruolo piuttosto marginale, limitandosi ad integrare, per il giudice statale e nell'ambito della dottrina del *forum non conveniens* (e, dunque, in relazione al potere discrezionale del giudice inglese di assumere o rigettare la propria competenza o giurisdizione anche in assenza, o, rispettivamente, in presenza di norme espresse che gliela attribuissero) *solo uno dei tanti fattori* da valutare per decidere se disporre o meno uno *stay* del giudizio incardinato dinanzi ad esso (tra cui spiccano, per rilevanza e importanza, il rispettivo stato di avanzamento delle procedure; la disponibilità di rimedi adeguati nel foro adito per primo; l'intenzione effettiva delle parti e simili⁸⁰⁷).

A ben vedere, il fenomeno del parallelismo tra procedure su cause identiche o connesse in sede, rispettivamente, arbitrale e giudiziale, pur a fronte di una convenzione arbitrale stipulata dalle parti e di cui non sia ancora certa l'invalidità o l'inefficacia, appare in linea con il tradizionale ruolo prioritario e preponderante attribuito al giudice statale, rispetto a quello riconosciuto all'arbitro, per quanto attiene alla determinazione della questione della sussistenza o meno della *potestas iudicandi* arbitrale.

28. *L'efficacia di accertamento di un lodo arbitrale e di una decisione giudiziale sulla substantive jurisdiction dell'arbitro*

Come si è avuto modo di vedere in più occasioni, l'approccio di gran lunga prevalente nell'ordinamento inglese è sempre stato nel senso di attribuire alla statuizione dell'arbitro sulla propria *substantive jurisdiction*, comunque adottata – i.e. assunta dopo una valutazione sommaria della questione o pronunciata dopo una *full deliberation* – un carattere meramente “provvisorio” in quanto inidonea a fare stato ad ogni effetto tra le parti prima di essere “scrutinata” e “vidimato” da un giudice statale (o quantomeno sino a che la possibilità di ottenere un tale scrutinio giudiziale non fosse definitivamente tramontata).

Tale approccio è ben illustrato da Lord Justice Mance, che così si esprimeva in *Excalibur Ventures LLC v. Texas Keystone Inc, Gulf Keystone Petroleum Limited and others*⁸⁰⁸: “(...) *The tribunal's own view of its jurisdiction has no legal or eviden-*

⁸⁰⁷ Per un caso in cui, in relazione ad un'istanza di riconoscimento in Inghilterra di un lodo estero ai sensi della *Section 66 EAA*, è stata ritenuta irrilevante la pendenza all'estero di un giudizio statale avente ad oggetto l'accertamento negativo della sussistenza tra le parti di un valido patto arbitrale *High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial, Sovarex SA v. Romero Alvarez SA AS*, 29 giugno 2011.

⁸⁰⁸ *High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial, Nicholas Fletcher, Excalibur*

tial value, when the issue is whether the tribunal had any legitimate authority in relation to the Government at all. This is so however full was the evidence before it and however carefully deliberated was its conclusion. It is also so whatever the composition of the tribunal"⁸⁰⁹. Sempre secondo Lord Mance: "(...) whether or not a party's challenge to the jurisdiction has been raised, argued and decided before the arbitrator, a party who has not submitted to the arbitrator's jurisdiction is entitled to a full judicial determination on evidence of an issue of jurisdiction before the English court, on an application made in time for that purpose under section 67 of the Arbitration Act 1996, just as he would be entitled under section 72 if he had taken no part before the arbitrator"⁸¹⁰.

Questo perché: "(...) *An arbitral tribunal's decision as to the existence of its own jurisdiction cannot (...) bind a party who has not submitted the question of arbitrability to the tribunal*".

Il concetto è stato ribadito poco più tardi da Lord Justice Rix in *AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLC v. Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant JSC*⁸¹¹, il quale, richiamando i parr. 96-97 della decisione di Lord Collins in *Dallah*, concludeva nel senso che: "(...) *sooner or later, the question of substantive jurisdiction is likely to come before the court. Where parties differ as to a matter as fundamental as whether they have agreed any contract, or any contract containing an arbitration clause, it is most unlikely that one or other of them will rest content with the decision of arbitrators as to either their jurisdiction or as to the parties' rights (...). In such circumstances, the issue of jurisdiction is likely to come before the courts sooner or later, and when it does, it will have to be decided by the court from first principles and in the light of facts which, whatever the investigation by the arbitrators, are yet to be determined on the evidence by the court*"⁸¹².

Ventures LLC v. Texas Keystone Inc, Gulf Keystone Petroleum Limited and others, 28 giugno 2011, Folio 1517.

⁸⁰⁹ *Excalibur Ventures LLC*, cit., par. 30.

⁸¹⁰ *Excalibur Ventures LLC*, cit., par. 26. V anche *Azov Shipping Co v Baltic Shipping Co* [1999] 1 All ER 476.

⁸¹¹ [2011] EWCA 647, in relazione ad una clausola arbitrale in favore di un arbitrato nel Regno Unito la Corte d'appello confermava un'*injunction* per bloccare un procedimento in Kazakhstan.

⁸¹² Così LORD JUSTICE RIX, ai parr. 81-85 e 98-100, richiamando "*the learning of Azov Shipping (...)*": "*Where, however, there are substantial issues of fact as to whether a party has made the relevant agreement in the first place, then it seems to me that, even if there has been a full hearing before the arbitrators the Court, upon a challenge under s. 67, should not be placed in a worse position than the arbitrator for the purpose of determining that challenge*".

CAPITOLO 5

LE TESI ELABORATE IN DOTTRINA E GIURISPRUDENZA E NOSTRA PROPOSTA RICOSTRUTTIVA

SOMMARIO: *Sezione Prima. Analisi critica.* – 1. Premessa. – 2. Incompatibilità, con l’attuale quadro normativo, della tesi dell’applicabilità analogica, ai rapporti arbitro-giudice, del regime domestico della litispendenza, applicabile ai rapporti tra giudici ordinari (art. 39 c.p.c.). – 3. Incompatibilità, con l’attuale quadro normativo, della tesi dell’applicabilità analogica, ai rapporti arbitro-giudice, del regime sulla litispendenza applicabile ai rapporti tra giudice italiano e giudice straniero (gli artt. 4 e 7 della l. n. 218 del 1995 e non solo). – 4. In ogni caso, critiche alla tesi dell’applicabilità analogica di meccanismi di coordinamento dei rapporti arbitro-giudice basati sul criterio della prevenzione (sia rigido che attenuato). – 4.1. In particolare: il mancato apprezzamento della *specificità* dei rapporti arbitro-giudice e la non sovrapponibilità, al caso *de quo*, del regime applicabile ai rapporti fra giudici statali. – 4.2. In particolare: il pregiudizio delle aspettative delle parti e il rischio di abusi processuali. – 4.3. L’inadeguatezza, in ogni caso, dell’istituto della litispendenza a risolvere il problema dei conflitti (positivi e/o negativi) di “competenza”, *in assenza di un meccanismo di coordinamento reciproco delle decisioni*, rispettivamente del giudice e dell’arbitro, sulla propria *potestas iudicandi*. – 4.4. L’inefficacia del possibile rimedio della responsabilità aggravata. – 5. Incompatibilità della tesi della litispendenza c.d. “unilaterale”, “a senso unico” o “zoppa” con l’attuale quadro normativo (in particolare con il combinato disposto degli artt. 817 e 819 *ter* c.p.c.). – 5.1. In ogni caso, critiche alla soluzione della c.d. litispendenza “unilaterale” o “a senso unico”. – 5.1.1. L’inadeguatezza teorico-sistematica e pratico-applicativa della versione adottata dalle Sezioni Unite nelle decisioni Montedison e Mascheroni e richiamata dalla dottrina post-2006. – 5.1.1.1. Confutazione dell’asserita irreversibilità del contrasto tra giudicati e dell’asserita sua maggior gravità nel caso di *previa costituzione del collegio arbitrale*. Critica al *favor arbitratus* non supportato dal dato normativo. – 5.1.1.2. Le lacune “strutturali” nel sistema della litispendenza “unilaterale”. – 5.1.1.3. Il problema del regime di rilevabilità dell’*exceptio compromissi*. – 5.1.1.4. I correttivi della dottrina per preservare lo “spirito” della litispendenza c.d. “zoppa” e “migliorare” il funzionamento del sistema delle “vie parallele”. – 5.1.2. L’inadeguatezza teorico-sistematica e pratico-applicativa della soluzione che attribuisce priorità alla via arbitrale (i.e. l’effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz*) nella versione francese (ma anche, parzialmente, inglese, austriaca e svizzera) e della Convenzione Europea del 1961. – 5.2. Ineludibilità di un coordinamento reciproco delle decisioni, rispettivamente del giudice e dell’arbitro, sulla propria *potestas iudicandi* in presenza di una convenzione arbitrale, onde assicurare il giusto bilanciamento e la maggior efficienza al funzionamento del sistema arbitrato-giurisdizione statale nel suo complesso. – 6. Incongruenze teoriche e inconvenienti pratico-applicativi del sistema delle “vie parallele” *puro*, privo cioè di meccanismi di coordinamento preventivo. – 6.1. Premessa. – 6.2. Incongruenze di carattere teorico-sistematico. – 6.3. Inconvenienti pratico-applicativi. – 6.4.

In particolare: l'assenza, nel sistema delle "vie parallele" delineato dal legislatore del 2006, di meccanismi per impedire i conflitti positivi (e il conseguente parallelismo di procedure) e i conflitti negativi (e il rischio di un diniego di giustizia). – 6.4.1. Inidoneità delle condotte omissive delle parti, in sede arbitrale e giudiziale, a fungere da strumento di coordinamento preventivo tra due procedure sulla medesima causa. – 6.4.1.1. L'art. 817, commi 2 e 3 c.p.c. e l'efficacia *meramente endoprocessuale* delle condotte omissive delle parti, nell'ambito del giudizio arbitrale, quanto alla determinazione della *potestas iudicandi* dell'arbitro. – 6.4.1.2. L'art. 819 *ter*, comma 1 c.p.c. e l'efficacia *meramente endoprocessuale* delle condotte omissive delle parti, nell'ambito del giudizio statale, quanto alla determinazione della *potestas iudicandi* dell'arbitro. – 6.4.2. Inadeguatezza dell'istituto *ex art. 819 ter*, comma 3 c.p.c. quale correttivo al meccanismo "puro" del sistema delle "vie parallele", nell'ottica del coordinamento preventivo tra procedura arbitrale e giudizio statale. – 6.4.3. Non configurabilità di un'azione di mero accertamento della esistenza, validità ed efficacia della convenzione arbitrale *in sede arbitrale*. – 6.4.4. Inadeguatezza della trasmigrabilità bilaterale della causa tra arbitrato e processo statale, riconosciuta dalla decisione della Corte costituzionale n. 223 del 2013, a fungere da correttivo al sistema delle "vie parallele" "puro", ossia privo di meccanismi di coordinamento preventivo. Le questioni irrisolte. – 6.4.5. Assenza di altri meccanismi idonei a fungere da coordinamento preventivo nei rapporti arbitro-giudice. In particolare, la controversia ammissibilità e, in ogni caso, l'inefficacia, ai fini del suddetto coordinamento, dello strumento rappresentato dalla domanda giudiziale, proposta *in via condizionata* all'eventuale dichiarazione di incompetenza degli arbitri investiti della stessa causa: la decisione della Cassazione n. 6950 del 1997. – 6.4.5.1. Il tradizionale divieto concernente l'apposizione di condizioni alla domanda giudiziale. – 6.4.5.2. La configurabilità di forme di litispendenza "attenuata" e gli esempi ricavabili dall'ordinamento tedesco. – 6.4.5.3. Gli spunti ricavabili dalle riflessioni della dottrina tedesca in tema di *prozessualer Streitgegenstand*. – 6.4.5.4. Problematiche applicative nel caso di ritenuta ammissibilità di una domanda giudiziale proposta *in via condizionata*. – 6.4.5.5. In particolare: l'allungamento dei tempi processuali per pervenire ad una composizione della questione della *potestas iudicandi* arbitrale. – 6.4.5.6. Il problema del vincolo apposto all'esercizio e al contenuto del potere decisorio del giudice statale e la non funzionalità dell'istituto a risolvere i conflitti negativi di competenza. – 6.4.5.7. Conclusione: improponibilità di una tale azione giudiziale nel contesto normativo post-riforma del 2006. – *Sezione Seconda. La nostra proposta ricostruttiva. L'eccezione di patto arbitrale come eccezione di "carenza di competenza giurisdizionale" e efficacia extraprocessuale delle decisioni di rito.* – 7. Premessa. – 8. L'arbitrato come meccanismo di risoluzione delle controversie *sostanzialmente giurisdizionale*, integralmente sostitutivo e fungibile rispetto alla giurisdizione statale. – 8.1. Compatibilità di tale inquadramento del fenomeno arbitrale con i principi costituzionali. – 8.2. L'arbitrato come meccanismo di risoluzione delle controversie *radicalmente alternativo* rispetto alla giurisdizione statale. – 9. L'eccezione di patto arbitrale come eccezione *eminentemente processuale, di rito*. – 9.1. Qualificazione dell'eccezione di patto arbitrale come *eccezione di "carenza di competenza giurisdizionale"*. – 10. Necessità teorico-sistemica e pratica di risolvere in via preventiva i conflitti, positivi e negativi, di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale. – 10.1. Necessità teorico-sistemica discendente dal carattere sostitutivo e fungibile dell'arbitrato rispetto alla giurisdizione statale. – 10.2. Necessità pratica discendente dalla non applicabilità di altri istituti nei rapporti arbitro-giudice (né il meccanismo della prevenzione di cui all'art. 39 c.p.c., né la *translatio iudicii* di cui agli artt. 44 e 45 c.p.c.). – 11. Fondamento teorico-dogmatico dell'attribuzione di un'efficacia *extraprocessuale e reciprocamente vincolante* all'accertamento contenuto nella decisione (positiva o negativa) (anche o solo) sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, pronunciata dal giudice statale e dall'arbitro, come strumento *per consentire un*

coordinamento in via preventiva dei conflitti tra arbitro e giudice statale. – 11.1. Premessa. La tradizionale esclusione di qualsivoglia efficacia extraprocessuale e vincolante alle decisioni su questioni di rito nell'ordinamento italiano. – 11.2. Spunti derivanti dall'ordinamento tedesco (sentenza sul processo come sentenza sull'*Anspruch*; estensione analogica della disciplina del giudicato materiale; la natura "meritale" di talune decisioni di rito; le tesi sul "doppio oggetto del processo"). La ripresa della teoria del doppio oggetto del processo da parte della dottrina italiana. – 11.3. La tesi dell'unitarietà degli effetti del giudicato e la replica ai tradizionali argomenti contrari ad attribuire efficacia extraprocessuale e vincolante alle decisioni su questioni di rito. Recenti significative evoluzioni sul piano interno e internazionale. – 11.4. L'importanza sistematica della norma di cui all'art. 819 *ter* comma 3 c.p.c. – 11.5. Considerazioni conclusive sul fondamento dell'efficacia extraprocessuale dell'accertamento contenuto nella decisione (del giudice e dell'arbitro) sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale. – *Sezione terza. Le condizioni di operatività del vincolo extraprocessuale dell'accertamento sulla questione della potestas iudicandi arbitrale.* – 12. Premessa. – 13. Le decisioni dell'arbitro e del giudice statale sulla *potestas iudicandi* arbitrale idonee ad acquisire un'efficacia extraprocessuale e vincolante. – 14. Accertamento vincolante e necessaria domanda di parte. – 15. Il momento a partire dal quale le decisioni dell'arbitro e del giudice statale sulla *potestas iudicandi* arbitrale producono effetti extraprocessuali e vincolanti. – 15.1. Il problema del passaggio in giudicato formale delle decisioni dell'arbitro e del giudice statale sulla *potestas iudicandi* arbitrale: il tema dell'impugnabilità immediata delle rispettive decisioni e del rimedio esperibile. – 15.1.1. L'impugnabilità *immediata* della decisione del giudice statale sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale. – 15.1.1.1. Oggetto ed estensione della cognizione del giudice dell'impugnazione. – 15.1.1.2. Effetti della decisione resa in sede di impugnazione avverso la decisione del giudice statale sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale. – 15.1.2. Il problema dell'impugnabilità del lodo arbitrale che pronuci sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale. – 15.1.2.1. Nostra tesi: impugnabilità immediata del lodo che pronuci, esclusivamente ed insensu affermativo, sulla *potestas iudicandi* arbitrale. – 15.1.2.2. Nostra tesi: l'utilizzo (concorrente) del rimedio impugnatorio del regolamento di competenza avverso la decisione non definitiva dell'arbitro sulla propria *potestas iudicandi*. – 15.1.2.3. Problemi di coordinamento tra l'esperibilità del regolamento di competenza ed i motivi di impugnazione per nullità del lodo di cui all'art. 829 c.p.c. – 15.1.2.4. Effetti dei giudizi impugnatori avverso il lodo che pronuci (solo o anche) sulla *potestas iudicandi* arbitrale (regolamento o impugnazione per nullità) e il problema dell'impugnazione della decisione resa dalla corte d'appello adita *ex art.* 827 c.p.c. – 16. Il problema del regime applicabile alla spendita, in un giudizio, della decisione definitiva sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale formatasi nell'altro. Premessa e rinvio. – 17. Il regime applicabile alla spendita, in un giudizio, della decisione *di merito definitiva*, formatasi nell'altro giudizio sulla medesima causa. – 17.1. Introduzione. – 17.2. La spendita del giudicato statale nel giudizio arbitrale: condizioni, regime di rilevabilità e conseguenze del mancato rilievo del precedente "giudicato". – 17.3. La spendita del *lodo arbitrale non più impugnabile* nel giudizio statale: condizioni, regime di rilevabilità e conseguenze del mancato rilievo del precedente "giudicato". – 17.4. Il problema del conflitto tra un "giudicato" arbitrale e un giudicato statale sulla medesima causa. – 18. Il problema dell'applicabilità dell'art. 829, comma 1, n. 8 c.p.c. Alla spendita, nel giudizio arbitrale sul merito della lite, dell'accertamento (giudiziale o arbitrale definitivo) sul rapporto "condizionante" (i.e. La questione della *potestas iudicandi* arbitrale), il rapporto con le preclusioni processuali di cui all'art. 817 c.p.c. E le conseguenze del mancato rilievo nelle fasi di impugnazione del lodo. – 19. Il regime di rilevabilità applicabile alla spendita, in un giudizio statale, di un lodo non più impugnabile sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale. – 20. Effetti del lodo e della sentenza, non ancora divenuti definitivi,

sulla *potestas iudicandi* arbitrale. –20.1. La possibilità di riferire “l’autorità” di cui all’art. 337, comma 2 c.p.c. Ad un lodo arbitrale, avverso il quale sia stata proposta impugnazione. – 20.2. La possibilità di riferire “l’autorità” di cui all’art. 337, comma 2 c.p.c., oltre che ad una decisione (giudiziale o arbitrale) pregiudiziale sotto il profilo sostanziale, altresì ad una decisione (giudiziale o arbitrale) sulla *potestas iudicandi* arbitrale.

SEZIONE PRIMA

ANALISI CRITICA

1. *Premessa*

L’analisi sin qui condotta ha cercato di fornire un quadro esaustivo dei tentativi della dottrina e della giurisprudenza, non solo italiana, di inquadrare teoricamente, e risolvere sul piano pratico-applicativo, il problema dei conflitti, positivi e negativi, di *potestas iudicandi* tra arbitro e giudice statale. Le ricostruzioni elaborate sono le più variegate, in ragione della complessità della problematica, della varietà di fattispecie e scenari cui quei conflitti possono dare luogo, della necessità di bilanciare diverse esigenze in gioco e, talvolta, della lacunosità del dato normativo.

Con particolare riferimento all’ordinamento italiano, l’applicazione, tendenzialmente senza correttivi, in ambito sia giudiziale che arbitrale, del principio *Kompetenz Kompetenz*, che sta alla base del sistema delle “vie parallele” (espressamente adottato, secondo l’opinione di gran lunga prevalente in dottrina e in giurisprudenza, anche dal legislatore della riforma del 2006), è foriera di distorsioni e incongruenze pratico-applicative, che si manifestano, di volta in volta, in *conflitti positivi* (e, dunque, in parallelismi di procedure sulla medesima causa, con la conseguente moltiplicazione di oneri, non solo finanziari, per le parti e il rischio di decisioni confliggenti) o in *conflitti negativi* di *potestas iudicandi* (e, dunque, in possibili duplici declinatorie di “competenza” pronunciate, contestualmente o in momenti diversi, dal giudice statale e dall’arbitro, con il rischio, in taluni casi, di un vero e proprio diniego di giustizia per la parte attrice).

I summenzionati conflitti rappresentano un pesante fardello per le parti, ove non un ostacolo serio alla effettiva ed efficace tutela – *lato sensu* giurisdizionale – dei loro diritti. Proprio per ovviare agli inconvenienti fatalmente originati dall’applicazione del sistema delle “vie parallele” *puro* (i.e. senza correttivi), in passato la dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato diverse ipotesi ricostruttive (in particolare, la tesi dell’applicabilità *analogica* dell’istituto della litispendenza – de-

clinato ora secondo il regime di cui all'art. 39 c.p.c. ora, in base all'assunto secondo cui i rapporti arbitro-giudice fossero più propriamente riconducibili a quelli tra giudici appartenenti ad ordinamenti diversi, secondo il regime di cui all'art. 7 della l. n. 218 del 1995 – e la tesi della c.d. litispendenza unilaterale, “zoppa” o “a senso unico”, operante cioè solo in favore del giudizio arbitrale iniziato per primo.

Dall'analisi svolta nei precedenti capitoli (in particolare nel secondo) è emerso come queste diverse tesi consentissero bensì di porre rimedio ad alcuni degli inconvenienti tradizionalmente associati al sistema delle “vie parallele”, ma fossero esse stesse foriere di altri inconvenienti, di grado forse ancora maggiore di quelli cui miravano a porre rimedio, e come si traducevano *ora* in una parziale compressione dell'autonomia delle parti, *ora* nel pregiudizio all'indipendenza del fenomeno arbitrale, *ora* nell'allungamento della tempistica per pervenire ad una definizione incontrovertibile sul merito della controversia – e, indirettamente, sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale –, nel caso in cui l'arbitro, adito per primo (e a cui il giudice statale, adito per secondo, avesse rinviato le parti senza aver prima svolto alcuna indagine sulla sussistenza o meno di un valido patto arbitrale) avesse ritenuto di essere sfornito del potere decisorio.

L'analisi di diritto comparato ci ha consentito di ampliare lo spettro dell'indagine, evidenziando soluzioni normative peculiari rispetto a quelle adottate dal legislatore italiano e proposte ricostruttive originali, elaborate dalla dottrina e giurisprudenza straniere. Pur nella consapevolezza della difficoltà e, talvolta, improponibilità di una loro “trasposizione” nel nostro ordinamento, esse ci forniscono comunque utili ed ulteriori spunti per procedere ad un tentativo di sistematizzazione della problematica che ci occupa nell'ambito dell'ordinamento italiano, tutt'ora lacunoso e talvolta incapace di fornire risposte soddisfacenti, nonostante le significative innovazioni apportate dal corposo intervento riformatore del 2006.

Anticipando qui, in estrema sintesi, la nostra proposta ricostruttiva, va detto come la codificazione, da parte del legislatore italiano, del sistema delle “vie parallele”¹, abbia reso inaccoglibili, nel nostro ordinamento, *de jure e de facto*, entrambe le tesi dell'applicabilità, ai rapporti arbitro-giudice statale, rispettivamente, della litispendenza *tout court* (nella duplice versione di cui all'art. 39 c.p.c., sull'assunto di un'analogia tra quei rapporti e quelli intercorrenti tra giudici ordinari nazionali; e di cui all'art. 7 della l. n. 218 del 1995, sull'assunto, invece, della riconducibilità di quei medesimi rapporti a quelli tra giudici italiani e giudici stranieri); e della litispendenza unilaterale, “zoppa” o “a senso unico”. Al di là della

¹ Sulla scia di una scelta analoga operata, quasi un decennio prima, dall'ordinamento tedesco e in contrapposizione, invece, alla soluzione francese, che, come noto, ha accolto l'effetto “negativo” del principio *Kompetenz Kompetenz*.

loro oggettiva incompatibilità con l'attuale dato normativo, infatti, si tratta di tesi che, secondo chi scrive, risulterebbero in ogni caso inidonee a governare i rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale, in ragione delle loro non poche incongruenze sotto il profilo teorico-sistematico e della loro inadeguatezza sotto il profilo pratico-applicativo.

A sua volta, il sistema che emerge dal dato normativo di cui alla riforma del 2006, si fa bensì apprezzare per non aver seguito il modello francese, che chi scrive ritiene eccessivamente sbilanciato in favore del giudizio arbitrale, pregiudizialmente ostativo all'esercizio del diritto costituzionale di accesso al giudice e foriero di inutili complicanze procedurali. Esso, tuttavia, risulta lacunoso sotto più di un profilo, non consentendo di far efficacemente fronte né al problema dei *conflitti positivi* di *potestas iudicandi* tra arbitro e giudice statale, né a quello dei *conflitti negativi*.

L'attuale disciplina positiva è senz'altro più articolata rispetto al passato, e contiene alcune innovazioni di particolare rilievo. Si pensi, ad esempio, alle norme che, nell'ambito sia del giudizio arbitrale che di quello statale, collegano espressamente un effetto preclusivo a determinate condotte delle parti (consistenti nell'omessa o intempestiva proposizione dell'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* dell'organo adito); oppure alla norma di cui al comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c., che consente l'instaurazione o prosecuzione del giudizio arbitrale su un determinato oggetto *anche in pendenza* di un giudizio statale sulla medesima causa (o su causa connessa); o, ancora, alla norma di cui al comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c., che per la prima volta sancisce l'ammissibilità, a certe condizioni, di una domanda giudiziale di mero accertamento vertente esclusivamente sulla questione dell'invalidità o inefficacia di una convenzione arbitrale.

Nessuna delle innovazioni introdotte dal legislatore, tuttavia, risolve in modo soddisfacente il problema cruciale che inficia l'efficacia complessiva del sistema delle "vie parallele", ossia la questione del *coordinamento preventivo* tra le due procedure, rispettivamente arbitrale e giudiziale, sulla medesima causa.

Da un lato, infatti, le condotte omissive delle parti (sia in sede giudiziale, che in sede arbitrale) sono solo *eventuali* e dipendono integralmente dalla volontà, espressa o implicita, delle parti, risultando come tali difficilmente pronosticabili *ex ante* e pertanto inidonee a svolgere un "ontologico" ruolo "riequilibratore" del sistema). Esse, d'altra parte, in base all'impostazione accolta da chi scrive, esauriscono i loro effetti *all'interno del processo* in cui sono state poste in essere, senza alcuna ricaduta sul piano sostanziale (in relazione al patto arbitrale), né ripercussione sullo svolgimento del processo parallelamente pendente nell'altra sede sulla medesima causa.

Dall'altro lato, l'istituto della domanda giudiziale di mero accertamento vertente esclusivamente sull'invalidità o inefficacia di una convenzione arbitrale, introdotto *ex novo* dall'art. 819 *ter*, comma 3 c.p.c., ha bensì l'indubbio merito di

confezionare – una volta che la decisione del giudice diventi definitiva – un accertamento incontrovertibile e vincolante sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, idoneo ad essere invocato in un altro processo (arbitrale o giudiziale) per paralizzarne la prosecuzione o per imporre all'organo adito di conformarvisi. Tuttavia, l'efficacia di tale istituto ai fini di coordinamento preventivo tra la procedura giudiziale e quella statale è grandemente depotenziata dalla fisiologica lunghezza dei tempi necessari per pervenire ad una pronuncia incontrovertibile sulla questione (dovendo mettere in conto, nel migliore dei casi, *un ulteriore grado di giudizio*, ove si ritenga esperibile il regolamento di competenza; nel peggiore dei casi, ove si ritenga di dover ricorrere alle impugnazioni ordinarie dell'appello e del ricorso per cassazione, addirittura *due ulteriori istanze*).

Allargando un po' lo sguardo, i problemi relativi ai conflittuali rapporti arbitro-giudice statale non sono stati definitivamente risolti nemmeno a seguito delle fondamentali pronunce, rispettivamente, della Corte costituzionale n. 223 del 2013 e della Corte di Cassazione n. 24153 del 2013, con cui, da un lato (dichiarata la parziale illegittimità costituzionale del comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c., nella parte in cui non prevedeva l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale, di "norme corrispondenti" all'art. 50 c.p.c.) si è sdoganata l'applicazione, a quei rapporti, del meccanismo della trasmigrazione della causa; dall'altro, si è sancita (a margine del riconoscimento dell'esperibilità del regolamento preventivo di giurisdizione in presenza di un patto arbitrale per arbitrato estero) la *natura giurisdizionale dell'attività aggiudicatoria degli arbitri*.

Nello specifico, la prima delle decisioni citate, ha bensì rimediato al problema della perdita degli effetti sostanziali e processuali della domanda originariamente proposta all'organo poi dichiaratosi incompetente, ma non ha risolto il problema dell'assenza, per l'organo *ad quem*, del vincolo all'accertamento sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale compiuto dall'organo *a quo*. Questo, secondo chi scrive, è il passaggio cruciale, diremmo quasi l'architrave su cui poggia il funzionamento dell'intero sistema dei rapporti arbitro-giudice, perché solo ipotizzando la sussistenza di quel vincolo si potrà avere un effettivo coordinamento (preventivo) tra le procedure (arbitrale e giudiziale) sulla medesima causa, evitando così gli inconvenienti associati al funzionamento del sistema delle "vie parallele" *puro*. Solo ipotizzando quel vincolo è possibile pensare ad una disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione improntata alla reciproca autonomia e indipendenza, coniugando l'operatività del principio *Kompetenz Kompetenz* con esigenze sistematiche di coordinamento, prevedibilità e certezza.

Questo profilo non è stato oggetto dell'intervento del legislatore della riforma (se non marginalmente, attraverso l'introduzione dell'istituto di cui all'art. 819 *ter*, comma 3 c.p.c., che tuttavia, come detto, presenta una serie di limiti pratico-applicativi che ne riducono l'efficacia sotto il profilo del coordinamento tra pro-

cedure), mentre, come visto nel terzo capitolo, è stato ed è tutt'ora al centro del dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

In questo capitolo, la prima sezione sarà dedicata alla dimostrazione dell'incompatibilità, con l'attuale dato normativo (oltre che alla loro generale incongruenza, sotto il profilo teorico-sistematico, e inadeguatezza, sotto il profilo pratico-applicativo), delle tesi dell'applicabilità analogica, ai rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale, dell'istituto della litispendenza (secondo i regimi di cui all'art. 39 c.p.c., all'art. 7 della l. n. 218 del 1995 e alle norme rilevanti dei Regolamenti europei) e, rispettivamente, dell'istituto della litispendenza unilaterale, "zoppa" o "a senso unico", nonché ad evidenziare i punti deboli e le lacune della versione *pura* del sistema delle "vie parallele" (quella, cioè, adottata dal legislatore della riforma del 2006, caratterizzata dall'assenza di meccanismi di coordinamento preventivo tra la procedura arbitrale e quella giudiziale e dall'assenza di un vincolo reciproco, per l'arbitro e per il giudice, all'accertamento (incontrovertibile) sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale).

Nella seconda sezione, nell'ambito della nostra proposta ricostruttiva, dopo aver inquadrato, sotto il profilo teorico-dogmatico e alla luce dei principi costituzionali dell'ordinamento, *in generale*, il fenomeno arbitrale e, *in particolare*, l'eccezione (ricondata da chi scrive al novero delle eccezioni su questioni *di rito*), rispettivamente, di sussistenza o insussistenza di *potestas iudicandi* dell'organo adito (giudice o arbitro) in presenza di una convenzione arbitrale, si procederà all'individuazione dei fondamenti teorico-dogmatici dell'attribuzione di un'efficacia extraprocessuale, reciprocamente vincolante per l'arbitro e per il giudice statale, all'accertamento contenuto nella decisione (positiva o negativa) (anche o solo) sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, pronunciata *nell'altra sede*. Tale passaggio implica un ripensamento del controverso tema dell'*efficacia extraprocessuale delle decisioni su questioni processuali*, che verrà svolto alla luce di una breve indagine comparata su alcuni aspetti del diritto tedesco e di alcune recenti sviluppi in tema di efficacia delle decisioni sulla giurisdizione a livello non solo nazionale (con l'introduzione della l. n. 69 del 2009 e, in particolare, del suo art. 59), ma anche euro-unitario (si pensi al tema del riconoscimento delle decisioni di rito nello spazio giudiziario europeo). L'obiettivo è dimostrare che l'efficacia extraprocessuale e vincolante dell'accertamento contenuto in decisioni giudiziali ed arbitrali, stabilizzatesi con il giudicato formale, non è prerogativa esclusiva delle decisioni di merito, ma, a certe condizioni, anche di quelle su questioni di rito.

Tale conclusione, tuttavia, rappresenta solo il punto di partenza per la delimitazione, nell'ambito dell'attuale contesto normativo, di un sistema organico e coordinato dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale, il cui funzionamento passa attraverso l'enucleazione e la risoluzione di una serie di problematiche processuali di particolare delicatezza e complessità, che saranno trattate nella terza sezione.

Si dovrà procedere, innanzitutto, all'individuazione di quali siano le statuizioni, rispettivamente giudiziali ed arbitrali, sulla *potestas iudicandi* arbitrale (ossia sulla questione dell'esistenza, validità ed efficacia di una convenzione arbitrale) davvero idonee ad acquisire o a produrre la suddetta efficacia extraprocessuale: solo quelle espresse o anche quelle implicite, solo quelle affermative della *potestas iudicandi* dell'organo adito o anche quelle declinatorie, solo quelle adottate con lodo o anche quelle adottate con ordinanza, solo quelle contenute in una statuizione vertente *anche sul merito della lite*, oppure anche quelle vertenti *esclusivamente sulla convezione arbitrale* e così via. Si dovrà poi affrontare una serie di questioni attinenti alle modalità e alla "tempistica" attraverso cui le decisioni (solo o anche) sulla *potestas iudicandi* arbitrale, ritenute idonee ad esplicare effetti al di fuori del processo, producano *effettivamente* tali effetti; se ciò segua alla mera decisione, del giudice o dell'arbitro, circa la fondatezza o meno della contestazione mossa dalla parte al suo potere decisorio o se sia necessaria una espressa domanda di parte per trasformare la questione in causa e dunque investirla con un accertamento a cognizione piena e non solo *incidenter tantum*. V'è poi da indagare se l'efficacia extraprocessuale ricollegabile alle decisioni sulla *potestas iudicandi* arbitrale si produca immediatamente a seguito della pronuncia oppure se sia necessario attendere il loro passaggio in giudicato formale, oppure, ancora, se nelle more del passaggio in giudicato sia ipotizzabile la produzione "provvisoria" di qualche effetto condizionante o impediente (con la correlata questione dell'applicabilità, in questi contesti, dell'art. 337, comma 2, c.p.c.).

La stessa individuazione del momento del passaggio in giudicato *formale* delle decisioni, giudiziali e arbitrali, sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale è profilo controverso, essendo correlato alla diatriba concernente l'immediata impugnabilità di dette decisioni e l'individuazione del rimedio impugnatorio esperibile avverso esse.

In particolare, è bensì fuori discussione l'immediata impugnabilità della decisione del giudice statale sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale e altresì lo strumento utilizzabile per detta impugnazione (il regolamento di competenza), essendo stati espressamente codificati dal legislatore della riforma del 2006, che ha recepito l'orientamento tralatizio assolutamente prevalente nei decenni precedenti alla svolta "negozialistica" delle Sezioni Unite di inizio 2000 (con i pochi dubbi residui riguardanti taluni snodi processuali conseguenti all'effettiva proposizione dello strumento impugnatorio, quali, ad esempio, l'ambito della cognizione della Suprema Corte adita in sede di regolamento, l'effetto della pendenza del giudizio di impugnazione su giudizi a vario titolo connessi, l'efficacia della decisione pronunciata dalla Cassazione).

La questione dell'impugnazione del lodo che pronunci (anche o solo) sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, invece, pone più d'un problema, in ragio-

ne di un dato normativo lacunoso e comunque non univoco. Si discute, in particolare, se la pronuncia arbitrale non definitiva, che pronunci affermativamente sulla sussistenza del potere decisorio in capo all'arbitro, sia immediatamente impugnabile e, se sì, con quale rimedio impugnatorio.

A seguito della riforma del 2006, l'orientamento prevalente valorizza la distinzione normativa tra lodo definitivo, lodo parziale ("... che decide parzialmente il merito") e lodo non definitivo ("... che risolve alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio arbitrale") e conclude nel senso che, ad eccezione del lodo *declinatorio* (che, definendo il giudizio, viene ascritto alla categoria dei lodi definitivi), il lodo che pronunci separatamente sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, affermandola, in quanto "non definitivo", non sia mai impugnabile immediatamente, ma solo insieme al lodo di merito. D'altra parte, sempre valorizzando il dato normativo, che, al comma 1 del nuovo art. 827 c.p.c., statuisce che: "Il lodo è soggetto all'impugnazione per nullità, per revocazione o per opposizione di terzo", detto orientamento ritiene che lo strumento impugnatorio avverso un lodo che abbia pronunciato sulla *potestas iudicandi* arbitrale non possa mai essere il regolamento di competenza, ma solo ed esclusivamente, l'impugnazione per nullità *ex art.* 829 ss. c.p.c.

Le conclusioni di detto orientamento, tuttavia, secondo chi scrive, non sono condivisibili. Una diversa e più articolata esegesi del dato normativo, la valorizzazione dell'equiparazione "funzionale" tra arbitrato e giurisdizione statale sancita dalla Consulta e dalla Suprema Corte, considerazioni di carattere sia sistematico che di opportunità pratico-applicativa, in uno con spunti ricavabili da esperienze pratico-applicative di altri ordinamenti e dal funzionamento del sistema della Convenzione di New York, inducono infatti ad optare per l'*immediata impugnabilità del lodo che pronunci separatamente ed affermativamente* sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, attribuendo uno spazio di operatività, quale rimedio impugnatorio avverso quella pronuncia (come anche avverso quella *declinatoria*), allo strumento del regolamento di competenza. La soluzione adottata pone però inevitabili problemi di coordinamento con il giudizio di nullità e con i motivi di impugnazione del lodo in esso invocabili, di cui verrà dato adeguatamente conto nel prosieguo.

Infine, ci si soffermerà sul regime applicabile alla spendita, in un giudizio, della decisione, *definitiva*, formatasi nell'altro, sul merito della lite o sulla sola questione della *potestas iudicandi* arbitrale, soprattutto per quanto attiene alla sua rilevabilità (solo su istanza di parte o anche *ex officio*), alla luce delle preclusioni sussistenti, sia in sede giudiziale e che in sede arbitrale, per le contestazioni alla *potestas iudicandi* dell'organo adito e il problema, strettamente correlato, del regime applicabile all'eventuale conflitto tra un giudicato arbitrale e un giudicato statale.

2. *Incompatibilità, con l'attuale quadro normativo, della tesi dell'applicabilità analogica, ai rapporti arbitro-giudice, del regime domestico della litispendenza, applicabile ai rapporti tra giudici ordinari (art. 39 c.p.c.)*

Si è ampiamente illustrato, nel secondo capitolo, come, prima della riforma del 2006, un orientamento minoritario, sulla base di considerazioni di carattere sistematico, nonché di ragioni di opportunità, ritenesse che ai rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale potesse farsi applicazione analogica dell'istituto della litispendenza², alternativamente, per taluno, secondo il regime di cui all'art. 39 c.p.c. o, per altri, secondo quello di cui all'art. 7 l. n. 218 del 1995³. Anche a seguito della riforma del 2006, la tesi di una possibile disciplina dei rapporti arbitro-giudice fondata sul criterio della prevenzione, *ad instar* del regime di cui all'art. 39 c.p.c., non ha mancato di trovare, in dottrina, un qualche supporto.

Chi scrive, tuttavia, ritiene che l'attuale dato normativo, pur caratterizzato da previsioni ambigue ed involute e da lacune normative, risulti incompatibile con qualunque ricostruzione volta ad estendere, ai rapporti arbitro-giudice, il meccanismo della prevenzione e dunque, in ultima analisi, a disciplinare i conflitti positivi di *potestas iudicandi* intercorrenti tra i due organi ricorrendo ad un'applicazione analogica dell'istituto della litispendenza regolato dall'art. 39 c.p.c.

Detta incompatibilità ci pare inequivocabilmente emerga da una lettura sistematica della normativa attualmente in vigore, anche alla luce del fatto che il presupposto di applicabilità dell'art. 39 c.p.c. consiste nella contemporanea investitura di *due organi giudicanti appartenenti al medesimo ordinamento giurisdizionale*, non ravvisabile nei rapporti arbitro-giudice.

²Tra questi v. A. BARLETTA, *Sulla previa pendenza tra processo ordinario e giudizio arbitrale*, in *Riv. arb.* 2000, 548 ss.; F. LEPRI, *Arbitrato rituale, pendenza della stessa causa innanzi al giudice statale ed applicazione dell'art. 39, I comma c.p.c.*, in *Riv. arb.* 1996, 378 ss.; G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, 2^a ed., Torino 2000, 17 ss.; R. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino 2008, 222; S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo. Vol. 1*, Napoli 2005, 293 ss.; D. BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, Bologna 2001, 230 ss.; M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, in *Riv. arb.* 1996, 239 ss.; C. CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino 1991, 191 ss.; D. BUONCRISTIANI, *Efficacia nel procedimento arbitrale della sentenza del giudice ordinario declinatoria della competenza a favore del collegio arbitrale*, in *Riv. arb.* 1992, IV, 748 ss.; D. GIACOBBE, *Questioni di litispendenza tra giudizio ordinario e giudizio arbitrale*, in *Giust. civ.* 1997, 2457 ss. Possibilisti anche R. VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale a giudicare della propria competenza*, in *Riv. arb.* 1997, 329 ss.; ID., *Questioni di litispendenza e competenza nei rapporti tra arbitri e A.G.O.*, in *Giust. civ.* 1997, I, 269 ss.; F. CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato riformato*, in *Riv. arb.* 1994, 659 ss.

³M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, in *Riv. arb.* 1998, 505 ss.; ID., *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. civ.* 2002, 444; ID., *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.* 1999, 422, per il quale l'eccezione di litispendenza altro non sarebbe stata che un'eccezione di giudicato anticipata.

Il combinato disposto delle previsioni di cui agli artt. 817, commi 1 e 2 c.p.c. e 819 *ter*, comma 1 c.p.c. che delinea, invece, a delineare il sistema delle c.d. “vie parallele”⁴, che risolve il conflitto (positivo) di competenza (e quindi quella che sarebbe una situazione di litispendenza) in una questione di competenza, che imponendo sia all’arbitro che al giudice di valutare preventivamente, *in piena autonomia* (e, dunque, indipendentemente dalla pendenza di un giudizio parallelo sulla medesima causa dinanzi all’altro organo), il patto arbitrale, prima di decidere se proseguire o meno il giudizio incardinato dinanzi ad essi.

Si tratta di un *sistema agli antipodi del criterio della prevenzione*, che invece preclude all’organo adito per secondo di svolgere un preventivo esame circa la sussistenza o meno della propria e dell’altrui competenza, prima di decidere se chiudere o meno in rito il giudizio. Invero, sebbene, anche nel contesto del codice del 1940, non sia mancato chi – sulla base di argomentazioni anche plausibili – abbia continuato a ritenere necessario il previo accertamento della competenza del primo giudice, prima che il secondo giudice potesse dichiarare la litispendenza e chiudere in rito il giudizio iniziato per secondo⁵, l’orientamento che attualmente prevale, sulla scia di una soluzione consolidata nell’ordinamento tedesco, ritiene che, nell’ambito del regime di cui all’art. 39 c.p.c., il giudice adito per secondo *non* debba preventivamente verificare la competenza del primo giudice⁶. Dopo un’iniziale incertezza, anche la giurisprudenza ha chiaramente preso posizione in favore della prevalenza del criterio della prevenzione “puro”⁷.

A supporto di tale approccio si suole invocare, da un lato, il tenore letterale dell’art. 39, comma 1 c.p.c. che, nel sostituire il precedente art. 104, ha omesso di riprodurre *proprio* la parte che accennava alla competenza del primo giudice; dal-

⁴ In tal senso v. anche M. BOVE, in *Guida al diritto* 2006, 8, 107 ss.; L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile. Libro quarto: Procedimenti speciali art. 806-840*, Bologna 2014, 567 ss.; S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela della convenzione arbitrale*, in *Riv. arb.* 2013, 395 ss.

⁵ Per riferimenti v. G. FRANCHI, *Difetto di giurisdizione, incompetenza, litispendenza*, in E. AL-LORIO (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Torino 1973, 408; ID., *La litispendenza*, Padova 1963, 406 ss.; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, 3^a ed., Milano, II, 1985; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, rist., Milano 1966, I, 170.

⁶ In tal senso, v., tra gli altri, L. MONTESANO, ARIETA, *Diritto processuale civile*, I, Torino 1996, 105; G. MONTELEONE, *Litispendenza*, in *Enc. giur.* XIX, Roma 1990, 2 ss.; G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, Padova 1990, 68 ss.; C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, 8^a ed., I, Torino 1991, 225; G. VERDE, *Profili del processo civile*, 2^a ed., Napoli 1986, 83; S. SORACE, *Litispendenza*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano 1974, 983; V. COLESANTI, *Litispendenza*, in *Noviss. digesto it.*, IX, Torino 1963, 983.

⁷ V., *ex multis*, Cass. S.U. 11 novembre 1994, n. 9409; Cass. 3 marzo 1976, n. 717; Cass. 28 settembre 1973, n. 2439.

l'altro lato, la differente formulazione del comma 1 rispetto al comma 2 dell'art. 39 c.p.c., spiegabile se si considera che le cause, in caso di continenza, a differenza di quello che accade per la litispendenza, hanno una diversa ampiezza (il primo giudice potrebbe non essere competente a conoscere una delle due, pur essendolo per quella pendente dinanzi a lui), da cui discende la necessità che, in caso di continenza, *ma non in quello di litispendenza*, si effettui la verifica prima di pronunciare il provvedimento previsto dalla norma; da un altro lato ancora, la possibilità che una valutazione *attuale* circa l'insussistenza della competenza in capo al primo giudice venga sconfessata, *in un momento successivo*, per intervenuti motivi di incompetenza dinamica⁸ o per un semplice errore di valutazione da parte del secondo giudice. Se il secondo giudice non si dovesse spogliare della causa, si ritornerebbe ad avere un conflitto positivo di competenza; ciò significa che un meccanismo di litispendenza, basato sul necessario accertamento della competenza, non riuscirebbe ad assicurare la funzione alla quale è preordinato⁹.

Ora, nel contesto normativo post-riforma del 2006, è bensì vero che, a differenza di quanto statuito in relazione agli artt. 44, 45, 48, 50 e 295 c.p.c., *manca una norma che escluda espressamente l'applicabilità dell'art. 39 c.p.c. ai rapporti tra arbitrato e giurisdizione ordinaria*: ciò che, in base al principio *ubi lex voluit, dixit*, potrebbe fornire un argomento a supporto della tesi di chi ritiene possibile, anche

⁸V. L. MONTESANO, G. ARIETA, *Diritto processuale civile*, cit., 105, per i quali il secondo giudice: "(...) potrebbe, in astratto, attraverso un semplice controllo di legalità, verificare la sussistenza o meno dei criteri statici, [ma] non è mai in grado di sindacare la competenza del primo giudice in relazione ai criteri dinamici e deve, pertanto, in ogni caso, pronunciare sentenza di litispendenza, onde consentire al primo giudice, sempre che risulti competente non in base ai criteri statici, ma a quelli dinamici, di procedere nella trattazione e di decidere sulla domanda"; nello stesso senso v. G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, cit., 68 ss.

⁹Le uniche due eccezioni al principio dell'automatica declinatoria, da parte del secondo giudice, si hanno, da una parte, quando sia già intervenuta declaratoria di incompetenza del giudice previamente adito (v. Cass. 7 gennaio 1970, n. 28) e, dall'altra, nel caso in cui si abbia competenza istituzionalmente o funzionalmente attribuita dalla legge ad un determinato giudice, che, anche se adito per secondo, trattiene comunque la causa proposta davanti a lui (Cass. 30 ottobre 1969, n. 3594, in *Foro pad.* 1969, I, 1186, in tema di foro erariale; Cass. 27 novembre 1971, n. 3463, in tema di opposizione all'esecuzione). Si pensi all'ipotesi costituita dall'opposizione al decreto ingiuntivo notificato dopo che il debitore abbia proposto azione di accertamento negativo del credito davanti ad altro giudice. Poiché solo il giudice dell'opposizione può *revocare* il decreto, se questi si spogliasse della causa in favore del primo giudice, il decreto non potrebbe essere revocato, e, conseguenza sicuramente incongrua, esso potrebbe divenire esecutivo ai sensi dell'art. 653, comma 1 c.p.c., in quanto non toccato dalla improcedibilità dell'opposizione. Sul punto sono intervenute due importanti pronunce, Cass. S.U. 8 ottobre 1992, n. 10984 e Cass. 8 ottobre 1992, n. 10985, nt. critica A. PROTO PISANI, che hanno confermato il principio per cui il giudice dell'opposizione al decreto ingiuntivo non deve spogliarsi della causa anche se adito per secondo, proprio perché la sua è una *competenza funzionale*.

nell'attuale contesto normativo, il ricorso all'istituto della litispendenza per regolare i rapporti arbitro-giudice. Tuttavia, una lettura sistematica delle norme induce a ritenere che il sistema adottato dal legislatore sia indiscutibilmente quello delle "vie parallele", incompatibile con ogni ricorso all'istituto della litispendenza secondo il regime di cui all'art. 39 c.p.c.

Per cominciare, il comma 2 dell'art. 817 c.p.c. – disposizione che, in un certo senso, fa da *pendant* a quella di cui al comma 1, ai sensi della quale l'arbitro ha il potere di decidere delle obiezioni mosse alla propria competenza, attengono esse alla validità, contenuto o ampiezza della convenzione arbitrale, o alla irregolare costituzione degli arbitri –, prevede che il potere degli arbitri di decidere sulla propria *potestas iudicandi* sussiste: "(...) *anche se i poteri degli arbitri sono contestati in qualsiasi sede per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento*". In ragione della sua formulazione criptica ed involuta, tale norma necessita di qualche chiarimento.

Dato che una mera contestazione *stragiudiziale* (in qualunque sede ed in qualunque forma, orale o scritta) appare *inidonea* a produrre un qualsivoglia effetto sull'esercizio della *potestas iudicandi* da parte degli arbitri, fintoché questa non giunga alla loro attenzione (nel senso che essa non sia sollevata direttamente dinanzi ad essi), è verosimile ritenere che la norma si riferisca essenzialmente ad una contestazione sollevata, in forme e tempi diversi, *nell'ambito di una procedura contenziosa*, sia essa arbitrale o giudiziale e, con riferimento a quest'ultima, alternativamente, nell'ambito di un giudizio avente *esclusivamente* ad oggetto la questione della validità ed efficacia della convenzione arbitrale, oppure nel contesto di un giudizio vertente *anche* sul merito della lite coperta dal patto arbitrale contestato. In linea di principio, il dato testuale potrebbe suggerire che l'estensione, a tali casi, dell'ambito applicativo della disposizione del comma 1 (i.e. l'operatività, per gli arbitri, del principio *Kompetenz Kompetenz*) possa darsi *solo allorquando* la contestazione della *potestas iudicandi* degli arbitri a giudicare della propria competenza (in una sede diversa da quella dell'arbitrato pendente) dipenda da una ragione *sopravvenuta* nel corso di quest'ultimo; non, invece, nel caso in cui la contestazione, *pur essendo sopravvenuta, o comunque successiva all'inizio di un giudizio arbitrale*, dipenda da una ragione *pre-esistente a quest'ultimo*.

Tale lettura condurrebbe, tuttavia, ad un'indebita compressione dell'operatività del principio *Kompetenz Kompetenz* che, oltre a non trovare riscontro alcuno nella maggioranza degli altri ordinamenti, creerebbe un'incomprensibile discriminazione tra due situazioni del tutto equiparabili sotto il profilo della rispettiva *ratio*: da un lato, la contestazione della *potestas iudicandi* arbitrale derivante da una ragione bensì *pre-esistente all'arbitrato* (ad esempio, l'invalidità originaria del patto arbitrale), ma sollevata *unicamente* dinanzi agli arbitri, *che sarebbe da questi cono-*

scibile (rientrando la fattispecie nell'ambito di applicazione del comma 1 della norma, che, ai fini del potere degli arbitri di decidere sulla propria competenza, non distingue tra ragioni *pre-esistenti* e ragioni *sopravvenute*); dall'altro, la contestazione della *potestas iudicandi* arbitrale derivante da una ragione bensì *pre-esistente all'arbitrato*, ma sollevata *anche* dinanzi ad un altro organo (giudiziale o statale), che sarebbe, invece – argomentando *a contrario* dalla disposizione del comma 2 dell'art. 817 c.p.c. – sottratta alla cognizione arbitrale.

Far discendere conseguenze tanto diverse sul piano processuale (sotto il profilo dell'ampiezza dei poteri cognitori degli arbitri ogniqualvolta debbano decidere sulla propria competenza) non dal *diverso tipo di contestazione* mossa alla *potestas iudicandi* degli arbitri, ma dal mero fatto del *momento in cui sorga la ragione sottostante a detta contestazione*, mal si concilia con il tradizionale ambito applicativo del principio *Kompetenz Kompetenz* (che, in linea di principio, ricomprende *qualsivoglia ragione di contestazione alla competenza arbitrale, indipendentemente dal suo profilo cronologico*) e snatura quello che, secondo chi scrive, è il vero obiettivo (seppur non espressamente dichiarato) della norma: preservare, in capo agli arbitri, il potere di decidere sulla propria *potestas iudicandi* ogniqualvolta si verta in una situazione di "litispendenza" (o connessione) giudiziale ed arbitrale e, nello specifico, *quando la litispendenza giudiziale sia successiva ("sopravvenuta") a quella arbitrale*.

Invero, è stato proprio il problema di come regolare il fenomeno del parallelismo di procedure sulla medesima causa in sede, rispettivamente, arbitrale e giudiziale, ad originare l'acceso dibattito in dottrina e giurisprudenza nel contesto normativo ante-riforma del 2006 (caratterizzato dall'assenza di espresse disposizioni legislative sul tema). Il mero fatto che la "competenza" degli arbitri sia *contestata* dinanzi all'altro organo significa non solo che essa è stata "invocata" (mediante proposizione dell'eccezione di patto arbitrale), ma anche che sulla sussistenza della stessa e sulla sua idoneità ad operare come impedimento alla prosecuzione del giudizio statale si sia originata una (per quanto superficiale o preliminare) discussione; in altri termini, ciò significa che l'esame della stessa non sia stato irrimediabilmente precluso dall'operare di un meccanismo automatico di rinvio della causa agli arbitri, come avverrebbe ove operasse il criterio della prevenzione.

Chi scrive ritiene, in altri termini, che il comma 2 dell'art. 817 c.p.c. abbia inteso mettere fine alle speculazioni, codificando per la prima volta la soluzione supportata dall'orientamento interpretativo maggioritario ante-riforma, ossia che una mera situazione di litispendenza (o connessione) tra arbitrato e giudizio statale, *indipendentemente dal fatto che il giudizio arbitrale sia stato iniziato prima o dopo quello giudiziale* (nel cui ambito la questione della competenza arbitrale sia *oggetto di contestazione* – perché invocata, tramite eccezione, da una parte e contestata, nella sua fondatezza, dall'altra –), non preclude, limita o comprime in alcun

modo il potere degli arbitri di valutare in piena autonomia la sussistenza della propria *potestas iudicandi*.

Seppur con una diversa formulazione e adottando la diversa prospettiva del giudizio statale, il medesimo principio viene ribadito anche dal comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c., che recita: “*La competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice (...)*”. La formulazione del combinato disposto degli artt. 817, comma 1 e 2 e 819 *ter*, comma 1 c.p.c. avrebbe senza dubbio potuto essere più chiara ed univoca, magari fondendo in un'unica norma il disposto degli attuali comma 2, prima parte, dell'art. 817 c.p.c. e comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c., statuendo in maniera espressa ed inequivocabile il potere degli arbitri di conoscere di ogni obiezione relativa alla propria competenza, *indipendentemente dal fatto che penda un giudizio statale* (o arbitrale) sulla medesima causa o su causa connessa, all'interno della quale sia eccepita o comunque contestata la *potestas iudicandi* degli arbitri. Tuttavia, ci pare innegabile che il legislatore, con quel combinato disposto, abbia inteso codificare il sistema delle c.d. “vie parallele”.

La ricostruzione qui accolta impedisce altresì di accogliere interpretazioni meno restrittive, ma comunque *in contrasto* con il sistema delle “vie parallele”, quali quella secondo cui ad essere sopravvenuta *non sarebbe la ragione della contestazione, ma la contestazione stessa*, che finirebbe comunque per sottrarre dal suo campo di applicazione tutti quei casi in cui la contestazione sia stata proposta *precedentemente* alla proposizione della stessa dinanzi agli arbitri (e financo precedentemente alla stessa instaurazione del giudizio arbitrale). Si pensi al caso in cui il convenuto in arbitrato abbia instaurato in precedenza un giudizio statale sulla medesima causa o su causa connessa, nell'ambito del quale, a fronte dell'*exceptio compromissi* sollevata dalla parte convenuta nel giudizio statale (attrice, invece, in quello arbitrale), abbia replicato *contestando* la validità del patto arbitrale. Facendo rigorosa applicazione del dato normativo di cui alla prima parte del comma 2 dell'art. 817 c.p.c., infatti, pur se estensivamente interpretato sì da intendere l'espressione “per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento” come se intendesse dire “per qualsiasi *contestazione* sopravvenuta nel corso del procedimento”, si finirebbe per precludere agli arbitri la facoltà di decidere sulla propria “competenza” *proprio nei casi più frequenti di parallelismo di procedure*, ossia quando l'instaurazione del giudizio statale *preceda* l'inizio del giudizio arbitrale.

Un tale esito sdoganerebbe un'applicazione *unilaterale* dell'istituto della litispendenza nei rapporti arbitro-giudice, *non*, sorprendentemente, *a favore dell'istituto arbitrale* (in una sorta di applicazione analogica dell'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz*, sulla scia del diritto francese), *bensì a suo sfavore e a favore del solo giudizio statale* iniziato per primo, così incentivando le parti – che, pur vincolate al patto arbitrale a suo tempo stipulato, non intendano più adempiere all'obbligazione originariamente assunta – *ad adire in prevenzione il giudice*

ordinario alle prime avvisaglie di controversia con la controparte, al fine di paralizzare il successivo arbitrato. Ciò che risulterebbe in palese contrasto con quanto univocamente emerge dal già richiamato comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c., secondo cui: “*La competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice, né dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice*”.

D'altra parte, la lettura della norma da ultimo menzionata finirebbe altresì per invalidare il disposto di cui al comma 1 dell'art. 817 c.p.c., dato che la piena operatività del principio *Kompetenz Kompetenz* in arbitrato verrebbe sacrificata al criterio della prevenzione e dunque subordinata al fatto che non sia stato precedentemente instaurato un giudizio statale. Il comma 1 dell'art. 817 c.p.c. finirebbe così per applicarsi unicamente ai casi di contestazione “contestuale” in altra sede: una situazione di difficile avveramento sul piano pratico (dato che una contestazione giudiziale verosimilmente *precederà o seguirà sempre*, anche se di poco, quella sollevata dinanzi agli arbitri) e, in ogni caso, più circoscritta rispetto al tradizionalmente ampio ambito di applicazione del principio *Kompetenz Kompetenz*.

Alla luce di quanto precede, la lettura qui suggerita dello scopo della prima parte del comma 2 dell'art. 817 c.p.c. (preservare, in capo agli arbitri, il potere di decidere sulla propria *potestas iudicandi*, ogniqualvolta si verta in una situazione di “litispendenza”, – o connessione – giudiziale ed arbitrale e, nello specifico, *anche quando* la litispendenza giudiziale sia successiva – “sopravvenuta” – a quella arbitrale) è l'unica, secondo chi scrive, a consentirne un adeguato coordinamento sistematico, risolvendosi le altre letture in indebite compressioni del principio *Kompetenz Kompetenz* come tradizionalmente inteso. Ciò, in particolare, in considerazione del fatto che l'espreso riferimento al principio *Kompetenz Kompetenz* contenuto nel comma 1 dell'art. 817 c.p.c., in combinato disposto con quanto emerge dall'art. 819 *ter* c.p.c. sulla persistente competenza degli arbitri anche in pendenza della stessa causa (o di causa connessa), è sufficientemente ampio da puntellare la *potestas iudicandi* degli arbitri a decidere non solo nel merito, ma, *in primis*, anche sulla propria competenza¹⁰, garantendone l'autonomia e l'esercizio

¹⁰ Per quanto, infatti, il citato comma non specifichi se la competenza degli arbitri di cui parla sia quella a *decidere nel merito della causa*, oppure, anche (o solo), quella a *giudicare della propria competenza*, quand'anche l'intenzione del legislatore, espressa nella disposizione citata, fosse unicamente nel primo senso (come parrebbe doversi desumersi dal riferimento alle espressioni “pendenza della stessa causa davanti al giudice” e “connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice”, che contengono una sottolineatura sostanzialistica della controversia deferita all'organo giudiziale), è giocoforza concludere che, a maggior ragione, non sia esclusa la competenza dell'arbitro a decidere sulla propria competenza, che è il presupposto giuridico, nonché l'antecedente logicamente necessario, per una sua decisione nel merito.

in ogni caso, e sottraendone contestualmente la relativa disciplina alle dinamiche della litispendenza e, in particolare, all'operatività del criterio della prevenzione¹¹.

Così inquadrata, la norma di cui alla prima parte del comma 2 dell'art. 817 c.p.c. rivela invero la sua *sostanziale ridondanza*, dal momento che sarebbe bastato il disposto di cui al comma 1 dell'art. 817 c.p.c. (magari lievemente integrato nel senso in precedenza prospettato) per dare piena attuazione all'operatività del principio *Kompetenz Kompetenz* e per regolare tutte le ipotesi in cui la questione della competenza arbitrale, derivando essa sia da una ragione pre-esistente o sopravvenuta all'instaurazione di un giudizio arbitrale, oltre che dinanzi agli arbitri, sia portata, preventivamente o successivamente, dinanzi ad un giudice statale.

Ulteriori conferme dell'inapplicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, dell'istituto della litispendenza, provengono, da un lato, dalla norma di cui al comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c.; dall'altro, dalla norma di cui al comma 3 della medesima disposizione; dall'altro ancora, dal loro combinato disposto; infine, dalla natura e finalità spiccatamente pubblicistiche dell'istituto della litispendenza, non ravvisabili nei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale.

Quanto al comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c. (secondo cui: “*La competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice, né dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice*”), esso non specifica in maniera espressa se la “pendenza” cui esso si riferisce consegue ad un giudizio statale iniziato *solo preventivamente* rispetto all'arbitrato, ad uno instaurato *solo successivamente*, oppure *ad entrambi i casi*. Sebbene la genericità della norma consenta, in linea di principio, di ricondurre all'espressione “pendenza della stessa causa davanti al giudice” entrambi i casi (i.e. di giudizio statale iniziato *preventivamente* o *successivamente* all'arbitrato), la nozione di “pendenza” pare soprattutto rimandare alla situazione di un giudizio statale *già in precedenza instaurato* (e dunque “*pendente*”) al momento in cui rileva la competenza degli arbitri, a cominciare dalla possibilità che le parti diano inizio ad un procedimento arbitrale successivamente alla *già attuale pendenza* del giudizio statale (ché, altrimenti, la norma avrebbe utilizzato espressioni più specifiche, quali “la competenza degli arbitri non viene meno per l'instaurazione della stessa causa (...)”).

La stessa conclusione parrebbe suggerita dal disposto di cui all'art. 817, comma 2 c.p.c. (nella ricostruzione che abbiamo in precedenza illustrato). La norma,

¹¹ Osserva L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 598, che la norma avrebbe dovuto essere formulata con l'inserimento dell'avverbio “anche” dopo “in qualsiasi sede”, in modo da coprire *tutti i casi in cui il potere decisorio degli arbitri sia contestato*; dunque sia nell'ambito del giudizio arbitrale o statale (“in qualsiasi sede”), sia per ragioni già esistenti all'instaurazione del giudizio arbitrale (“di fatto già coperte dalla previsione di cui al comma 1 dell'art. 817 c.p.c.”) che per ragioni sopravvenute (“anche per qualsiasi ragione sopravvenuta”).

disciplinando chiaramente un'ipotesi di contestazione (giudiziale) della *potestas iudicandi* arbitrale *successiva* all'instaurazione del giudizio arbitrale, induce a ritenere che il comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c., onde non risultare ridondante, disciplini un'ipotesi *diversa*, qual è appunto quella della contestazione (giudiziale) della *potestas iudicandi* arbitrale *precedente* all'instaurazione del giudizio arbitrale. Del resto, mirando la norma di cui al comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c., *evidentemente*, a "tutelare e preservare" la *potestas iudicandi* arbitrale (non è, infatti, la competenza del giudice statale a *non essere esclusa*, ma, appunto, quella degli arbitri), è proprio *il primo degli scenari indicati* (giudizio statale iniziato *preventivamente* rispetto all'arbitrato) ad essere il più problematico per l'integrità del giudizio arbitrale, ove si dovesse fare applicazione analogica dell'istituto della litispendenza, perché, in ossequio al criterio della prevenzione, ne paralizzerebbe la procedibilità, consentendo condotte dilatorie e in mala fede della parte che, pur avendo stipulato un patto arbitrale, non intenda più dare corso all'arbitrato, potendolo paralizzare con la semplice proposizione preventiva della causa dinanzi al giudice statale. Da questo punto di vista, invece, l'ipotesi inversa, ossia la previa instaurazione del giudizio arbitrale e *la sola successiva instaurazione di quello giudiziale*, non rappresenterebbe alcuna minaccia per l'arbitrato – non necessitando, dunque, di un'espressa previsione normativa che lo "protegga" –; invero, sia in applicazione del principio *Kompetenz Kompetenz*, sia in applicazione analogica dell'istituto della litispendenza, la competenza degli arbitri sarebbe comunque preservata in quanto cronologicamente anteriore.

Se tale lettura è corretta, già con essa si avrebbe la conferma che il legislatore della riforma ha sicuramente inteso *escludere l'applicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, dell'istituto della litispendenza* nella sua forma "pura" (quella, cioè, disciplinata, tra gli altri, dall'art. 39 c.p.c.), perché la disposizione secondo cui: "*La competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice*" implica che l'ordinamento tollera la pendenza della medesima causa dinanzi a due organi diversi (l'arbitro e il giudice), quantomeno quando il giudizio arbitrale sia iniziato per secondo¹².

La conferma che la suddetta "tolleranza" si ha tuttavia *anche* per la situazione inversa (i.e. previa instaurazione del giudizio arbitrale e successiva instaurazione del giudizio statale) proviene dal comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c. La norma, *in pendenza di un giudizio arbitrale* (e, dunque, *dopo la sua instaurazione*) si limita, infatti, ad escludere la possibilità di adire il giudice ordinario con un'azione di mero accertamento sulla validità ed efficacia del patto arbitrale; non, invece (ra-

¹² In tal senso v. anche G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato. Commentario agli artt. 806 – 840 c.p.c. Aggiornato alla legge 18 giugno 2009, n. 69*, Padova 2010, 375 ss.

gionando *a contrario*) la possibilità di adire il giudice ordinario con un'azione di mero accertamento sulla validità ed efficacia del patto arbitrale quando il giudizio arbitrale *non sia ancora pendente*, né (facendo applicazione del principio *ubi lex voluit, dixit*) una successiva azione arbitrale nel merito della lite nel caso in cui quella giudiziale *ex art. 819 ter*, comma 3 c.p.c. sia stata instaurata, né, soprattutto, per quanto qui interessa, la proponibilità di un'azione giudiziale successiva *sul merito della medesima lite* già pendente in arbitrato (riferendosi, necessariamente, la “pendenza del procedimento arbitrale”, al caso in cui questo verta sul merito della lite, non essendo contemplabile un giudizio arbitrale vertente unicamente sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale).

Insomma, ove il comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c. non dovesse essere inteso in senso ampio ed “ecumenico”, sì da includere, nell'espressione “pendenza della stessa causa davanti al giudice”, sia il caso dell'instaurazione *precedente*, sia il caso di instaurazione *successiva* di un giudizio statale sulla medesima causa di quello arbitrale, ma in senso più restrittivo, con riferimento, cioè, al solo caso dell'instaurazione *precedente* di un giudizio statale, verrebbe comunque in soccorso il comma 3 della medesima norma a colmare la lacuna, legittimando, pendente l'arbitrato, la proposizione di un giudizio statale successivo sulla medesima causa. Anche in tal caso, il solo comma 3 sarebbe sufficiente a dimostrare che il legislatore ha sicuramente inteso escludere l'applicabilità ai rapporti arbitro-giudice dell'istituto della litispendenza nella sua forma “pura” (quella disciplinata dall'art. 39 c.p.c.), consentendo, quantomeno nel caso di previa instaurazione di un giudizio arbitrale e del successivo incardinamento di un giudizio statale, la contemporanea pendenza, nelle due sedi, della medesima causa.

In una prospettiva sistematica più ampia, è infine il combinato disposto delle due disposizioni (il comma 1 e il comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c.) a mettere definitivamente fuori gioco l'applicabilità dell'istituto della litispendenza “in entrambi i sensi” e, dunque, non solo a favore dell'uno o dell'altro procedimento, dato che copre entrambe le ipotesi.

Financo il combinato disposto del comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c. e del comma 2, prima parte dell'art. 817 c.p.c. rafforza questa conclusione. Da esso discende non solo che il legislatore ammette senza problemi la possibile coesistenza di due procedure parallele sulla medesima causa in due fori diversi¹³, ma soprattutto

¹³In questo senso v. anche F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, 6ª ed., Milano 2011, 160; ID., *Rapporti tra arbitro e giudice*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato* (L. n. 80/2005 e D.lgs. n. 40/2006), Milano 2006, 127, per il quale dal dettato del comma 1 dell'art. 819 *ter*, comma 3 c.p.c. discenderebbe non solo che la pendenza di un giudizio ordinario non impedisce l'instaurazione o comunque la contemporanea pendenza del giudizio arbitrale, *ma anche il contrario*, ossia che la previa pendenza del giudizio arbitrale non impedisce la successiva instaurazione del giudizio ordinario. Secondo G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI

che la decisione se una delle due cause debba o meno proseguire non è affidata, *ex ante*, ad un criterio automatico quale quello della prevenzione, ma ad una valutazione che spetta, separatamente e in piena autonomia, ai due organi aditi, che ben potrebbero ritenere, in base ad una valutazione divergente circa il patto arbitrale, di essere entrambi legittimati a proseguire i rispettivi giudizi. Ciò si pone in evidente conflitto con l'istituto della litispendenza, ossia con un meccanismo di coordinamento tra due giudizi pendenti sul medesimo oggetto che, da un lato, *prescinde del tutto da una valutazione, ad opera del giudice adito per secondo, della sussistenza o meno della competenza in capo ad esso o al primo giudice* (determinando un automatismo tale per cui, in base al criterio della prevenzione, il mero fatto che un giudice constati di essere stato adito per secondo lo obbliga a chiudere in rito il giudizio e rinviare le parti dinanzi al primo giudice); e, dall'altro, non contempla la prosecuzione parallela dei due giudizi, dovendo uno dei due necessariamente "soccombere", salva l'ipotesi residuale in cui né il convenuto nel secondo giudizio, su apposita istanza, né il secondo giudice (d'ufficio) rilevino l'esistenza di un giudizio sul medesimo oggetto e tra le stesse parti che sia iniziato prima. In altri termini, non è possibile la pendenza parallela di due giudizi sulla medesima causa *nonostante la sua rilevazione nell'ambito del secondo giudizio*.

La possibile coesistenza di due procedure in sede giudiziale e arbitrale, senza che l'instaurazione della prima osti all'instaurazione o prosecuzione della seconda, è stata ribadita dalla riforma anche con riferimento al fenomeno della connessione (o continenza¹⁴) di cause. Come visto in più occasioni, il comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c. statuisce che la competenza degli arbitri non è esclusa non solo dalla pendenza della *stessa causa* davanti al giudice, ma nemmeno dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice. Il legislatore della riforma del 2006 ha così riprodotto la disposizione di cui al previgente art. 819 *bis* c.p.c., con cui il legislatore del 1994 aveva inteso reagire a quel noto orientamento giurisprudenziale, particolarmente pregiudizievole per l'autonomia dell'arbitrato (e per questo osteggiato dalla maggior parte della dottrina), detto

(a cura di), *La nuova disciplina*, cit., 376: "(...) il giudice ordinario ha il potere di verificare la propria competenza, accertando la validità, l'efficacia o l'estensione dell'accordo compromissorio, anche se il giudizio arbitrale sia stato preventivamente proposto". Così anche B. CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*. Vol. III – Tomo II: *Arbitrato*, Padova 2009, 878; G.F. RICCI, *Sub art. 817*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, Titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile – artt. 806-840, 2^a ed., Bologna 2007, 501.

¹⁴ Rientra nella previsione della norma anche l'ipotesi di continenza di cause (intesa in senso allargato quale rapporto di interdipendenza di due cause, così Cass. 2005/6159 e Cass. 2005/21102), in relazione alla quale il principio della reciproca autonomia potrebbe essere "pericoloso", attesa l'inapplicabilità degli artt. 829 n. 8 e 395 n. 5 c.p.c.

della *vis attractiva*, in base al quale la semplice proposizione di una domanda giudiziale *connessa* (sotto il profilo soggettivo, oggettivo, in senso proprio o improprio) con quella pendente in arbitrato (ma anche con una non ancora dedotta)¹⁵ implicava il venir meno della *potestas iudicandi* degli arbitri e l'“assorbimento” della causa arbitrale in sede giudiziale¹⁶. Dal comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c. discende che la “competenza” degli arbitri può essere ricondotta (nonostante la sua origine convenzionale ed anzi *proprio in ragione* del rispetto dovuto alla volontà manifestata dalle parti nel compromesso) nell'ambito delle c.d. competenze “forti”, idonee ad impedire l'instaurazione di un *simultaneus processus* tra cause connesse¹⁷. Invero, l'attuale disposizione viene intesa dalla dottrina e giurisprudenza prevalenti, in linea con il sistema delle “vie parallele”, quale espressione di un principio più ampio, in base al quale la connessione non potrebbe operare neppure a favore del giudizio arbitrale¹⁸.

Il fenomeno della connessione rileva per il tema del conflitto della *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale ogniqualvolta sia portata contestualmente dinanzi all'uno e all'altro organo la medesima disputa sotto il profilo sostanziale, sebbene “congegnata” in maniera distinta sotto quello formale. Ciò si verifica, ad esempio, ove una parte proponga, in una sede, una domanda di condanna al pagamento di una certa somma e, nell'altra, una domanda di accertamento negativo della sussistenza dell'obbligo a detto pagamento; oppure, in una sede una domanda di condanna al pagamento di una certa somma e, nell'altra, una domanda di annullamento o di risoluzione del contratto integrante la fattispecie costitutiva di detta domanda di pagamento.

Per finire, un ulteriore ostacolo ad un'applicazione analogica dell'istituto della litispendenza ai rapporti arbitro-giudice discende dal regime di rilevanza della relativa eccezione. Nei rapporti tra giudizi statali, il legislatore ne ha previsto il rilievo d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, in ragione, essenzialmente, della natura e finalità spiccatamente pubblicistiche dell'istituto della litispendenza, finalizzato, oltre che a prevenire un futuro conflitto fra giudicati, anche ad evitare il contemporaneo coinvolgimento di due organi appartenenti al medesimo ordinamento giurisdizionale, che si tradurrebbe in un ridondante utilizzo di risorse, sia di tempo che finanziarie. Se il problema del conflitto tra giudicati sussiste pure

¹⁵ Cass. 2007/18525, per la quale, ai fini dell'applicazione della norma, doveva ritenersi irrilevante la circostanza che, dinanzi agli arbitri, la causa fosse già stata instaurata o non fosse ancora pendente.

¹⁶ Cass. 2004/13516; Cass. 2001/3316; Cass. 2000/4842; Cass. 1999/12336.

¹⁷ Così S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, cit., 265 ss.

¹⁸ Così, ad esempio, G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina*, cit., 378; Cass. 15 febbraio 2013, n. 3862.

nell'ambito delle relazioni arbitro-giudice, in quanto vi è ormai una generalizzata convergenza sul fatto che anche il lodo non impugnato o comunque divenuto definitivo abbia l'idoneità ad acquisire la forza del giudicato al pari di una sentenza del giudice statale passata in giudicato formale, ciò non toglie che l'arbitrato rappresenti una "giurisdizione" alternativa ed "esterna" alla giurisdizione statale, la cui attivazione si fonda sulla volontà e sul consenso delle parti e la cui relazione con la giurisdizione statale non può essere interamente appiattita, sotto il profilo delle esigenze di sistema, su quella intercorrente tra giudizi entrambi statali¹⁹.

L'elemento del consenso, inoltre, caratterizza ed "impregna" lo stesso esercizio del potere di eccezione di carenza di *potestas iudicandi* dell'organo adito (giudice o arbitro) in ragione dell'esistenza-inesistenza o validità-invalidità del patto arbitrale. La funzione di tale eccezione è quella di tutelare la loro autonomia, riconosciuta e protetta dall'ordinamento, di optare per la giustizia privata in luogo di quella pubblica e viceversa, rimanendo nella loro sfera di discrezionalità la decisione se tutelare la scelta originariamente fatta per la giurisdizione alternativa, tramite la proposizione dell'eccezione, oppure rinunciarvi, tramite la rinuncia alla sua proposizione.

Questo spiega la rilevabilità *solo ad istanza di parte* della stessa e la difficoltà ad applicare anche al rapporto arbitro-giudice statale l'istituto della litispendenza ex art. 39 c.p.c.: la particolare natura e configurazione della giustizia privata appare incompatibile con un regime di rilevabilità d'ufficio dell'eccezione di litispendenza.

3. *Incompatibilità, con l'attuale quadro normativo, della tesi dell'applicabilità analogica, ai rapporti arbitro-giudice, del regime sulla litispendenza applicabile ai rapporti tra giudice italiano e giudice straniero (gli artt. 4 e 7 della l. n. 218 del 1995 e non solo)*

Le considerazioni svolte in precedenza sull'inapplicabilità, ai rapporti arbitro-giudice statale, del regime di cui all'art. 39 c.p.c. (per incompatibilità del criterio della prevenzione con il sistema delle "vie parallele") impediscono altresì di ritenere compatibile con l'attuale quadro normativo la tesi, avanzata soprattutto prima della riforma del 2006 – sulla base di una tendenziale riconduzione dei rapporti arbitro-giudice alla categoria della "giurisdizione" piuttosto che a quella, ad oggi prevalente, della "competenza" – dell'applicabilità analogica dell'art. 7 l. n. 218 del 1995.

¹⁹ Così S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo. Studio sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, Torino 2013, 251; M. BOVE, *Il patto compromissorio rituale*, cit., 419.

La norma, ispirata, per più di un aspetto, al regime delineato dall'art. 21 della Convenzione di Bruxelles del 1968 (strumento normativo poi sostituito, dapprima, dal Regolamento CE n. 44 del 2001 e, infine, dal Regolamento UE n. 1215 del 2012), nonché a quello di altri ordinamenti (quello tedesco e svizzero, in particolare²⁰), contempla un meccanismo di litispendenza *sui generis* (diverso bensì da quello di cui all'art. 39 c.p.c., ma fondato anch'esso sul criterio della prevenzione) e, per i rapporti fra giudice italiano e giudice straniero, ha sostituito la precedente disciplina contenuta nell'(abrogato) art. 3 c.p.c. (mettendo così fine al principio di *irrelevanza* della litispendenza internazionale²¹). La norma attribuisce rilievo alla pendenza all'estero della medesima causa pendente dinanzi al giudice italiano, subordinando la paralisi del giudizio italiano, ove iniziato per secondo, alla *riconoscibilità* dell'emananda sentenza straniera.

In ragione del contesto normativo in cui tale norma è inserita, caratterizzato da una notevole "apertura" rispetto agli ordinamenti stranieri, dall'ampia derogabilità della giurisdizione italiana e, soprattutto, dal principio del *riconoscimento automatico* delle sentenze straniere *senza il limite della reciprocità*, l'art. 7 è applicabile (con scelta di politica legislativa che pochi paesi ricambiano e che, *sotto questo profilo*, si è attirata non poche critiche dalla dottrina²²) anche qualora il

²⁰ In base all'art. 2 l. 31 maggio 1995, n. 218 ("Le disposizioni della presente legge non pregiudicano l'applicazione delle convenzioni internazionali in vigore per l'Italia") la disposizione dell'art. 7 si applica soltanto quando la causa riguardi una materia *non* rientrante nell'oggetto delle Convenzioni di Bruxelles e Lugano (ed ora del Regolamento Bruxelles I *bis*). La linearità e chiarezza delle norme citate non impediscono che vi possano essere alcuni problemi di coordinamento tra il nuovo art. 7 e l'ambito oggettivo di applicazione della Convenzione.

²¹ Su cui v. C. CONSOLO, *Profili della litispendenza internazionale*, in *Riv. dir. int.* 1997, 10 ss.; G. FRANCHI, *La litispendenza*, Padova, 1963, 244 ss.; S. SORACE, *Litispendenza*, cit., 878; K.D. KERAMEUS, *Problemi attuali della litispendenza internazionale nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1990, 1004 ss.; A. DI BLASE, *Litispendenza internazionale*, in *Enc. giur. Treccani*, 1995, 11 ss.; ID., *Connessione e litispendenza nella Convenzione di Bruxelles*, Padova 1993, 78 ss.

²² Invero, il tipo di relazioni su cui la norma *de qua* è destinata ad incidere è diverso da quello su cui si esplicano le previsioni analoghe degli strumenti euro-unitari (dalla Convenzione ai Regolamenti di Bruxelles). Al contrario, infatti, di un contesto giuridico sostanzialmente unificato qual è quello europeo, caratterizzato dall'identità dei criteri attributivi della giurisdizione e da una fiducia di fondo nei confronti degli *standards* processuali dei vari paesi membri, molte giurisdizioni *extra*-UE rappresentano un'incognita sotto più di un profilo (scarsa fiducia nella valutazione – compiuta dal giudice straniero – circa la sussistenza della propria giurisdizione; mancata attribuzione di rilievo alla pendenza di un processo in Italia da parte del giudice straniero o mancato riconoscimento di sentenze italiane). Sotto questo profilo si è rilevata l'eccessiva *astrattezza* della norma, sganciata da una preliminare valutazione selettiva – a parte la prognosi di riconoscibilità – del tipo di "attitudine" che le giurisdizioni di volta in volta interessate hanno nei confronti dell'ordinamento italiano e, in particolare, del processo italiano e dei suoi esiti. Su tali profili v. C. CONSOLO, *Profili della litispendenza internazionale*, cit., 120, che auspica una "cauta revisione" della norma all'insegna della va-

processo preventivamente instaurato si svolga in uno Stato il cui ordinamento *non prevede una norma analoga* che disponga, nel caso speculare, la preclusione del giudizio straniero a vantaggio del giudizio italiano previamente instaurato. La parte (attrice o convenuta nel processo italiano) costretta a “subire” il processo estero iniziato per secondo, potrà tentare di impedire il riconoscimento della emananda sentenza in base all’art. 64, lett. f), che impone una *prognosi di riconoscibilità* della sentenza straniera quale condizione perché alla litispendenza internazionale venga dato rilievo dal giudice italiano²³, in linea con lo stretto collegamento tra litispendenza e riconoscimento tipico della tradizione germanica, che in tanto considerava (e considera) rilevante la pendenza di un giudizio all’estero, in quanto la stessa possa condurre ad una sentenza *efficace* nell’ordinamento del giudice adito per secondo.

Nell’ambito del rapporto tra giudice italiano e giudice straniero, tra i requisiti sulla cui base svolgere, alla luce dell’art. 64 l. n. 218 del 1995, la *prognosi di riconoscibilità* per il riconoscimento, in Italia, della sentenza straniera (“(...) senza che

lorizzazione del principio di equivalenza e di reciprocità; F.M. DIÉGUEZ, *Osservazioni sulla nuova disciplina italiana della litispendenza internazionale*, in *Processo civile e riforma del diritto internazionale privato*, Milano 1997, 219, per il quale – con particolare riferimento all’assenza, da parte del giudice italiano, di qualunque obbligo di verifica circa l’effettiva sussistenza della competenza giurisdizionale in capo al giudice straniero – il rischio che il giudice estero dichiaratosi competente non abbia veramente giurisdizione secondo la sua legge nazionale e che, quindi, il processo pendente dinanzi a lui possa essere annullato in sede di impugnazione, se può essere giustificato nel sistema della Convenzione di Bruxelles, visto il livello di fiducia reciproca, non è invece giustificabile nel contesto delle norme processuali comuni dei singoli Stati. Taluno ha addirittura ipotizzato che l’articolo in esame violi la Costituzione, sotto il profilo dell’eccessiva compressione del diritto di azione garantito dall’art. 24 Cost.: in tal senso v. E.F. RICCI, in *Processo civile e riforma del diritto internazionale privato*, Milano 1997, 264 che amaramente constata che: “(...) una iniziativa giudiziale tempestivamente presa all’estero è capace di eliminare quel diritto alla pronuncia di merito da parte del giudice italiano, che invece la norma costituzionale garantisce”. A tal proposito, nell’ambito dei lavori per la riforma della legge di diritto internazionale privato e processuale, poi confluiti nell’emanazione della l. n. 218 del 1995, la proposta di G. GAJA (poi disattesa) prevedeva l’efficacia impediante della litispendenza internazionale nei confronti di un processo successivamente instaurato in Italia *solo* nei casi in cui lo Stato primo adito avesse, rispetto alla causa, un collegamento uguale o superiore rispetto a quello che fondava la concorrente giurisdizione italiana: in caso contrario, si sarebbe dovuto dare rilievo all’esistenza o meno della reciprocità. Per riferimenti v. A. RUINI, *La Convenzione giudiziaria di Bruxelles del 1968 e la riforma del processo civile italiano*, Milano 1985, 133.

²³ Il testo della norma, rubricata “Pendenza di un processo straniero”, recita espressamente: “1. Quando, nel corso del giudizio, sia eccepita la previa pendenza tra le stesse parti di domanda avente il medesimo oggetto e il medesimo titolo dinanzi a un giudice straniero, il giudice italiano, se ritiene che il provvedimento straniero possa produrre effetto per l’ordinamento italiano, sospende il giudizio. Se il giudice straniero declina la propria giurisdizione o se il provvedimento straniero non è riconosciuto nell’ordinamento italiano, il giudizio in Italia prosegue, previa riassunzione ad istanza della parte interessata (...)”.

sia necessario il ricorso ad alcun procedimento”)²⁴, non figura la verifica della sussistenza della *competenza giurisdizionale* del giudice adito per primo alla luce della *lex fori* di quest’ultimo, ma solo il fatto che il giudice straniero: “(...) poteva conoscere della causa *secondo i principi sulla competenza giurisdizionale propri dell’ordinamento italiano*”²⁵.

Ne deriva che il *vulnus* di un giudice straniero, che si si attribuisca la giurisdizione, pur essendone privo secondo i principi sulla competenza giurisdizio-

²⁴ L’art. 64, rubricato *Riconoscimento di sentenze straniere*, statuisce: “La sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quando: a) il giudice che l’ha pronunciata poteva conoscere della causa secondo i principi sulla competenza giurisdizionale propri dell’ordinamento italiano; b) l’atto introduttivo del giudizio è stato portato a conoscenza del convenuto in conformità a quanto previsto dalla legge del luogo dove si è svolto il processo e non sono stati violati i diritti essenziali della difesa; c) le parti si sono costituite in giudizio secondo la legge del luogo dove si è svolto il processo o la contumacia è stata dichiarata in conformità a tale legge; d) essa è passata in giudicato secondo la legge del luogo in cui è stata pronunciata; e) essa non è contraria ad altra sentenza pronunciata da un giudice italiano passata in giudicato; f) non pende un processo davanti a un giudice italiano per il medesimo oggetto e fra le stesse parti, che abbia avuto inizio prima del processo straniero; g) le sue disposizioni non producono effetti contrari all’ordine pubblico”.

²⁵ M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, cit., 515. La giurisprudenza e la dottrina prevalenti (v. Cass. 19 agosto 1969, n. 3011; Cass. 25 ottobre 1984, n. 5440; P. PICONE, *La teoria generale del diritto internazionale privato nella legge italiana di riforma della materia*, in *Riv. dir. int.* 1996, 351), ritengono, sulla scia del riferimento ai *principi* contenuto anche nell’art. 797, par. 1, c.p.c., ora abrogato, che l’espressione “*secondo i principi sulla competenza giurisdizionale propri dell’ordinamento italiano*” rimandi ai criteri che, qualora fossero riscontrati rispetto all’ordinamento italiano, legittimerebbero l’esercizio della giurisdizione da parte del giudice italiano: in sostanza, la premessa di *equivalenza* tra processo straniero ed italiano alla base della nuova normativa verrebbe meno qualora si ravvisasse una divergenza tra le norme di conflitto (o di diritto internazionale privato) dei due ordinamenti. Un’altra tesi, tuttavia (preferibile secondo chi scrive e sostenuta, tra gli altri, da S. CARBONE, *In tema di valore del diritto straniero, deroga alla giurisdizione, litispendenza e disciplina dei contratti internazionali*, in G. GAJA (a cura di), *La riforma del diritto internazionale privato e processuale, Raccolta in ricordo di Edoardo Vitta*, Milano 1994, 303 ss.; R. LUZZATTO, *Sulla riforma del sistema italiano di diritto processuale civile internazionale, ibidem*, 151 ss.), non ritiene necessaria tale corrispondenza e limita le ipotesi di inapplicabilità dell’art. 7 ai casi di collegamento “*esorbitanti*”, *meramente casuali* o tali da *avvantaggiare in maniera irragionevole* una delle parti nella causa: nel compiere una simile valutazione il giudice italiano si troverebbe ad esercitare un *potere discrezionale* non dissimile da quello proprio di un giudice inglese, che debba giudicare del carattere *conveniens* o meno del foro straniero. V., sul punto, A. DI BLASE, *Litispendenza internazionale*, cit., 4; C. CONSOLO, *Profili della litispendenza internazionale*, cit., 118, nt. 88, che individua in una lettura ampia, *valorizzata al massimo*, della seconda parte della lett. b) dell’art. 64 (necessità che nel processo straniero non siano stati violati i diritti di difesa), una garanzia sufficiente (sostitutiva, quindi, dell’esigenza della coincidenza delle norme di conflitto) contro i rischi potenzialmente derivabili dall’accettazione del principio della assoluta *equivalenza* tra giurisdizione italiana e straniera.

nale propri dell'ordinamento italiano, *non è irreversibile*, potendo il giudice italiano non solo rifiutare il riconoscimento della futura sentenza a seguito di istanza di parte, ma financo decidere di *non* sospendere il processo pendente dinanzi a lui e di *prosequire* la trattazione della causa²⁶; d'altra parte, all'opposto, che il giudice italiano, adito per secondo, nella valutazione prognostica svolta alla luce di quei requisiti (e, in particolare, di quello da ultimo menzionato), sarà comunque costretto, in linea di principio, a sospendere il procedimento incardinato dinanzi ad esso, anche laddove risulti che il giudice straniero preventivamente adito *non abbia giurisdizione secondo la propria lex fori*, sebbene non si sia ancora pronunciato sulla questione. Ove, invece, il secondo giudice abbia *già* disposto la sospensione del secondo giudizio, dal momento che gli unici due presupposti previsti dalla norma per la riesumazione del secondo giudizio (previa riassunzione ad istanza della parte interessata) consistono nella declinatoria di giurisdizione da parte del primo giudice o nel mancato riconoscimento, in Italia, della sentenza straniera, durante il periodo della sospensione sarà comunque precluso al secondo giudice qualunque ulteriore sindacato sulla competenza del primo giudice²⁷.

Come visto in precedenza²⁸, prima della riforma del 2006 si è sostenuta la possibilità di applicare, *in via analogica*, ai rapporti arbitro-giudice, e in particolare alla situazione di parallelismo di procedure sulla medesima causa pendenti dinanzi ad entrambi, il regime di cui all'art. 7 della l. n. 218 del 1995, in base alla considerazione che l'arbitro, pur non appartenendo strutturalmente all'organizzazione giudiziaria statale, poteva tuttavia essere accostato ad un organo *lato sensu* giurisdizionale; ad accomunarlo ad un giudice statale, la funzione di risolvere una lite, a seguito di un processo, con un *atto di accertamento di per sé efficace nell'ordinamento*, senza bisogno di alcun riconoscimento o "vidimazione" da parte dell'autorità giudiziaria (salva la necessità di ottenere l'*exequatur* in relazione a pronunce arbitrali di condanna), con effetti spendibili in un giudizio statale tramite un *exceptio rei per arbitratum finitae*.

Nessun ostacolo era dunque ravvisabile all'estensione, anche ai rapporti arbi-

²⁶ V., in questo senso, F.M. DIÉGUEZ, *Osservazioni sulla nuova disciplina italiana della litispendenza internazionale*, cit., 219. Se il giudice italiano, nonostante l'affermazione della competenza da parte del primo giudice, ritiene, in conformità ai *principi sulla competenza giurisdizionale propri dell'ordinamento italiano*, che questi ne sia sfornito, oppure ritiene che la mancanza, nello Stato estero, di ogni istanza di revisione che possa emendare la decisione del giudice straniero costituisca violazione dell'ordine pubblico ai sensi della clausola di cui all'art. 64, punto 1, lett. g), *non* sospende il processo pendente dinanzi a lui e *prosegue* la trattazione della causa.

²⁷ F.M. DIÉGUEZ, *Osservazioni sulla nuova disciplina italiana della litispendenza internazionale*, cit., 218.

²⁸ V., *supra*, il secondo capitolo.

tro-giudice, dell'applicabilità dell'istituto della litispendenza²⁹, da sempre considerata un'*eccezione di cosa giudicata anticipata*.

Anche nell'ordinamento svizzero è stato fatto un tentativo simile. Il Tribunale Federale, nella celebre (e molto criticata) decisione resa nel caso *Fomento*³⁰, aveva applicato, *in via analogica*, ai rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale, il regime della litispendenza internazionale in vigore per i rapporti tra giudici statali (di cui uno pendente all'estero). A supporto di tale operazione vi era la convinzione, da un lato, che sia i lodi arbitrali che le decisioni giudiziali hanno entrambi *l'idoneità ad essere eseguiti*, sicché il medesimo interesse ad evitare decisioni contraddittorie, che siano ugualmente e simultaneamente esecutive, sussisterebbe parimenti nell'ambito dei due tipi di rapporti (arbitro-giudice statale e tra giudici statali); dall'altro lato, che i tribunali arbitrali, al pari dei giudici statali, sono vincolati dalla cosa giudicata, sicché non vi sarebbe ragione di dispensarli dalla soggezione ai principii e alle regole del regime della litispendenza (internazionale), istituto preordinato a salvaguardare gli stessi valori tutelati dall'istituto della cosa giudicata; dall'altro ancora, che il criterio della prevenzione, nell'ambito del regime della litispendenza internazionale, non darebbe luogo ad un automatismo (rigitto in rito a seguito della mera constatazione della previa pendenza della medesima causa dinanzi al giudice statale straniero), ma verrebbe *attenuato e filtrato* dalla possibilità, per l'organo adito per secondo, di compiere uno scrutinio preliminare sulla "riconoscibilità della futura decisione" (che dovrebbe verosimilmente avere esito negativo nel caso in cui il giudice straniero non dovesse tenere conto di una convenzione compromissoria valida). Alla luce di tali considerazioni il Tribunale Federale concludeva nel senso che non vi fosse alcuna ragione per accordare priorità ai tribunali arbitrali rispetto ai giudici statali nel decidere sulla sussistenza o meno della *potestas iudicandi* degli arbitri³¹.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, dopo la riforma del 2006, un'estensione analogica dell'istituto della litispendenza internazionale ai rapporti (anche domestici) arbitro-giudice statale non appare, in linea di principio, del tutto im-

²⁹ M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, cit., 511.

³⁰ Tribunale Federale svizzero (TFS) 14 maggio 2001, *Fomento*, in *ASA Bull.* 2001, 3, 562 ss.

³¹ Sulla distinzione, in generale, e sui rapporti tra l'istituto della litispendenza e il principio *Kompetenz Kompetenz*, v. E. GAILLARD, *La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d'effet négatif de la compétence-compétence*, in G. AKSEN, R. BRINER, *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, ICC, Parigi 2005, 311 ss.; ID., *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 2008, Yf, 82 ss.; E. GAILLARD, Y. BANIFATEMI, *Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favor of the Arbitrators*, in E. GAILLARD, D. DI PIETRO (eds.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*, Londra 2008, 257 ss.

plausibile. In tal caso, la *prognosi di riconoscibilità* dovrebbe verosimilmente tradursi in una valutazione prognostica, ad opera del giudice statale adito per secondo, della validità, efficacia ed “eseguibilità” del futuro lodo e, specularmente, in una valutazione prognostica, ad opera dell’arbitro adito per secondo, della validità, efficacia ed “eseguibilità” della futura sentenza.

Con particolare riferimento alla prima prospettiva, non appare del tutto peregrino, in effetti, tratteggiare un parallelismo tra le fattispecie che legittimano il rifiuto del riconoscimento di una sentenza straniera, da un lato, e i *motivi di nullità* di un lodo arbitrale ai sensi dell’art. 829 c.p.c. (o di rifiuto del riconoscimento di un lodo estero ai sensi dell’art. 840 c.p.c.), dall’altro. Si pensi, in particolare, ai motivi dell’invalidità del patto arbitrale o dell’assenza di legittimazione dell’arbitro (in linea di principio accostabili al requisito di cui alla lettera a) dell’art. 64 l. n. 218 del 1995 – che richiede che il primo giudice sia legittimato a conoscere della causa “*secondo i principi sulla competenza giurisdizionale propri dell’ordinamento italiano*” –, ma anche ai motivi, reciprocamente speculari, in tema di, rispettivamente: mancata conoscenza, da parte del convenuto, della pendenza del giudizio; impossibilità, per le parti, di esercitare i diritti essenziali della difesa; violazione delle regole procedurali relative alla costituzione delle parti o allo svolgimento del giudizio; mancato rispetto del principio del contraddittorio; contrarietà della pronuncia a precedente pronuncia resa tra le stesse parti e sul medesimo oggetto e già passata in giudicato; contrarietà della pronuncia alle disposizioni di ordine pubblico.

D’altra parte, rispetto al regime applicabile all’eccezione di litispendenza domestica di cui all’art. 39 c.p.c., quello della litispendenza internazionale, consistente nella rilevabilità dell’eccezione *in limine litis* e solo su istanza di parte (non anche, secondo l’opinione che prevale in dottrina, rilevabile d’ufficio³²), appare,

³² Sul regime processuale dell’eccezione concretamente applicabile, ferma la convergenza sulla rilevabilità solo ad istanza di parte, si registra un contrasto in dottrina sull’esatta portata dell’espressione “nel corso del giudizio”, che potrebbe essere interpretata nel senso di “in qualunque stato e grado del processo”. Per taluno detta eccezione dovrebbe essere assoggettata alle preclusioni previste dal codice di rito agli artt. 167 e 180 c.p.c. (così C. CONSOLO, *Profili della litispendenza internazionale*, in *Processo civile e riforma del diritto internazionale privato*, Milano 1997, 71 ss.; F.M. DIÉGUEZ, *Osservazioni sulla nuova disciplina italiana della litispendenza internazionale*, cit., 220, che distingue, però, tra eccezione proposta, rispettivamente, contro la domanda principale ed eccezione contro una domanda riconvenzionale). Secondo M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, cit., 514, tuttavia, nel nostro ordinamento non sarebbe configurabile un’eccezione di parte proponibile in ogni stato e grado del giudizio, e, di conseguenza, l’alternativa non potrebbe che essere tra assoggettare la detta eccezione, rilevabile solo su istanza di parte, alle preclusioni di cui agli artt. 167 e 180 c.p.c. o ammettere la rilevabilità d’ufficio dell’eccezione in ogni stato e grado, alla stregua di quanto avviene nell’ambito del regime di cui agli artt. 39 c.p.c. e 21 della Convenzione di Bruxelles del 1968 (nonché successive modifiche nei Regolamenti): soluzione, quest’ultima, preferita dall’autore,

maggiormente in sintonia con i tratti di autonomia, indipendenza e consensualità caratterizzanti il fenomeno arbitrale.

Invero, a differenza dei regimi di cui agli artt. 39 c.p.c. o 29 del Regolamento Bruxelles I *bis* (e altresì dei suoi antecedenti, l'art. 21 della Convenzione di Bruxelles e l'art. 27 del Regolamento n. 44 del 2001), caratterizzati dalla finalità (di rilievo senza dubbio *publicistico*³³ e necessitante perciò del rilievo d'ufficio della litispendenza, in qualunque stato e grado del processo³⁴) di assicurare il coordinamento tra le attività giurisdizionali (e, in prospettiva, le decisioni) di giudici appartenenti, nell'un caso, al medesimo ordinamento³⁵ e, nell'altro, ad ordinamenti bensì diversi (quelli degli Stati membri), *ma profondamente integrati nell'ambito di uno spazio giudiziario comune e condiviso quale quello europeo* (puntellato dal principio della fiducia reciproca o *mutual trust*)³⁶, la finalità dell'art. 7

onde evitare che, aderendo a quella contraria, si giunga ad una sostanziale disapplicazione dell'art. 64 l. n. 218 del 1995 (ai sensi del quale: "*La sentenza straniera è riconosciuta in Italia senza che sia necessario il ricorso ad alcun procedimento quando: (...) f) non pende un processo davanti a un giudice italiano per il medesimo oggetto e fra le stesse parti, che abbia avuto inizio prima del processo straniero*"). V. anche G. BALENA, *I nuovi limiti della giurisdizione italiana (secondo la legge 31 maggio 1995, n. 218)*, in *Foro it.* 1996, V, 232, per il quale la lettera della legge e la considerazione che l'eccezione di parte, nel caso di litispendenza a parti invertite, costringerebbe l'attore nel processo straniero a precipitarsi a costituirsi per ottenere che la decisione straniera, magari già sul punto di essere emanata, sia poi riconoscibile in Italia spingerebbero a ritenere non applicabili all'eccezione in esame le preclusioni previste dal codice di rito).

³³ C. CONSOLO, *Profili della litispendenza internazionale*, cit., 1997, 72, nt. 1.

³⁴ Anche, dunque, per la prima volta in cassazione: v. V. COLESANTI, voce *Litispendenza*, cit., 983.

³⁵ Così, in riferimento all'art. 39 c.p.c., se è sicuramente presente l'elemento della necessità di evitare il conflitto fra giudicati rispetto alla medesima lite, che rappresenterebbe il più grave attentato alla certezza del diritto e alla stabilità dei rapporti giuridici (così F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova 1936, I, 911; G. MONTELEONE, *Litispendenza*, cit., 1 ss.; L. MONTESSANO, *Diritto sostanziale e processo civile di cognizione nell'individuazione della domanda*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1993, 63 ss.) è assolutamente presente l'esigenza di tutelare il principio di *economia dei giudizi*, evitando uno spreco di attività giudiziaria "prestata" da uno stesso ordinamento. Ma v., *contra*, V. COLESANTI, *Litispendenza*, cit., 984.

³⁶ La norma di cui all'art. 21 della Convenzione di Bruxelles (come poi anche i suoi omologhi negli strumenti regolamentari succedute) rispondeva alla duplice *ratio* di garantire l'efficienza e razionalità del sistema convenzionale, che – come ricorda il *Preambolo della Convenzione* – è finalizzato all'obiettivo di: "(...) *potenziare nella Comunità la tutela giuridica delle persone residenti nel suo territorio [che verrebbe certamente] compromess[o] qualora il moltiplicarsi dei processi non subisse limitazioni, poiché si costringerebbero le persone convenute in giudizio a seguire lo svolgimento di più procedimenti e ad organizzare la propria difesa dinanzi a giudici diversi*"; e, in quanto espressione anticipata del principio del *ne bis in idem*, di puntellare la normativa sul riconoscimento, la circolazione e, in definitiva, l'efficacia automatica delle sentenze nello *spazio giuridico europeo* (riconducibile agli obiettivi indicati nell'art. 220 del Trattato istitutivo della C.E.E.), fatalmente vanificata dalla possibilità di re-instaurazione della medesima lite e, dunque, di rinnovato esame del merito

l. n. 218 del 1995, di valenza prevalentemente “privatistica”³⁷, andrebbe piuttosto ravvisata nella tutela degli interessi e delle situazioni giuridiche delle parti litiganti, ossia (nel caso in cui l’attore sia il medesimo nei due giudizi) nell’evitare, ad una parte, di subire una duplicazione di procedure sulla medesima causa o (nel caso in cui l’attore sia diverso nei due giudizi) nel tutelare la parte più diligente e sollecita. Per questo la rilevazione dell’eccezione viene affidata alla parte che ne ha effettivamente interesse³⁸.

Ad ogni modo, un’applicazione analogica dell’art. 7 ai rapporti arbitro-giudice statale avrebbe come implicazione che un giudice statale, adito successivamente in relazione ad una controversia già dedotta in arbitrato e pendente dinanzi all’arbitro, dovrebbe spogliarsi della causa *solo* a seguito dell’esito positivo di una valutazione prospettica circa la validità del futuro lodo e la sua idoneità a sopravvivere ad un possibile giudizio di impugnazione per nullità; in sostanza, circa la sua futura *non-nullità* (o – nel caso di applicazione analogica ad un rapporto intercorrente non tra un giudice italiano ed un arbitrato svolgentesi all’interno dei confini della giurisdizione italiana, ma tra un giudice italiano ed un arbitrato svolgentesi all’estero – circa la sua futura idoneità ad essere riconosciuto ed eseguito sul territorio italiano).

della medesima causa. Si vedano, *ex multis*, CGE 30 novembre 1976, C-42/76, *Jozef de Wolf c Harry Cox B. V.*, in *Racc.* 1976, 1759 e CGE 8 dicembre 1987, C-144/86, *Gubisch Maschinenfabrik v. Giulio Palumbo*, in *Racc.* 1987, 1461. Il rischio concreto di giudicati contraddittori vanificherebbe il fine di realizzare il coordinamento fra le giurisdizioni degli stati membri. La *ratio* della norma di cui all’art. 21 andava quindi soprattutto individuata nel suo essere strumentale alla realizzazione dei fini della Convenzione, e, sotto questo profilo, risiedendo gli interessi prioritari da salvaguardare nell’esigenza di coordinamento dell’attività giurisdizionale delle autorità giudiziarie degli Stati membri (per evitare interferenze e, in fin dei conti, “diseconomie del sistema”), piuttosto che nel bisogno di protezione di una delle parti coinvolte. Di qui il rilievo anche d’ufficio della previa pendenza di una stessa causa dinanzi al giudice di un altro Stato contraente. V. S. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo. Le Convenzioni di Bruxelles e di Lugano*, Torino 1995, 169; F. POCAR, *La Convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l’esecuzione delle sentenze*, 3^a ed., Milano 1995; G. GAJA, *La convenzione di Bruxelles e la riforma della normativa comune sulla giurisdizione e sulla competenza e sul riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. int. priv. proc.* 1983, 741 ss.

³⁷ Così L. MONTESANO, G. ARIETA, *Diritto processuale civile*, cit., 55, per i quali il divieto normativo di rilevazione officiosa incide sensibilmente sulla *natura* della litispendenza internazionale, privandola del carattere spiccatamente *pubblicistico* di ordine pubblico processuale. Di qui la rimessione alla disponibilità delle parti del convenuto della scelta di optare per la sentenza (che verrà) resa nel processo preveniente.

³⁸ Critico rispetto a questa impostazione A. ATTARDI, *La nuova disciplina in tema di giurisdizione italiana e di riconoscimento*, Padova 1995, 749, nt. 29, per il quale l’eccezione di parte costituirebbe una tale inspiegabile anomalia, che ci si dovrebbe chiedere se non si tratti di uno di quei casi in cui si debba andare oltre un’interpretazione letterale della norma, ed intendere l’espressione “quando sia eccepita” come se significasse “quando sia rilevata”.

Ove, durante la sospensione del secondo processo, dovessero emergere nuovi profili, tali da rendere praticamente certa la futura *non riconoscibilità* della sentenza straniera, l'ordinanza di sospensione dovrebbe essere revocata ed il secondo processo ripreso³⁹, mentre ove, nel secondo processo, dovesse essere rilevata – in via di riassunzione – la formazione, a conclusione del primo processo, di un giudicato dotato di tutti i requisiti di cui all'art. 64 (o, eventualmente, 65) l. n. 218 del 1995, il secondo giudice dovrebbe chiudere in rito il processo; non tanto, giunti a questo punto, per litispendenza, ma per l'esistenza di un precedente giudicato⁴⁰.

Alla plausibilità dell'analogia tra “prognosi di riconoscibilità” ex art. 7 e “prognosi di non nullità” ai sensi delle disposizioni di cui all'art. 829 c.p.c. (o di “riconoscibilità ed eseguibilità” nel caso di lodo estero) non dovrebbe ostare il fatto che *non tutti i motivi di nullità del lodo possono essere preventivamente ponderati* (si pensi alla contrarietà del lodo a precedente sentenza, o all'esorbitanza di esso dai limiti del compromesso), dato che identica obiezione può essere mossa contro la prognosi di riconoscibilità di una decisione giudiziale straniera, senza che ciò, tuttavia, ne faccia venir meno l'ammissibilità.

Ciò detto, il combinato disposto degli artt. 817, 819 *ter* e 819 *bis* c.p.c., nella ricostruzione che si è illustrato in precedenza, ci pare rappresenti un ostacolo non sormontabile alla prospettazione di un'applicazione analogica dell'art. 7 l. n. 218 del 1995 anche ai rapporti arbitro-giudice statale. Invero, l'operatività, per quanto attenuata o “filtrata” da una valutazione “prognostica”, del meccanismo della prevenzione, che caratterizza il regime di cui all'art. 7 l. n. 218 del 1995, non può che porsi in inevitabile conflitto con un sistema, delineato dalle summenzionate norme, che risolve il conflitto (positivo) di competenza (e quindi quella che sarebbe una situazione di litispendenza) *in una questione di competenza* ed è incentrato sull'effetto *solo positivo* del principio *Kompetenz Kompetenz* (ostativo, dunque, ad ogni soluzione che propugni la priorità di una via rispetto all'altra), su una cognizione bensì “piena” di ciascun organo adito in relazione alla questione della sussistenza della propria *potestas iudicandi*, ma limitata alla valutazione della sola sussistenza, validità e/o efficacia di una pattuizione arbitrale, e sull'alternativa, come esito di quella valutazione, di una continuazione del giudizio, anche se iniziato per secondo (indipendentemente dalle sorti dell'altro giudizio),

³⁹ C. CONSOLO, *Profili della litispendenza internazionale*, cit., 148.

⁴⁰ V. C. CONSOLO, *Profili della litispendenza internazionale*, cit., 143, per il quale, nell'ambito del regime di cui all'art. 7, il processo italiano non finirà mai per effetto di una *dichiarazione di litispendenza* internazionale, a differenza di quanto avviene in forza dell'art. 39 c.p.c. e di quanto accade allorché si faccia applicazione dell'art. 21 della Convenzione (nel qual caso la litispendenza sarebbe piuttosto da avvicinare ad una declinatoria di giurisdizione).

oppure in una sua chiusura in rito per l'accertata insussistenza della *potestas iudicandi* dell'organo adito per secondo.

Invero, anche prescindendo dalla plausibilità dell'assimilazione, dal punto di vista teorico-dogmatico, del rapporto arbitro-giudice a quello intercorrente tra giudici statali appartenenti ad ordinamenti diversi, nonché dall'assimilazione della "prognosi di riconoscibilità" di una sentenza straniera ad una prognosi di "futura non-annullabilità di un lodo", nonché ipotizzando che il richiamo, in funzione di un'applicazione analogica, al regime di cui all'art. 7, sia inteso *in senso bilaterale* (non, dunque, solo in favore di un giudizio arbitrale iniziato per primo, nel qual caso si aggiungerebbe un ulteriore elemento di tensione con la disciplina positiva che attualmente governa i rapporti arbitro-giudice), rimane il fatto che il regime di cui all'art. 7 l. n. 218 del 1995 (e l'operatività del criterio della prevenzione ad esso sotteso) pone inevitabilmente il secondo giudizio, in linea di principio, *in una posizione di sudditanza rispetto al primo* (laddove, nel contesto del sistema delle "vie parallele", la pendenza o meno di un altro giudizio, instaurato precedentemente o successivamente, è del tutto indifferente), che può essere bensì superata, ma solo a seguito di una valutazione "prognostica" che, in ogni caso, sia che consista in un esame *prima facie*, sia che assuma i connotati di un'estesa prognosi di futura "non-annullabilità" del lodo, *non trova riscontro nel dettato normativo vigente*.

Ove tale scrutinio debba essere inteso come limitato ad una valutazione *prima facie* da parte del secondo giudice, *senza particolari approfondimenti in ordine alla esistenza, validità e ampiezza del patto arbitrale* (quindi, in linea di principio, solo quando l'oggetto controverso appaia relativo a diritti indisponibili, oppure appaia *chiaramente* non rientrante nell'ambito di applicazione del patto compromissorio, o il patto stesso sia, *altrettanto chiaramente*, invalido), si avvicinerrebbe, al netto di talune sfumature, a quello contemplato dalla Convenzione Europea del 1961 (il cui art. VI, comma 3 consente una pronuncia del giudice statale adito per secondo sulla *potestas iudicandi* dell'arbitro solo in caso di "gravi motivi"⁴¹) e altresì a

⁴¹ Il testo del citato art. VI (rubricato *Competenza giudiziaria*), comma 3, recita testualmente: "Qualora, prima di qualsiasi ricorso ad un tribunale giudiziario, una procedura di arbitrato sia stata introdotta, i tribunali giudiziari degli Stati contraenti, investiti successivamente di una istanza sulla medesima vertenza tra le stesse Parti oppure di una istanza sulla constatazione dell'inesistenza, della nullità o della caducità della convenzione d'arbitrato, si asterranno, salvo gravi motivi, dal pronunciarsi sulla competenza dell'arbitro fino alla pronuncia della sentenza arbitrale". All'art. VI, comma 3 della Convenzione di Ginevra fa riferimento anche S. LA CHINA, *L'arbitrato: il sistema e l'esperienza*, Milano 1999, 44, che nega, peraltro, la possibilità di applicare la soluzione ivi prevista ai rapporti arbitro - giudice domestici (sospensione, salvo gravi motivi, del processo ordinario fino alla pronuncia della sentenza arbitrale): (...) "in coerenza alle premesse" da lui accolte, e rappresentate dall'esclusione dell'ammissibilità dell'istituto della litispendenza tra processo ordinario e giurisdizionale di cui all'art. 39 c.p.c. e dall'insensibilità del processo arbitrale al processo giudiziario sancita dal testo dell'art. 819 *bis* introdotto dalla riforma del 1994. Norma, quest'ultima, che ren-

quello applicato dall'ordinamento francese (ove la cognizione del giudice statale sulla *potestas iudicandi* dell'arbitro è limitata, nel caso in cui un giudizio arbitrale *non sia ancora pendente*, alle ipotesi di "manifesta nullità o inapplicabilità" del patto arbitrale⁴²). In tal caso, tuttavia, si sarebbe di fronte ad una sorta di applicazione dell'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz* (oltre che ad una sua applicazione *unilaterale*, ove si ritenesse di fare applicazione analogica della norma di cui all'art. 7 *solo in favore del giudizio arbitrale*, ossia solo quando questo sia iniziato per primo⁴³), con la preclusione, per il giudice adito per secondo, a svolgere un'indagine piena sulla sussistenza della propria *potestas iudicandi* in presenza di una convenzione arbitrale. Di tale approdo, tuttavia, non v'è traccia alcuna nel dato normativo. Esso, d'altra parte, presenterebbe i tradizionali inconvenienti già emersi trattando della soluzione adottata dall'ordinamento francese, basata, appunto, sull'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz*: da un lato, ove la priorità sia riconosciuta ad un giudizio arbitrale, una compressione del diritto delle parti ad esercitare il proprio diritto costituzionale di accesso al giudice statale; dall'altro, il rischio di uno slittamento temporale per quanto attiene alla risoluzione della questione della *potestas iudicandi* arbitrale, dovendosi attendere lo svolgimento di un intero giudizio arbitrale prima che il giudice statale possa rivedere la decisione dell'arbitro, pervenendo magari a negarla come avrebbe potuto fare molto tempo prima. Insomma, la sommarietà dell'accertamento compiuto dall'organo adito per secondo, se da un lato agevola il coordinamento preventivo tra le due procedure rispetto al sistema delle vie "parallele" (che richiede, invece, un esame pieno e senza limitazioni, da parte del giudice e dell'arbitrato, dei presupposti della rispettiva *potestas iudicandi*), introducendo d'altra parte un elemento di maggiore flessibilità rispetto all'automatismo connesso al funzionamento del criterio della prevenzione, rimanda ad un momento successivo un esame giudiziale del patto arbitrale che, ove svolto in *limine litis*, avrebbe forse consentito di evitare l'inutile svolgimento di un giudizio arbitrale.

deva irrilevante la connessione tra i due procedimenti (quale si sarebbe avuta nel caso in cui nell'uno e nell'altro si fosse discusso, ad esempio, della sussistenza dei requisiti di validità ed esistenza del patto compromissorio).

⁴² Secondo la previsione dell'art. 1458 c.p.c.: "(...) *la jurisdiction doit également de déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle*".

⁴³ Soluzione che però non pare essere contemplata, tra gli altri, da M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, cit., 515 ss.; ID., *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. civ.* 2002, 444 e da C. RASIA, *Il conflitto transnazionale tra giurisdizione ordinaria e arbitrato sulla medesima lite. Spunti su un principio di «lis alibi pendens» nell'arbitrato internazionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 1078 e 1093, per i quali, a parti invertite, sarebbero gli arbitri a dover arrestare il procedimento, constatando la carenza del patto compromissorio o a poterlo proseguire, *in ragione della verifica della sussistenza dello stesso*.

Parimenti non contemplata dal dettato normativo sarebbe tuttavia, a ben vedere, anche l'ipotesi di uno scrutinio preliminare, da parte del secondo giudice (prima di decidere se sospendere o meno il giudizio incardinato dinanzi a lui), inteso in senso "amplissimo", nell'ambito di una prognosi circa la futura validità/non-nullità del lodo. Uno scrutinio, cioè, non limitato, come nel caso del sistema delle "vie parallele", alla valutazione della esistenza, validità ed efficacia del patto arbitrale, *ma esteso a tutti i potenziali motivi di annullamento di un lodo codificati dall'art. 829 c.p.c.* (per trasposizione analogica rispetto all'art. 64 l. n. 281 del 1995), ampliando così a dismisura lo spettro dei profili sottoposti alla cognizione, comunque preliminare, dell'organo adito per secondo. Così, ad esempio, il giudice adito per secondo dovrebbe risolversi nel senso di *non sospendere il giudizio* instaurato dinanzi a lui ove ritenesse che gli arbitri non siano stati nominati con le forme e nei modi prescritti nei capi II e VI del titolo VIII del codice (motivo di annullamento del lodo la cui rilevanza dipende, tuttavia, dal fatto che la relativa eccezione venga effettivamente dedotta nel giudizio arbitrale: art. 829, comma 1, n. 2 c.p.c.); oppure perché ritenesse che nel procedimento arbitrale non siano osservate le forme prescritte dalle parti sotto espressa sanzione di nullità e, in ragione dello stato avanzato del procedimento o di preclusioni eventualmente maturate nel corso del giudizio arbitrale, la nullità non sia stata successivamente sanata (art. 829, comma 1, n. 7 c.p.c.); o, ancora, ove ritenesse che nel procedimento, almeno fino al momento in cui è chiamato a svolgere la prognosi di futura "validità ed efficacia" del lodo, non sia (stato) osservato il principio del contraddittorio (art. 829, comma 1, n. 9 c.p.c.) e così via⁴⁴.

Come ognuno vede, si tratterebbe di un esame molto più esteso di quello contemplato nell'ambito del sistema delle "vie parallele", verosimilmente foriero di una dilatazione dei tempi processuali per pervenire ad una decisione sulla necessità o meno della sospensione del secondo giudizio (in deciso contrasto con le tradizionali *rationes* e finalità del criterio della prevenzione, del tutto neutre rispetto alla questione della determinazione della *potestas iudicandi* tra i due organi aditi e rispondenti unicamente al dato della priorità cronologica) e, in ragione del suo carattere inevitabilmente ipotetico, suscettibile di essere di frequente sconfessato, nei suoi esiti, in una fase successiva della procedura.

Ulteriore elemento che si frappone ad un'applicazione analogica dell'art. 7 al parallelismo di procedura sulla medesima causa in arbitrato e dinanzi al giudice statale è ravvisabile nel fatto che il rimedio predisposto per il caso in cui il secondo giudice non ritenga di escludere la sussistenza della *potestas iudicandi* del pri-

⁴⁴ *Mutatis mutandis*, gli stessi profili dovrebbero essere presi in considerazione ove si "prendessero a prestito", ai fini dello svolgimento della prognosi di riconoscibilità, i motivi ostativi al riconoscimento di un lodo estero, contemplati dall'art. 840 c.p.c.

mo giudice non sarebbe la chiusura in rito del giudizio, con il rinvio delle parti al primo giudizio (come richiede il sistema, codificato, delle “vie parallele”), ma la sospensione, ossia un istituto che la riforma del 2006 riserva ai casi tassativi elencati dall’art. 819 *bis* c.p.c., tra i quali *non rientra la previa pendenza della medesima causa dinanzi ad un altro organo* (arbitrale o giudiziale).

La conclusione della *non applicabilità analogica*, ai rapporti arbitro-giudice, del regime di cui all’art. 7 l. n. 218 del 1995, va altresì estesa a regimi che, *mutatis mutandis*, possono in qualche modo essere ad esso accostati. Si pensi, in particolare, alle disposizioni in tema di litispendenza internazionale succedutesi in diversi strumenti normativi internazionali⁴⁵, soprattutto di matrice europea, volti a governare il fenomeno del parallelismo di procedure sulla medesima causa all’interno dello “spazio giuridico europeo”.

Invero, l’art. 29 del Regolamento UE n. 1215 del 2012 in particolare (come anche già prima l’art. 27 del Regolamento CE n. 44 del 2001), pur nella diversità delle rispettive formulazioni, condivide con l’art. 7 l. n. 218 del 1995 soprattutto due aspetti: da un lato, il fatto di disciplinare il parallelismo tra due procedure sulla medesima causa dinanzi a due organi *formalmente incardinati in giurisdizioni diverse*, appartenenti, pertanto, ad *ordinamenti giuridici diversi* (pur se, nel caso delle norme europee, riconducibili ad uno spazio giuridico unitario ed integrato quale quello euro-unitario); dall’altro, il fatto di non imporre al giudice adito per secondo, al contrario di quanto disposto dall’art. 39 c.p.c., *l’immediata chiusura in rito del giudizio*, ma solo la *sospensione (anche d’ufficio) del giudizio*, nell’un caso (art. 7 della l. n. 218 del 1995), *“finché il giudice straniero non declini la propria giurisdizione o il provvedimento straniero non sia riconosciuto nell’ordinamento italiano”* nell’altro (art. 29 del Regolamento n. 1215 del 2012), *“finché sia stata accertata la competenza dell’autorità giurisdizionale adita in precedenza”* (rimanendo dunque il secondo processo sospeso *al più tardi* fino all’emanazione della sentenza di merito pronunciata dal primo giudice, che varrà come implicito accertamento – ove non vi sia, invece, un esplicito riferimento – della propria competenza).

Per quanto si tratti di disposizioni non perfettamente interscambiabili (presupponendo, la sospensione di cui all’art. 7 della l. n. 218 del 1995, un preliminare scrutinio da parte del secondo giudice – da cui prescinde invece l’art. 29 Reg. – e disponendo l’art. 7, al verificarsi dell’evento indicato, che il secondo giudizio prosegua *previa riassunzione ad istanza della parte interessata*, laddove l’art.

⁴⁵ Per riferimenti v. A. DI BLASE, *Litispendenza internazionale*, cit., 9; P. CERINA, *In tema di rapporti tra litispendenza e art. 57 nella Convenzione di Bruxelles del 2 settembre 1968*, in *Riv. dir. int. priv. proc.* 1991, 953; PESCE, *Le Convenzioni internazionali in materie particolari ed il conflitto con la convenzione di Bruxelles 2 settembre 1968 e con la Convenzione di Lugano 16 settembre 1988 in materia di litispendenza*, in *Dir. mar.* 1993, 675.

29 prevede che l'autorità giurisdizionale successivamente adita dichiara la propria incompetenza a favore della prima), esse condividono il fatto di *porsi in contrasto con il dato normativo che emerge dalla riforma italiana dell'arbitrato del 2006*, sia sotto il profilo del diverso "status" del primo e del secondo giudizio sulla medesima causa, sia sotto il profilo della diversità dei rimedi imposti in caso di parallelismo di procedure.

Se è dunque inaccoglibile il tentativo di estendere analogicamente, ai rapporti arbitro-giudice, il regime di cui all'art. 7 l. n. 218 del 1995, parimenti inaccoglibile ci appare qualsivoglia tentativo di trapiantare, nel contesto dei rapporti arbitro-giudice, disposizioni inserite in strumenti internazionali e pensate per governare i rapporti tra organi statali appartenenti ad ordinamenti diversi. A ben vedere, anzi, si potrebbe sostenere che la norma regolamentare europea sia ancor meno acconcia rispetto a quella di cui all'art. 7 l. n. 218 del 1995 a disciplinare i conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione, in quanto nelle disposizioni "europee" in tema di litispendenza è preclusa al giudice adito per secondo ogni valutazione della sussistenza o meno della *competenza* del giudice preventivamente adito e, più in generale, qualsivoglia prognosi di riconoscibilità della sentenza emananda nel giudizio iniziato per primo.

4. *In ogni caso, critiche alla tesi dell'applicabilità analogica di meccanismi di coordinamento dei rapporti arbitro-giudice basati sul criterio della prevenzione (sia rigido che attenuato)*

A prescindere dall'oggettivo contrasto con il dato normativo attualmente in vigore, le tesi che propugnano un'estensione analogica, anche ai rapporti arbitro-giudice, dell'istituto della litispendenza (declinato secondo i diversi regimi illustrati in precedenza, ossia, *in primis*, l'art. 39 c.p.c. o l'art. 7 l. n. 281 del 1995) risultano inaccoglibili in ragione dell'inadeguatezza del criterio della prevenzione (e di ogni meccanismo su di esso fondato)⁴⁶, a governare i rapporti e i conflitti arbitro-giudice, per una serie di ragioni che si andranno qui di seguito ad articolare nel dettaglio.

⁴⁶ Per la serie di atti o fatti il cui verificarsi, *prima o dopo* rispetto ai fatti corrispondenti nell'altro processo, determinano l'eliminazione o meno del processo in cui essi sono stati compiuti (dalla *prevenzione dell'atto introduttivo*, alla variante costituita dalla *prevenzione dell'iscrizione a ruolo*, dalla *prevenzione dell'atto del giudice*, alla *prevenzione della domanda*, dalla *prevenzione dell'atto cautelare*, alla preventiva pronuncia, in uno dei processi, di una *sentenza non definitiva di merito*), v. V. G. FRANCHI, *La litispendenza*, Padova, 1963, 264 ss.

4.1. *In particolare: il mancato apprezzamento della specificità dei rapporti arbitro-giudice e la non sovrapponibilità, al caso de quo, del regime applicabile ai rapporti fra giudici statali*

Il punto maggiormente critico della tesi favorevole all'estensione, anche ai rapporti arbitro-giudice, dell'istituto della litispendenza fondato sul criterio della prevenzione (soprattutto nella disciplina di cui all'art. 39 c.p.c., ma anche, seppur in misura minore, nella disciplina di cui all'art. 7 l. n. 218 del 1995) risiede nella scarsa considerazione della *specificità del rapporto arbitro-giudice*, che si fonda sulla *necessaria esistenza di un patto arbitrale* con cui le parti hanno manifestato l'opzione di affidarsi alla giustizia privata, rinunciando così a percorrere la via giudiziale, rispetto al rapporto intercorrente tra autorità giudiziarie, italiane o anche straniera, che da una simile pattuizione può ontologicamente prescindere (e di norma, prescinde) del tutto. L'esistenza di una tale pattuizione derogatoria della giurisdizione statale, e in particolare la sua validità ed efficacia, rappresentano infatti il vero discrimine tra le due ipotesi, nel senso che l'esclusione della percorribilità dell'uno o dell'altro foro non può che necessariamente passare attraverso la certezza (da valutare caso per caso) che la deroga sia stata validamente effettuata e produca i suoi effetti. E per giungere a tale certezza non si può non svolgere un esame di detto patto, che, in base al principio *Kompetenz Kompetenz* (inteso nella sua sola accezione positiva), sia l'arbitro che il giudice sono legittimati ad effettuare in piena autonomia l'uno dall'altro.

In proposito, i sostenitori della tesi dell'applicabilità dell'istituto della litispendenza obiettavano ed obiettano che *anche nei rapporti tra giudici ordinari* può verificarsi il caso in cui, in relazione ad una specifica controversia, *solo uno sia il giudice competente* (perché, ad esempio, le parti hanno stipulato un patto di proroga della competenza), senza che ciò osti all'operatività dell'istituto della litispendenza fondato sul criterio della prevenzione; ché, anzi, sarebbe efficace strumento di coordinamento, nella misura in cui *previene (e prescinde da)* qualsivoglia esame preliminare, da parte del giudice adito per secondo, circa la sussistenza della propria e dell'altrui competenza. Di qui la conclusione secondo cui lo stesso istituto sarebbe (stato) idoneo ad operare *anche nell'ambito dei rapporti tra arbitri e giudici*.

Tale impostazione non tiene tuttavia adeguato conto, secondo chi scrive, della vera *ratio* alla base della statuizione tradizionale, secondo cui *ogni questione di parallelismo della medesima causa in arbitrato* e nel giudizio statale *si risolve(va) in una questione di competenza*⁴⁷. A differenza che nei rapporti tra giudici ordinari infatti, la scelta di campo nei rapporti arbitro-giudice è tra due plessi aggiudicato-

⁴⁷ Così Cass. 28 gennaio 1970, 177; Cass., sez. I, 17 aprile 1968 n. 1143; App. Genova 22 febbraio 1954, in *Temi gen.*, 1954, n. 75; Coll. arb. Genova 28 gennaio 1949, in *Riv. giur. lav.* 1949, II, 14. V. anche A. LEVONI, *Rassegna di giurisprudenza sull'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1956, 1116 ss.; R. VECCHIONE, *Rassegna di giurisprudenza sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 1957, 164.

ri non solo profondamente diversi dal punto di vista strutturale, ma altresì reciprocamente alternativi (*giustizia privata v. giurisdizione statale*), trattandosi di *competenza necessariamente esclusiva*, che non può contestualmente sussistere in capo ad entrambi. I rapporti tra giudici ordinari (italiani), si fondano sul principio della *unitarietà della giurisdizione*, ai sensi del quale *la competenza dell'uno non esclude quella dell'altro*. Pur se non necessariamente competenti entrambi a conoscere *quella specifica controversia* (in ragione dei criteri di competenza per territorio, valore o materia), la scelta di campo sarebbe però tra organi che esercitano un *unico, inscindibile, potere*, quello giurisdizionale, di cui è investito nel suo complesso un unico ordinamento giuridico cui entrambi appartengono.

È proprio questa *comune appartenenza ad un unico ordinamento* ad imporre la cessazione di un giudizio quando la medesima causa sia stata previamente incardinata dinanzi ad un altro organo giurisdizionale e a spiegare altresì la rilevabilità d'ufficio dell'eccezione di litispendenza. Ed è la stessa *comune appartenenza ad un unico ordinamento* a consentire, in caso di declinatoria di competenza pronunciata da un giudice, un'effettiva *translatio iudicii* del processo da un giudice all'altro, in quanto la causa proposta ad un giudice poi dichiaratosi incompetente *rimane in ogni caso nell'alveo dello stesso "corpo"* che esercita, *per parte qua*, la medesima funzione aggiudicatoria. Questa stessa *comune appartenenza ad un unico ordinamento* puntella altresì l'efficacia vincolante, nei confronti del giudice *ad quem*, dell'accertamento sulla questione della competenza svolto dal giudice *a quo* che dispone la chiusura del giudizio declinando la propria competenza (salvo che si tratti di incompetenza per materia o di incompetenza per territorio nei casi previsti dall'art. 28).

L'appartenenza o meno ad un unico ordinamento rappresenta, anche dopo la riforma del 2006, il discrimine tra i rapporti intercorrenti tra giudici ordinari, da un lato, e quelli intercorrenti tra arbitri e giudici, dall'altro, impedendo l'acritica estensione, ai secondi, delle norme sulla competenza applicabili ai primi. Invero, al principio dell'*unitarietà della giurisdizione* fa da contraltare, nei rapporti arbitro-giudice, *l'esclusività reciproca* della rispettiva *potestas iudicandi* di due organi che non appartengono al medesimo ordinamento, sicché, in linea di principio, in relazione ad una determinata controversia, *o è competente l'arbitro* (e dunque la *giustizia privata*), *o è competente il giudice* (e dunque la *giurisdizione statale*).

Tale conclusione non viene in alcun modo sconfessata dal fatto che, a seguito della decisione della Corte costituzionale del 19 luglio 2013, n. 223, financo nei rapporti arbitro-giudice sia stato riconosciuto applicabile il fenomeno della migrazione della causa. Invero, esso fa indiscutibilmente breccia (com'era successo poco prima in relazione ai rapporti tra giurisdizione ordinaria e giurisdizioni speciali) in quel muro di incomunicabilità che ha caratterizzato per decenni i reciproci rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale, confermando, attraverso la possibilità che una lite iniziata dinanzi ad un giudice prosegua dinanzi ad un arbi-

tro e viceversa, una *contiguità funzionale* tra i due meccanismi di risoluzione di una disputa. Detta svolta, tuttavia, non è certo idonea, sotto il profilo teorico, ad incidere sull'origine, natura, struttura e funzionamento dei due meccanismi (pubblico e privato), *che continuano a rimanere ben distinti e dunque irriducibili ad un medesimo ordinamento giuridico*.

In quest'ottica, la decisione, del giudice e dell'arbitro, se spogliarsi o meno della causa incardinata dinanzi ad essi in presenza di un parallelismo tra procedure, continua ad attenere ad una vera e propria *scelta di campo* fatta dalle parti in favore dell'uno o dell'altro sistema di risoluzione dei conflitti (reciprocamente *alternativi*), dalla *valutazione preliminare circa l'esistenza dei cui presupposti* sia il giudice che l'arbitro *non possono prescindere*.

A tale considerazione se ne aggiunge un'altra, relativa alla – da più parti asserita – “equivalenza” funzionale tra l'istituto della litispendenza e quello del giudicato, di talché al previo incardinamento di un procedimento arbitrale, che conduce ad una decisione con forza di giudicato, si dovrebbe attribuire senz'altro l'idoneità a fondare una (preventiva) eccezione di litispendenza anche nei confronti di un successivo giudizio statale (e viceversa). Ciò sull'assunto che, con riferimento al rapporto tra giudici statali, gli scopi degli istituti della litispendenza e della cosa giudicata coinciderebbero, che l'eccezione di litispendenza non farebbe altro che *anticipare cronologicamente* l'effetto dell'eccezione di cosa giudicata, che il lodo arbitrale produrrebbe gli stessi effetti di una sentenza statale e al lodo passato in giudicato dovrebbe potersi ricollegare la stessa efficacia impeditiva – nei confronti di un successivo giudizio statale – dell'*exceptio rei iudicatae* propria di una sentenza statale definitiva.

In proposito, merita di essere menzionato un risalente orientamento della dottrina tedesca, seppur minoritario, che aveva contestato l'assunto, supportato dalla dottrina al tempo maggioritaria, dell'*identità di scopi e finalità* tra l'istituto della litispendenza e quello della cosa giudicata, secondo cui, cioè, lo scopo dell'istituto della litispendenza (*Rechtshängigkeit*) avrebbe dovuto ravvisarsi nell'esigenza di impedire un duplice dispendio di attività processuali, evitando, al contempo, una duplicazione di decisioni potenzialmente confliggenti, laddove l'autorità del giudicato materiale (*die materielle Rechtskraft*), indipendentemente dalle diverse teorie ricostruttive cui si ritenesse di aderire, avrebbe *sempre* lo scopo di impedire decisioni confliggenti⁴⁸. Secondo detto filone minoritario⁴⁹, lo scopo della litispen-

⁴⁸ V. L. ROSENBERG, K.H. SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, 14^a ed., 1986, München § 101, III, 1, (S. 606). Per puntuali riferimenti bibliografici e per ulteriori riferimenti giurisprudenziali, v. W. BOSCH, *Rechtskraft und Rechtshängigkeit im Schiedsverfahren*, Tübingen 1991, 200, nt. 71, che cita specialmente BETTERMANN, BLOMEYER, JAUERING, KOUSSOLIS.

⁴⁹ Per puntuali riferimenti bibliografici ai sostenitori della tesi menzionata, cui si farà più ap-

denza era *unicamente* limitato alla tutela dell'economia processuale, essendo invece *esclusivo appannaggio dell'istituto della cosa giudicata* il fine di impedire decisioni contrastanti. Per quanto fosse innegabile che ad entrambi gli istituti fosse sotteso, sotto il profilo dell'impedimento processuale⁵⁰, il principio del *ne bis in idem*, veniva tuttavia negata la conclusione dell'identità di funzione tra due istituti, in quanto il principio del *ne bis in idem* non era ritenuto un valore autonomo, non rappresentando alcun fine in sé stesso⁵¹.

Per Rimmelpacher, ad esempio, al pericolo di sentenze confliggenti poteva farsi fronte esclusivamente con lo strumento della cosa giudicata e della sua efficacia preclusiva, senza dover scomodare l'istituto della litispendenza, il quale, sussistendo nell'ordinamento accanto al primo, non poteva esaurire i suoi effetti nel perseguimento delle medesime finalità di quello, ma, essendo riconducibile *esclusivamente* alla finalità di garantire l'economia dei processi, risultava inutilizzabile ogniqualevolta quella finalità non fosse in alcun modo minacciata.

Hermann, a sua volta, nell'ambito di una ricostruzione più articolata⁵², riteneva che la funzione principale del giudicato risiedesse nella sua *auctoritas*, che, precludendo la possibilità di rimettere in discussione, sotto il profilo giuridico, una decisione sul merito della lite divenuta definitiva, tutelava sia l'interesse pubblico a che fossero garantite la pace giuridica e la certezza nel caso concreto (*Rechtsfrieden und Rechtssicherheit im konkreten Fall*), sia l'interesse della parte vittoriosa a non veder messo nuovamente in discussione il risultato positivo conseguito con la prima decisione. Secondo l'autore, dette finalità non avrebbero potuto essere tutelate mediante l'istituto della litispendenza, che non poteva in alcun modo qualificarsi nei termini di una garanzia "preventiva" della futura sentenza del primo processo. Invero, si sarebbe andati incontro ad una sproporzionata limitazione del diritto d'azione (*eine unverhältnismässige Beschränkung*) se si fosse voluto proteggere *sin dall'inizio della pendenza di un processo* una sentenza *solo potenziale*,

profondito riferimento nel testo, v., ancora, W. BOSCH, *Rechtskraft und Rechtshängigkeit im Schiedsverfahren*, cit., 200, nt. 73, che in tal caso si riferisce specialmente a SCHÖNKE, KUCHINKE, RIMMELSPACHER, HERMANN.

⁵⁰ Si sottolinea che il confronto tra i due istituti avviene in riferimento (ed è limitato) alla loro comune efficacia di impedimento processuale, non rilevando in proposito il fatto che essi abbiano anche altri effetti assolutamente incomparabili l'uno con l'altro. Non sembra che possa avere alcuno specifico rilievo la constatazione di U. HERMANN, *Die Grundstruktur der Rechtshängigkeit*, 1988, Köln, circa l'esistenza di effetti non comparabili (si richiama, ad esempio, l'efficacia positiva conformativa del giudicato, la *Bindungswirkung*, che non avrebbe niente a che vedere con gli altri effetti della litispendenza, quali, per esempio, la *perpetuatio fori*), quale elemento a favore della tesi che nega l'identità di finalità tra litispendenza e giudicato

⁵¹ V. U. HERMANN, *Die Grundstruktur*, cit., S. 30.

⁵² V. U. HERMANN, *Die Grundstruktur*, cit., S. 35.

che non si poteva sapere in anticipo se sarebbe stata emessa *tout court* (potendo il primo processo concludersi con una transazione – *Vergleich* – o con un ritiro dell'azione – *Klagerücknahme* –, o di cui non si poteva comunque garantire l'idoneità ad acquisire la forza del giudicato). Di qui la necessità, per l'autore, di *spezzare il legame necessitato tra litispendenza e giudicato* da molti indebitamente asserito.

Secondo Hermann, d'altra parte, l'istituto della litispendenza non proteggeva in alcun modo l'effetto *positivo* del giudicato, ovvero la sua efficacia conformativa (*nämlich die Präjudizwirkung*); il fatto che non vi fosse alcun impedimento processuale nei confronti di un processo *successivo* a quello concernente un oggetto la cui decisione con autorità di giudicato avrebbe avuto un effetto pregiudicante nei confronti della decisione del processo successivo sarebbe stata una plastica dimostrazione del fatto che la litispendenza non era istituito finalizzato alla “tutela e protezione” dell'*auctoritas* della cosa giudicata. Allorquando la finalità fosse la necessità di evitare decisioni contraddittorie, il momento d'inizio del processo appariva irrilevante, spettando l'effetto preclusivo del giudicato unicamente alla sentenza che, per prima, acquisisse formalmente l'autorità di cosa giudicata. Non era in altri termini logicamente necessario, ove davvero sussistesse l'asserito legame funzionale tra litispendenza e giudicato, considerare il momento di incardinamento dei giudizi, per decidere quale dei due dovesse arrestarsi⁵³.

A supporto di tale ricostruzione, Hermann richiamava l'esempio fornito dal diritto romano, dove l'*exceptio rei iudicatae* era funzionale non tanto ad evitare una doppia decisione sulla medesima lite, quanto, piuttosto, a proteggere il convenuto dalla riproposizione (vessatoria) di un secondo processo nei suoi confronti (*als Schutz ... vor einer schikanösen wiederholten Anbringung der Streitsache*).

Insomma, per l'autore tedesco al centro dell'istituto della litispendenza v'era lo scopo di evitare una duplicazione di attività giurisdizionali con conseguente inutile spreco di risorse, non, invece, quello di impedire decisioni confliggenti, di talché sarebbe stato *irragionevole invocare l'eccezione di litispendenza per coordinare l'esercizio del potere adjudicatorio tra organi appartenenti ad ordinamenti diversi* (quale il rapporto tra arbitri e giudici statali)⁵⁴.

⁵³ U. HERMANN, *Die Grundstruktur*, cit., S. 38.

⁵⁴ In risposta alle tesi eterodosse di B. RIMMELSPACHER ed U. HERMANN, W. BOSCH osservava che entrambi gli istituti della litispendenza e del giudicato tutelavano (anche) il principio di economia processuale (W. BOSCH, *Rechtskraft und Rechtshaengigkeit*, cit., 203). Prestando attenzione a quel principio, l'estensione delle regole e dei principi pensati per governare le relazioni tra più giudici interni *anche* al rapporto tra arbitri e giudici si scontrava con la considerazione che, dalla contemporanea pendenza di un procedimento arbitrale, l'ordinamento giudiziario non avrebbe subito alcun pregiudizio sotto il profilo dell'ingiustificato dispendio di risorse (salvo restando il fatto che, in entrambi i casi, le parti risultavano oltremodo oberate); il riferimento alla sola *economia proces-*

4.2. *In particolare: il pregiudizio delle aspettative delle parti e il rischio di abusi processuali*

Al di là della già rappresentata incompatibilità, con il dato normativo vigente, di un'estensione analogica, ai rapporti arbitro-giudice statale, dell'istituto della litispendenza basato sul criterio della prevenzione (nelle diverse declinazioni che si sono in precedenza illustrate), vi sono anche ragioni, per così dire, *di principio* che ci paiono opporsi ad ogni ipotesi di possibile estensione di detto istituto.

Esso, infatti, da un lato, si porrebbe in conflitto con la verosimile aspettativa delle parti, manifestata attraverso la stipula, a suo tempo, di un accordo di devoluzione ad uno specifico foro delle loro controversie (attinenti, bensì, principalmente al merito, ma altresì, implicitamente, ai presupposti processuali), *di vederle tutte risolte in quell'unico foro*, senza subire (o venire comunque coinvolte in) una proliferazione di giudizi in diverse sedi, in relazione (nella migliore delle ipotesi) a diverse "porzioni" della disputa tra loro insorta (tra cui, ad esempio, la questione della sussistenza della *potestas iudicandi* dell'organo per cui avevano convenzionalmente optato) o (nella peggiore delle ipotesi) all'identico merito; dall'altro, preconstituisce un'arma molto insidiosa per la parte che, per mere ragioni di strategia processuale o perché convinta di soccombere nel merito, intenda ostacolare una risoluzione della disputa *in tempi brevi* (giocoforza rappresentata, nella generalità dei casi, dalla via arbitrale), riproponendo quanto avveniva tempo addietro con la regola della *vis attractiva*, strumentalmente utilizzata per frustrare – in quel caso, definitivamente –, la percorribilità della via arbitrale⁵⁵. Insomma, la parte che (in

suale, pertanto, impediva di giustificare l'applicabilità, anche al rapporto arbitro – giudice, dell'istituto della litispendenza. Secondo BOSCH, contrariamente a quanto sostenuto da B. RIMMELSPACHER, non era implausibile che due istituti mirassero a perseguire il medesimo obiettivo (la superfluità – *die Überflüssigkeit* – non poteva infatti essere confusa con l'assenza di scopi – *die Zwecklosigkeit* – W. BOSCH, *Rechtskraft und Rechtsaengigkeit*, cit., 201). Quanto alla ricostruzione di U. HERMANN, il riferimento alla limitazione del diritto d'azione che sarebbe derivato dal concepire l'istituto della litispendenza finalizzato a tutelare, in via preventiva, la decisione *emananda* nel primo processo appariva del tutto privo di fondamento, dato che un'azione era comunque destinata a proseguire (e, nel caso di processi a parti invertite, BOSCH osserva che una limitazione del diritto d'azione è "(...) *aber zur Verwirklichung des Rechtsschutzes unnötig*"). Il fatto, poi, che il primo processo potesse chiudersi in modo diverso rispetto alla pronuncia di una sentenza non avrebbe avuto alcun rilievo, considerato che lo scopo della litispendenza era proteggere il risultato del procedimento qualunque esso fosse, si trattasse di sentenza, transazione o altro "(...) *auch ein Prozessvergleich würde so als verfahrensbeendende Maßnahme bereits im Vorfeld geschützt*").

⁵⁵ Pur consapevole di questi inconvenienti, G. VERDE, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, cit., 19 non escludeva in linea di principio l'applicazione, anche ai rapporti arbitro-giudice, dell'istituto della litispendenza, che, secondo l'illustre autore, avrebbe potuto offrire: "(...) *un'arma insidiosa a favore di chi, non volendo l'arbitrato, si affretti a proporre domanda al giudice ordinario per allungare a dismisura i tempi processuali. Ma l'inconveniente non è evitabile*".

mala fede) non intende più rivolgersi all'arbitro, avrebbe uno strumento pressoché infallibile per raggiungere i propri scopi, ove fosse sufficiente la previa pendenza di un giudizio statale per obbligare l'arbitro a rigettare in rito la domanda ad esso proposta.

Intravedere nell'istituto della litispendenza un possibile problema per l'arbitrato non significa essere "sviati" da un ingiustificato *favor arbitratus*⁵⁶. Il punto è che *non si può prescindere dall'esistenza di un patto stipulato dalle parti*, che fonda la presunzione (benché *iuris tantum*) che esse abbiano originariamente ed espressamente *voluto* ricorrere all'arbitrato.

Ciò spiega perché una parte della dottrina abbia derivato l'inapplicabilità all'arbitrato degli istituti del *simultaneus processus* e della litispendenza (regolati, rispettivamente, dagli artt. 40 e 39 c.p.c.) non solo dal loro essere naturale "pertinenza" dei rapporti tra *processi giurisdizionali*, ma anche dall'inevitabile compressione che una loro estensione al fenomeno arbitrale avrebbe implicato per l'autonomia privata, che consente il deferimento di una controversia agli arbitri *se e solo se (oltre che nella misura in cui) ciò sia effettivamente voluto dalle parti*: "(...) *alla volontà delle parti non si può derogare per esigenze di tecnica del processo*"⁵⁷.

Il fatto che gli inconvenienti tradizionalmente associati al funzionamento del criterio della prevenzione (i.e. la paralisi del giudizio iniziato per secondo) verrebbero in qualche modo attenuati dalla possibilità di sollevare, nell'ambito del primo giudizio, l'eccezione di patto compromissorio, con la possibile "riesumazione" del procedimento arbitrale iniziato per secondo e arrestato, non attenua il pregiudizievole impatto di un istituto quale quello della litispendenza sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale. Da un lato, infatti, la riconduzione (anche a seguito della riforma del 2006) dell'eccezione di patto arbitrale alla categoria delle *eccezioni di incompetenza* e la sua equiparazione, quanto al regime di rilevabilità (per quanto possa rilevare dopo le recenti modifiche del regime delle preclusioni), ad un'eccezione di incompetenza per territorio derogabile, dovrebbero indurre ad optare (per una questione di coerenza sotto il profilo sistematico e per una sorta di trasposizione analogica del regime che governa il coordinamento tra giudizi statali ai sensi del combinato disposto degli artt. 44 e 45 c.p.c.) per la preclusione, per il giudice adito per primo, della *possibilità di rimettere in discussione la propria competenza* sulla base dell'esistenza di un patto compromissorio, essendo tale facoltà concessa, nel rapporto fra giudici, *solo per il caso di conflitti di competenza per materia o territorio funzionale*⁵⁸.

⁵⁶ V., in proposito, M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, cit., 505 ss.

⁵⁷ F.P. LUISO, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, in *Riv. arb.* 1997, 523. In questo senso v. anche C. CECHELLA, *Questioni pregiudiziali e processo arbitrale*, in *Riv. arb.* 1995, 801.

⁵⁸ Sul punto v. D. BUONCRISTIANI, *Efficacia nel procedimento arbitrale della sentenza del giudice ordinario declinatoria della competenza a favore del collegio arbitrale*, in *Riv. arb.* 1992, 748 ss.

Dall'altro lato, anche ammettendo l'incongruità di una tale trasposizione, in ragione dell'espressa inapplicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, di regole corrispondenti agli artt. 44 e 45 c.p.c. e della non sovrapponibilità delle fattispecie di conflitto positivo e conflitto negativo di *potestas iudicandi*, la possibilità, per il primo giudice, di esaminare il patto arbitrale, a seguito della chiusura in rito pronunciata dall'arbitro, non muterebbe sostanzialmente il giudizio negativo circa l'adeguatezza di uno strumento come la litispendenza a governare i rapporti arbitro-giudice, dato che un accertamento della sussistenza della propria "competenza" da parte del giudice statale pregiudicherebbe definitivamente la possibilità dello svolgimento di un giudizio arbitrale, ossia di un giudizio per il quale le parti, con la stipulazione del patto arbitrale, avevano *almeno formalmente* manifestato la loro originaria preferenza. Inoltre, le parti si troverebbero comunque costrette a fronteggiare un contenzioso che, originariamente pensato per un unico foro, finirebbe per articolarsi tra due diverse sedi (anche solo per pervenire alla soluzione di una questione pregiudiziale qual è la sussistenza o meno della *potestas iudicandi* arbitrale).

Infine, anche ove il giudice statale adito per primo dovesse a sua volta declinare la propria competenza e rinviare le parti in arbitrato, a seguito all'esito positivo dell'accertamento circa l'esistenza di un valido patto arbitrale, si sarebbe comunque di fronte ad un (anche notevole) allungamento dei tempi processuali rispetto al percorso cui avrebbe condotto l'applicazione del sistema delle "vie parallele", dato che, nelle more della decisione del giudice statale adito per primo (che già di per se stessa potrebbe essere resa in tempi non brevissimi), nessun giudizio arbitrale si sarebbe nel frattempo svolto, costringendo le parti a partire da zero in quest'ultima sede, ove finalmente individuata come competente.

4.3. *L'inadeguatezza, in ogni caso, dell'istituto della litispendenza a risolvere il problema dei conflitti (positivi e/o negativi) di "competenza", in assenza di un meccanismo di coordinamento reciproco delle decisioni, rispettivamente del giudice e dell'arbitro, sulla propria potestas iudicandi*

Al netto delle considerazioni che precedono e, per così dire, *ad abundantiam* rispetto all'ostacolo fondamentale all'applicabilità in via analogica, anche ai rapporti arbitro-giudice, dell'istituto della litispendenza rappresentato dal dato normativo, va osservato che tale istituto non sarebbe comunque idoneo, *in assenza di un meccanismo di coordinamento reciproco delle decisioni, rispettivamente del giudice e dell'arbitro, sulla propria potestas iudicandi*, a far fronte e a risolvere efficacemente il problema dei conflitti positivi e negativi di "competenza".

In via preliminare va osservato che *maggiore* è l'integrazione tra ordinamenti, *maggiore* è l'automatismo con cui funzionano le norme sulla litispendenza e *mino-*

ri sono, da una parte, i controlli che il secondo giudice compie sulla legittimazione del primo e, dall'altra, le remore ad arrestare senza indugio il secondo processo.

Si è già visto come il regime di cui all'art. 39 c.p.c. sia caratterizzato dal concorso di una serie di elementi quali l'operatività del criterio della *prevenzione*, la rilevabilità *d'ufficio* della previa pendenza della medesima causa, la preclusione, per il secondo giudice, alla valutazione della competenza del giudice adito per primo, la dichiarazione della litispendenza seguita dalla chiusura in rito del secondo processo. L'automatismo nel funzionamento del meccanismo è accentuato dal suo essere strumentale alla realizzazione del principio dell'economia dei giudizi.

Si è visto come, al contrario, ad un *minor grado di integrazione degli ordinamenti* coinvolti da un parallelismo di procedure sulla medesima causa corrisponda un minor automatismo dei meccanismi volti a farvi efficacemente fronte: è il caso delle norme in tema di litispendenza internazionale (con un grado di automatismo "decescente" in dipendenza dell'attenuarsi del livello di integrazione dei rispettivi ordinamenti) di cui agli artt. 7 l. n. 218 del 1995 e 29 del Regolamento UE n. 1215 del 2012 (con un più spiccato carattere *pubblicistico* per la disposizione regolamentare ed uno maggiormente finalizzato alla tutela dei soggetti privati per quella di diritto internazionale privato). Entrambe le disposizioni adottano, come rimedio al parallelismo di procedure sulla medesima causa, il rimedio della *sospensione* (che si giustifica, anche in tal caso, con il fatto che tra due ordinamenti non integrati, considerato il forte rischio che l'eliminazione del secondo processo si traduca, alla fine, in un diniego di giustizia per il soggetto, è necessaria una *maggiore cautela* da parte del secondo giudice).

Tuttavia, a differenza dell'art. 29 Reg. n. 1215 del 2012, l'art. 7 richiede una *prognosi positiva di riconoscibilità della futura sentenza*, che si traduce, nel migliore dei casi, quantomeno in una (per quanto preliminare) indagine sulla sussistenza o meno della competenza del primo giudice⁵⁹. Emerge qui la differenza tra il funzionamento dell'istituto della litispendenza nell'ambito di un ordinamento integrato (quello europeo, ove il secondo giudice "*si fida*" della valutazione che il primo giudice compie circa la sussistenza o meno della propria competenza, sicché al secondo giudice non è richiesto né di valutare la competenza del primo giudice, né di accertare se il primo giudice possa conoscere della *causa in base ai principi sulla competenza giurisdizionale propri dell'ordinamento italiano*) rispetto al rapporto tra autorità giudiziarie di giurisdizioni diverse al di fuori di un sistema convenzionale

⁵⁹ Il fatto che l'art. 29 Reg. n. 1215/2012 non richieda non solo la valutazione della competenza del primo giudice, ma nemmeno una valutazione prospettica sulla riconoscibilità della futura sentenza, aumenta il rischio di casi di denegata giustizia, qualora il primo processo, pur dopo l'accertamento sulla propria competenza compiuto dal primo giudice – cui abbia fatto seguito la declinatoria del primo – si estingua. L'assenza, in ambito europeo, di un meccanismo analogo a quello della *translatio*, rende il sistema meno efficiente di quello di cui all'art. 39 c.p.c.

o di un ordinamento giuridicamente integrato (quello di cui all'art. 7, ove tale fiducia manca).

Il problema di un'eventuale applicazione analogica, ai rapporti arbitro-giudice, dell'art. 39 c.p.c. risiederebbe nella sua inidoneità ad arginare o a porre rimedio al rischio di un possibile *conflitto negativo di competenza* (al contrario di quanto invece avverrebbe per i conflitti positivi di competenza). Ciò perché, da un lato, alla chiusura in rito del secondo giudizio potrebbe seguire la declinatoria di competenza pronunciata dal primo giudice e, dall'altro, il secondo giudice, eventualmente individuato come "competente" nella pronuncia declinatoria del primo giudice, potrebbe a sua volta pronunciare un provvedimento declinatorio, a seguito di un esame approfondito (prima preclusogli) sul patto arbitrale, non essendo vincolato – stante il chiaro disposto di cui all'art. 819 *ter*, comma 2 c.p.c. che sancisce l'inapplicabilità ai rapporti arbitro-giudice, tra gli altri, degli artt. 44 e 45 c.p.c. – all'accertamento giudiziale sulla *potestas iudicandi* arbitrale compiuto dal primo giudice.

Invero, nei rapporti tra giudici statali, è la combinazione tra operatività del meccanismo della *translatio iudicii*, salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda e vincolo alla declinatoria di competenza pronunciata dal giudice *a quo* a "puntellare" l'automatismo del criterio della prevenzione e la chiusura immediata del giudizio da parte del giudice adito per secondo (a prescindere dallo svolgimento di qualsivoglia scrutinio preliminare sulla sussistenza della propria o dell'altrui competenza) e altresì a consentire il coordinamento tra giudizi, scongiurando il verificarsi di irrisolvibili conflitti negativi di competenza. Senza contare che, ove il secondo giudice si spogli della causa, in ragione del criterio della prevenzione, dopo che il primo giudice abbia *già compiuto* l'accertamento della propria competenza, pronunciando una *declinatoria non ancora passata in giudicato* (perché pendono ancora i termini per la relativa impugnazione o si sta svolgendo il giudizio su quest'ultima), non è del tutto sventato il rischio che si arrivi, infine, ad un diniego di giustizia.

Per quanto caratterizzata da un minore livello di integrazione rispetto al regime di cui all'art. 39 c.p.c. (ma anche rispetto al regime, parimenti disciplinante rapporti internazionali, di cui al Reg. UE n. 1215 del 2012) e, per questo, da un automatismo "attenuato", sotto il profilo dell'idoneità ad impedire conflitti positivi e negativi di "competenza", l'operatività del criterio della prevenzione adottato dall'art. 7 della l. n. 218 del 1995 ripropone, in parte, gli inconvenienti del sistema delle "vie parallele" e, in parte, quelli di un'ipotetica applicabilità analogica dell'istituto della litispendenza *ex art.* 39 c.p.c.

Invero, il fatto che l'operatività del criterio della prevenzione sia "filtrata" da una preliminare "prognosi di riconoscibilità" della decisione emananda nel primo giudizio, al cui esito positivo è condizionata la decisione del secondo giudice se

sospendere o meno il giudizio (indipendentemente dalla ricostruzione di tale prognosi in senso restrittivo – esame solo *prima facie* e limitata alla sussistenza o meno di un patto arbitrale – o estensivo – esame approfondito ed esteso a tutti i potenziali motivi in futuro invocabili contro la validità della futura decisione –), non elimina del tutto il rischio di un *conflitto positivo* di competenza, con il conseguente parallelismo di procedure sulla medesima causa, ogniqualevolta il secondo organo adito dovesse ritenere non sussistenti le condizioni per la sospensione del procedimento (ad esempio, a seguito di una prognosi di invalidità/inesistenza del lodo) e, contestualmente, quello adito per primo ritenesse sussistente la propria *potestas iudicandi*. Si ripresenterebbero, dunque, sostanzialmente immutati gli inconvenienti connessi al funzionamento del sistema delle “vie parallele”, con il coordinamento delle due procedure rimandato alla fase successiva, dell’eventuale spendita, nell’ambito del secondo giudizio, della decisione emessa nel primo giudizio e divenuta definitiva⁶⁰.

D’altra parte, ove si aderisse alla ricostruzione “restrittiva” circa l’esame preliminare condotto dall’organo adito per secondo, svolto cioè solo *prima facie* (sul modello francese, che richiama i casi di “manifesta nullità o inoperatività” del patto) o *in casi eccezionali* (secondo il modello della Convenzione di Ginevra, che, all’art. VI, comma 3, richiama, come eccezione all’immediato rinvio delle parti all’arbitro, la ricorrenza di “gravi motivi”), la sostanziale adozione del criterio della prevenzione, seppur “attenuato”, rischierebbe di *penalizzzare la percorribilità della via arbitrale in favore di quella giudiziale*, ponendosi anche in tal caso in conflitto con l’aspettativa delle parti che, mediante la stipulazione di un patto arbitrale, non prevedevano di dover dividersi in due sedi (quella, pendente, del primo giudizio e quella, sospesa, del secondo) per ottenere ristoro della loro disputa.

Inoltre, sebbene la sospensione del secondo giudizio (per ipotesi quello arbitrale), in luogo della sua immediata chiusura in rito, consenta, in linea di principio, una sua “riesumazione” in caso di declinatoria di competenza da parte del primo giudice (per ipotesi quello statale), ove ciò non dovesse accadere (perché, ad esempio, il giudice statale affermi, con pronuncia separata, la sussistenza della propria *potestas iudicandi*), si riproporrebbe una situazione analoga a quella discendente da un’applicazione del regime *ex art. 39 c.p.c.*, con la chiusura in rito

⁶⁰ Ove la decisione del secondo giudizio dovesse passare in giudicato *prima* di quella emessa nel primo giudizio, l’efficacia della decisione arbitrale successiva sarà inevitabilmente paralizzata dal giudicato ormai formatosi (in applicazione dell’art. 829, comma 1, n. 8 c.p.c., che sposa la medesima *ratio* dell’art. 64 lett. e), secondo cui il riconoscimento è negato qualora la decisione straniera sia contraria ad altra sentenza pronunciata da un giudice italiano passata in giudicato. Ove, invece, dovesse passare in giudicato *per prima* la decisione arbitrale (rispetto alla quale il secondo giudice aveva concluso negativamente la “prognosi di riconoscibilità”), sarà questa ad avere la prevalenza.

del giudizio adito per secondo (l'arbitrato) e la prosecuzione del primo (il giudizio statale), cui le parti, mediante la stipulazione del patto, avevano inteso rinunciare.

Anche ove il giudice statale, adito per primo, dovesse infine declinare la propria competenza, pervenendo ad una *valutazione opposta* sul patto arbitrale rispetto a quella compiuta dall'arbitro⁶¹, ove ciò dovesse avvenire solo con una pronuncia nel merito, si potrebbe bensì avere la riesumazione, previa riassunzione (o riproposizione), del giudizio arbitrale, ma solo dopo che le parti avranno "subito" l'integrale celebrazione di un giudizio statale prima di poter dare piena esecuzione al patto arbitrale originariamente stipulato.

Rispetto ad un sistema fondato sul principio *Kompetenz Kompetenz*, quindi, si avrebbe un *consistente allungamento dei tempi processuali* prima che l'organo adito per secondo possa legittimamente pervenire ad una statuizione definitiva sulla questione della propria *potestas iudicandi*⁶², senza peraltro che, nell'ambito del regime di cui all'art. 7 l. n. 218 del 1995, vi sia garanzia alcuna che il secondo organo adito *aderisca alla valutazione compiuta dal primo giudice* (declinatoria della propria competenza). Invero, in base ad una cognizione – questa volta sì piena ed esaustiva, rispetto alla prima, svolta solo *prima facie* – il secondo giudice potrebbe pervenire ad un'ulteriore pronuncia declinatoria che segua ad una valutazione divergente, rispetto al primo organo, della questione della *potestas iudicandi* arbitrale. L'appartenenza dei due organi coinvolti nell'originario parallelismo di procedure a due *ordinamenti differenti* impedisce una vera e propria *translatio iudicii* dal giudice incompetente a quello competente, con conseguente assenza di vincolo, del secondo, all'accertamento sulla *potestas iudicandi* compiuto dal primo⁶³.

⁶¹ Se, al contrario, il secondo giudice accerta che il lodo non sarà inesistente, ci si scontra con i soliti inconvenienti che abbiamo più volte menzionato. Ovvero, *l'accertamento della non inesistenza del lodo*, non implica automatico accertamento della *competenza in capo all'arbitro* adito per primo. Se, infatti, il secondo giudice accerta che l'arbitro è stato investito della causa in maniera rituale, che l'arbitro può essere tale secondo le previsioni codicistiche, che il patto compromissorio è esistente e che la controversia rientra tra quelle compromettibili, ciò non dice nulla a proposito della validità del patto compromissorio, né a proposito del fatto che la controversia rientri tra quelle cui si riferisce il patto stesso. Di conseguenza se, dopo la chiusura in rito del secondo processo o la sospensione di questo, l'arbitro riterrà di essere sfornito di competenza, si ripresenterà ancora una volta il rischio di un diniego di giustizia per le parti. Anche nel caso della semplice sospensione, infatti, non sussistendo alcun vincolo per il secondo giudice, se questi ritiene di non essere competente, rigetterà anch'esso in rito la domanda.

⁶² Senza contare che la norma non contempla espressamente il caso dell'estinzione del primo giudizio che, formalmente, è fattispecie diversa da una pronuncia declinatoria o dal mancato riconoscimento della decisione nell'ordinamento che, appunto, presuppone che una decisione sia stata emanata, con la conseguenza che, in caso di estinzione, non sarebbero integrate le condizioni per la riassunzione della causa dinanzi al giudice italiano, che vedrebbe sospeso il suo procedimento *sine die*.

⁶³ V. W.J. HAU, *Positive Kompetenzkonflikte*, cit., 159, il quale, osservando, dapprima, come:

Sotto questo profilo emerge nuovamente la minor *efficacia* del regime di cui all'art. 7 l. n. 218 del 1995 rispetto a quello di cui all'art. 39 c.p.c., espressione del principio di unità della giurisdizione e caratterizzato dalla seguente articolazione: "(...) un unico processo, una declinatoria di competenza, un'indicazione del giudice invece competente, una riassunzione tempestiva"⁶⁴.

Va peraltro ricordato che, nella ricostruzione di una parte della dottrina, il rischio di un conflitto negativo poteva essere scongiurato facendo applicazione non dell'art. 7 l. n. 218 del 1995 (che riguarda, appunto, casi di litispendenza internazionale), ma dell'art. 4 della medesima legge, ai sensi del quale la deroga alla giurisdizione italiana: "(...) è inefficace se il giudice o gli arbitri indicati declinano la giurisdizione o comunque non possono conoscere della causa"⁶⁵, in base tuttavia ad un'interpretazione chiaramente ispirata ad un *favor arbitratus* che, pur se idonea a tutelare l'autonomia ed indipendenza dell'arbitrato, non lo sarebbe altrettanto per quanto attiene all'eliminazione di un conflitto negativo di competenza, quanto meno temporaneo e unidirezionale. Invero, secondo tale ricostruzione, nel caso di declinatoria pronunciata dall'arbitro preventivamente adito, il giudice successivamente adito avrebbe dovuto assumere la giurisdizione *senza la necessità di svolgere indagini su un patto arbitrale di fatto venuto meno per effetto della declinatoria pronunciata dall'arbitro*, essendogli dunque preclusa la possibilità di pronunciare una seconda declinatoria fondata su quel patto; invece, nel caso di declinatoria pronunciata dal giudice statale preventivamente adito, all'arbitro adito per secondo sarebbe stato consentito dichiararsi a sua volta (in base ad una valutazione autonoma del patto arbitrale) privo della *potestas iudicandi*, con l'obbligo, tuttavia, per il giudice ordinario – cui la domanda fosse stata nuovamente riproposta – di astenersi dal pronunciare una nuova declinatoria e dunque di pronunciarsi, finalmente, sul merito (avendo la declinatoria pronunciata dall'arbitro sancito, *de facto*, l'inoperatività della convenzione arbitrale e dunque fatto "risorgere" la competenza del giudice statale).

"Eine Verweisung im technischen Sinne über die Grenze hinweg an ein in der gleichen Angelegenheit bereits tätiges ausländisches Gericht ist hingegen de lege lata nicht möglich", ricorda come persino: "(...) im Anwendungsbereich so moderner Übereinkommen wie dem EuGVÜ waren die beteiligten Staaten nicht bereit, sich auf eine derart weitgehende Einmischung in ihre Rechtspflege zu verständigen": in virtù di ciò, alla nt. 249 osserva: "(...) insbesondere ermöglicht Art. 22 II EuGVÜ nach herrschender Meinung nicht die Möglichkeit einer Verweisung".

⁶⁴ G. CAMPEIS, A. DE PAULI, *Trasferimento della lite fra i giudici di paesi C.E.E. ed effetto impeditivo della decadenza*, in *Giur. it.* 1989, I, 1216.

⁶⁵ Così M. BOVE, *Il patto compromissorio rituale*, cit., 438.

4.4. *L'inefficacia del possibile rimedio della responsabilità aggravata*

Prima della riforma del 2006 si era prospettato il ricorso all'istituto della responsabilità aggravata per puntellare un'estensione analogica dell'istituto della litispendenza anche ai rapporti arbitro-giudice statale, in particolare per correggerne alcuni effetti distorsivi⁶⁶. Al netto di quanto già visto in relazione all'inaccogliabilità delle tesi su detta estensione analogica, si tratta, secondo chi scrive, di opzione comunque impraticabile per la fattispecie che ci occupa.

Essa, infatti, non è esente da perplessità sotto il profilo della congruità sistematica⁶⁷, e financo da dubbi di legittimità costituzionale⁶⁸, nella misura in cui fini-

⁶⁶ Per una critica a tale ricorso v. E. VULLO, *Note in tema di arbitrato, connessione e sospensione per pregiudizialità*, in *Riv. dir. proc.* 1996, 144.

⁶⁷ V., per le considerazioni critiche del "correttivo" di cui si parla nel testo, a proposito però della sola connessione di cause, oltre a E. VULLO, *Note in tema di arbitrato*, cit., 144, anche E.F. RICCI, *Un raggio di luce nel buio (una svolta in tema di incompetenza degli arbitri per connessione di cause?)*, in *Riv. arb.* 179 ss., spec. 180 e nt. 4; LONGO, *Ancora in tema di connessione e giudizio arbitrale*, in *Riv. arb.* 1994, 297 ss.; C. CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 157.

⁶⁸ Per R. MARENCO, *Arbitrato e connessione*, in *Riv. arb.* 1991, 761, ad esempio, era insostenibile, da un punto di vista sistematico, l'idea che l'operatività della connessione potesse dipendere: "(...) da una seppur parziale verifica da parte del giudice della fondatezza della domanda connessa". Invero, nonostante l'evidente analogia *sub specie* della compressione dell'autonomia e indipendenza del fenomeno arbitrale, esisteva una significativa differenza tra la proposizione pretestuosa di una domanda *connessa* con una *già* devoluta alla cognizione arbitrale e la previa proposizione di una domanda *identica* a quella proposta successivamente dinanzi gli arbitri, per quanto riguarda la rilevabilità, da parte del giudice adito, dello scopo "pretestuoso" della domanda stessa. Infatti, sebbene si affermasse che: "(...) il tentativo di escludere la vis attractiva della giustizia statale nel caso in cui sia palese la volontà della parte di sottrarsi agli effetti del patto compromissorio è agevolmente superabile attraverso una certa abilità nel prospettare la questione connessa in sede giurisdizionale" (così C. CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 157), ci sembra fosse più semplice per il giudice adito constatare la "mala fede" di una domanda connessa con una o più domande *già* pendenti in sede arbitrale, in cui le parti avrebbero ben potuto proporre anche la suddetta causa "connessa", rispetto a quanto lo sarebbe stato attribuendo al giudice stesso la facoltà di vagliare (ai fini dell'eventuale ricorso alla responsabilità aggravata *ex art.* 96 c.p.c., di cui si fa cenno nel testo) la presenza o assenza di buona fede, insita nella proposizione di una causa mentre ancora un giudizio arbitrale non fosse pendente. Si poteva forse sostenere che la presenza del patto compromissorio fosse *già* di per se stesso un motivo sufficiente per consentire al giudice di rilevare la pretestuosità dell'azione introdotta davanti a lui: una simile conclusione, tuttavia, contrastava con due principi consolidati in tema di arbitrato. Da una parte, con la ricostruzione dell'eccezione di arbitrato rituale in termini di *eccezione in senso stretto* ed equiparata, quanto al regime processuale, ad un'eccezione di incompetenza per territorio derogabile, da sollevarsi *in limine litis*, pena la preclusione della stessa e la prosecuzione del giudizio ordinario fino ad una pronuncia nel merito. D'altra parte, con il principio secondo cui, con il compromesso, le parti non rinunciano convenzionalmente all'azione (come invece sostenuto, a suo tempo, tra gli altri, da G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, cit., 108 e E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, cit., 506), perché, se così fosse, non si spiegherebbe come mai,

rebbe per affidare l'effettività della scelta originaria delle parti in favore dell'arbitrato ad una valutazione *discrezionale* del giudice ordinario, del tutto sganciata da parametri oggettivi ed avente ad oggetto *non tanto la fondatezza della domanda* (identica o connessa con quella proposta dinanzi agli arbitri), quanto gli *scopi* della stessa.

Si tratta di perplessità non molto dissimili da quelle relative al meccanismo (a suo tempo proposto dalla giurisprudenza per temperare il principio della *vis attractiva*), consistente nell'escludere l'attrazione dell'intera controversia nell'alveo della competenza del giudice ordinario quando la domanda connessa apparisse, *prima facie*, al giudice ordinario, come un *mero espediente per sottrarre la relativa competenza agli arbitri*. Osservava, in proposito, Vullo che ciò si risolveva in una violazione del principio del "giudice naturale precostituito per legge" di cui all'art. 25, comma 1 Cost.: "(...) *sia sotto il profilo sostanziale, perché le parti non hanno alcuna certezza circa l'organo che deciderà sulla domanda fatta valere in giudizio, sia da un punto di vista formale, in quanto la disciplina della competenza giudiziaria non troverebbe la sua fonte in un atto formalmente legislativo, bensì nella mera discrezionalità del giudice*"⁶⁹.

5. *Incompatibilità della tesi della litispendenza c.d. "unilaterale", "a senso unico" o "zoppa" con l'attuale quadro normativo (in particolare con il combinato disposto degli artt. 817 e 819 ter c.p.c.)*

Nel secondo capitolo si è visto come, prima della riforma, in assenza di un dato normativo articolato come quello introdotto per la prima volta dal legislatore del 2006, l'orientamento maggioritario ritenesse che a governare i rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale dovesse essere il sistema delle "vie parallele". L'applicazione di detto sistema dava origine ad inconvenienti pratico-applicativi, distorsioni procedurali ed inefficienze, rappresentati, di volta in volta, da *conflitti positivi* (e dunque da un parallelismo di procedure sulla medesima causa, con la conseguente duplicazione di oneri, non solo finanziari, per le parti e dal rischio di decisioni confliggenti) o da *conflitti negativi* di *potestas iudicandi* (e dunque da una duplice declinatoria di "competenza" pronunciata,

pur in presenza di compromesso, il giudizio instaurato da una parte e nel quale non venga proposta la relativa eccezione, possa legittimamente svolgersi e condurre ad una decisione nel merito.

⁶⁹ E. VULLO, *Note in tema di arbitrato*, cit., 144, nt. 17. Sulla nozione di *giudice precostituito per legge* e sulle problematiche, teoriche e pratiche, ad essa connesse, v., tra gli altri, NOBILI, *Commento all'art. 25, 1 comma, Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1981, 135 ss.; A. PIZZORUSSO, voce *Giudice naturale*, in *Enc. giur.*, XV, Roma 1989; ID., *Ordinamento giudiziario*, in *Novissimo Digesto italiano, Appendice*, V, Torino 1984, 530 ss.

contestualmente o in momenti diversi, dal giudice statale e dall'arbitro, con il rischio, in taluni casi, di un vero e proprio diniego di giustizia per la parte attrice), che costituivano un pesante fardello, ove non un grave pregiudizio, per la tutela dei diritti dei consociati.

Onde ovviare a tali distorsioni, con due celebri decisioni pronunciate a fine anni '90⁷⁰ le Sezioni Unite della Cassazione avevano elaborato la tesi della litispendenza c.d. "unilaterale" o "a senso unico" (o anche "zoppa"), così detta in quanto il criterio della prevenzione veniva fatto operare *solo a favore del giudizio arbitrale iniziato per primo*, non, invece, nell'ipotesi inversa (di previa pendenza del giudizio statale e di solo successiva instaurazione di quello arbitrale).

Rimandiamo al secondo capitolo per un'analisi puntuale di queste due decisioni e del dibattito originatosi in merito alla soluzione da esse elaborata (in particolare delle numerose critiche avanzate avverso quest'ultima sotto il profilo della fondatezza teorica, della tenuta sistematica, della legittimità costituzionalità e della conformità al dato normativo). Tali pronunce non avevano avuto alcun seguito in giurisprudenza, dato che, negli anni successivi (e financo dopo la svolta "negozialista" del 2000), si è continuato a ritenere applicabile, ai rapporti arbitro-giudice, il sistema delle "vie parallele". Nel terzo capitolo abbiamo altresì illustrato le posizioni di chi ritiene che il legislatore, con la riforma del 2006, avrebbe sostanzialmente inteso riproporre proprio la soluzione elaborata a suo tempo dalle Sezioni Unite.

Secondo chi scrive, tuttavia, il meccanismo della litispendenza "unilaterale" o "a senso unico" appare anch'esso *del tutto incompatibile con l'attuale dato normativo*, senza contare che esso sarebbe in ogni caso incongruo – sotto il profilo teorico-sistematico – e inadeguato – sotto il profilo pratico-applicativo – a disciplinare efficacemente i rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale. Infatti, il combinato disposto degli artt. 817, commi 1 e 2 e 819 *ter*, comma 1 c.p.c. preclude l'operatività del criterio della prevenzione, seppur nella forma "attenuata" contemplata dal meccanismo della litispendenza "unilaterale", il quale, al contrario di quanto avviene in base al sistema delle "vie parallele", non consente lo svolgimento parallelo di due procedure, rispettivamente, in sede arbitrale e in sede giudiziale, sulla medesima causa.

⁷⁰ Si tratta delle decisioni Cass. S.U. 8 luglio 1996, n. 6205, *Montedison c. Eni ed Enichem*, in *Corr. giur.* 1996, 1007, nt. CARBONE, *I ripensamenti sulla potestas iudicandi degli arbitri nel corso del procedimento arbitrale*; in *Foro it.* 1996, I, 1905, nt. BARONE; in *Riv. arb.* 1997, 325, nt. R. VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale*, cit.; in *Resp. civ. e previd.* 1997, I, 115, nt. R. MURONI, *Arbitrato, processo ordinario e litispendenza*; e Cass. S.U. 7 aprile 1997, n. 3001, *Fall. Mascheroni c. Soc. Metropolitana milanese*, in *Giust. civ.* 1997, I, 2451, nt. D. GIACOBBE, *Questioni di litispendenza tra giudizio ordinario e giudizio arbitrale*, 518; in *Riv. arb.* 1997, 515, nt. F.P. LUISO, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*; in *Giur. it.* 1997, I, 1, 623.

Invero, da un lato, l'art. 817 c.p.c., dopo aver sancito, al comma 1, il potere dell'arbitro di decidere sulla propria competenza, ogniqualvolta la validità, il contenuto o l'ampiezza della convenzione d'arbitrato, o la regolare costituzione degli arbitri, siano contestati nel corso dell'arbitrato, statuisce, al comma 2, che: “[q]uesta disposizione si applica anche se i poteri degli arbitri sono contestati *in qualsiasi sede per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento*” [corsivo nostro]; dall'altro, il comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c. dispone che la competenza degli arbitri *non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice*, né dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice.

La prosecuzione parallela, nell'indifferenza reciproca, di due giudizi sulla medesima causa, incardinati contestualmente, o in momenti successivi, in sede, rispettivamente, arbitrale e giudiziale, è dunque, nell'attuale contesto normativo, fattispecie *non solo fisiologica, ma legittima*, come tale *incompatibile con ogni soluzione mirante ad attribuire, in uno stadio preliminare, priorità ad una via rispetto all'altra*.

Ciò sia rispetto al classico meccanismo della litispendenza “unilaterale” o “zoppa” nell'elaborazione delle Sezioni Unite sul finire degli anni '90, sia rispetto a “letture” alternative proposte, sempre partendo da quel meccanismo, dalla dottrina post-2006 (quale, ad esempio, quella che, nell'ambito del sistema delle “vie parallele”, individua il correttivo consistente nel fatto che l'instaurazione del giudizio arbitrale, pur non privando il giudice statale del potere di pronunciarsi sull'*exceptio compromissi*, limiterebbe tuttavia l'ampiezza del suo scrutinio, consentendogli di sindacare unicamente *l'investitura originaria del collegio*, ad esclusione delle contestazioni attinenti alla *potestas iudicandi* arbitrale fondate su “ragioni sopravvenute” nel corso del procedimento⁷¹).

Invero, nulla, nel nuovo contesto normativo, autorizza una ricostruzione dei rapporti arbitro-giudice statale diversa da quella che, mettendo al centro la piena vigenza ed operatività del principio *Kompetenz Kompetenz*, presuppone che, nel rispetto della reciproca autonomia della via arbitrale e giudiziale alla risoluzione delle controversie, il coordinamento tra giudizi passi attraverso una preliminare valutazione della questione della *potestas iudicandi* arbitrale (risolvendosi necessariamente il fenomeno della “litispendenza” tra arbitrato e giurisdizione statale in una questione di “competenza”), con la conseguente accettazione del rischio di un fisiologico parallelismo di procedure in sede, rispettivamente, arbitrale e giudiziale, sulla medesima causa.

Se tale ricostruzione è corretta, ci pare non vi sia posto per qualsivoglia meccanismo di prevenzione, ancorché unilaterale (come nell'ambito della tesi della “litispendenza zoppa”), che precluda al giudice statale, adito per secondo, la pos-

⁷¹ S. BOCCAGNA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *Commentario*, cit., 1387.

sibilità di svolgere un esame circa la sussistenza o meno della propria e dell'altrui competenza in presenza di una convenzione arbitrale, prima di decidere se chiudere o meno in rito il giudizio, imponendogli di prendere atto che l'accordo derogatorio della competenza dell'autorità giudiziale *ha già avuto concreta attuazione* e così di astenersi da ogni ulteriore accertamento in ordine all'esistenza della *potestas iudicandi* degli arbitri e di rinviare le parti a questi ultimi, cui verrebbe affidata, *in via esclusiva*, la verifica della sussistenza dei propri poteri decisori⁷².

Ci pare altresì che non vi sia posto per automatismi che comunque, indipendentemente dalla priorità cronologica dell'instaurazione di una delle due procedure, assegnino, sull'assunto di un *favor* di cui non vi è traccia nel dato normativo, una preferenza per la percorribilità della via arbitrale rispetto a quella giudiziale.

Il sistema delle "vie parallele", indiscutibilmente codificato, secondo chi scrive, dal legislatore della riforma attraverso il combinato disposto di cui agli artt. 817, commi 1 e 2 c.p.c. e 819 *ter*, comma 1 c.p.c., è incompatibile con la regola di un *potere esclusivo* degli arbitri di decidere sulla propria competenza, *esclusivo, cioè, del concorrente potere del giudice statale*.

Detto potere esclusivo non può certo essere desunto dai primi due commi dell'art. 817 c.p.c., che – secondo la ricostruzione cui si è qui ritenuto di aderire circa la vera *ratio* della norma – si limitano a preservare, in capo agli arbitri, il potere di decidere di tutte le obiezioni mosse alla sussistenza della propria *potestas iudicandi* nei casi di contestazione alla stessa contestualmente sollevati, *sulla base di ragioni pre-esistenti o sopravvenute*, nell'ambito di altre procedure (giudiziali o arbitrali) aventi ad esclusivo oggetto la questione della validità ed efficacia della convenzione arbitrale, oppure il merito di una lite coperta da quella convenzione; in altri termini, ogniqualvolta si verta in una situazione di "litispendenza" (o connessione) giudiziale ed arbitrale e, nello specifico, quando la litispendenza (o connessione) giudiziale (o arbitrale) sia successiva ("sopravvenuta") a quella arbitrale (ivi compresi i casi in cui operi, nel giudizio davanti al giudice statale, il meccanismo preclusivo di cui all'art. 819 *ter*, comma 2 c.p.c., idoneo ad escludere la 'competenza' arbitrale limitatamente alla controversia decisa dal giudice dello stato nell'ipotesi in cui il convenuto non abbia sollevato *in limine litis* l'eccezione di patto arbitrale). Ciò, tuttavia, senza far presumere che il potere cognitivo e decisorio dell'arbitro sia esclusivo di qualsivoglia potestà concorrente di organi statuali chiamati a confrontarsi con quelle medesime contestazioni. Il dato testuale di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 817 c.p.c., in altri termini, non autorizza a conclu-

⁷² Così Cass. 8 luglio 1996, n. 6205; Cass. 7 aprile 1997, n. 3001, Nello stesso senso si sono pronunciati successivamente Coll. Arb. Roma 23 novembre 1997, *AG OO PP* 1999, 1101; Coll. Arb. Roma 20 febbraio 1998, *AG OO PP*, 2000, 94; Coll. Arb. Roma 3 marzo 1999, *AG OO PP*, 2001, 27; Coll. Arb. Roma 20 aprile 1999, *AG OO PP*, 2001, 38; Coll. Arb. Salerno 25 giugno 2001, in *Riv. arb.* 2003, 525, nt. G. RUFFINI.

dere nel senso che il legislatore, oltre al riconoscimento dell'*effetto positivo* del principio *Kompetenz Kompetenz* (che contempla il potere degli arbitri di decidere *in ogni caso* delle obiezioni relative alla sussistenza della sua *potestas iudicandi* e dunque in tutti i casi in cui la questione della competenza arbitrale, oltre che dinanzi agli arbitri, sia portata, preventivamente o successivamente, dinanzi ad un giudice statale, sia che derivi da una ragione pre-esistente o da una ragione sopravvenuta all'instaurazione di un giudizio arbitrale), abbia altresì inteso codificare l'*effetto negativo* del medesimo principio (che implica la contestuale esclusione di qualsivoglia legittimazione concorrente in capo al giudice statale di pronunciarsi sulla questione della competenza arbitrale).

Né la sussistenza di un *potere esclusivo* degli arbitri di decidere sulla propria competenza può derivarsi dal comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c., che si limita a statuire la persistente sussistenza del potere decisorio degli arbitri (sul merito della disputa loro sottoposta e, prima ancora, sulla sussistenza della propria *potestas iudicandi*) anche ove la causa di cui siano investiti (o una causa con quest'ultima connessa) venga sottoposta alla cognizione del (o già penda dinanzi al) giudice statale.

Né, infine, la sussistenza di un *potere esclusivo* degli arbitri di decidere sulla propria competenza può derivarsi dal comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c.⁷³, che si limita ad escludere la possibilità di adire il giudice ordinario con un'azione di mero accertamento sulla validità ed efficacia del patto arbitrale *in pendenza di un giudizio arbitrale* (e, dunque, dopo la sua instaurazione)⁷⁴, senza tuttavia impedire, da

⁷³ Nel testo del comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c., M. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in M. BOVE, C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano 2006, 5 ss., spec. 81 troverebbe un indiretto conforto alla tesi del funzionamento del criterio della prevenzione per il caso in cui, ad essere adito per primo, dovesse essere l'arbitro, nella misura in cui il testo di detta norma sarebbe chiaro nel riferire l'efficacia ostativa della previa pendenza di un processo nell'altra sede (seppure limitatamente all'ipotesi di domande vertenti su invalidità o inefficacia della convenzione arbitrale) solo *al giudice statale, non, invece, all'arbitro*. L'autore mette l'accento sul fatto che il divieto di proporre domande all'autorità giudiziaria *in pendenza del giudizio arbitrale* varrebbe solo ai sensi dell'art. 819 *ter*, comma 3 c.p.c., ossia nell'ipotesi di domande vertenti sull'invalidità e sull'inefficacia della convenzione di arbitrato.

⁷⁴ La norma si riferisce ad un caso *diverso* dalla litispendenza vera e propria o in senso stretto (ossia dalla contemporanea pendenza della medesima causa tra due organi diversi), perché implica un impedimento alla procedibilità di un giudizio ordinario, iniziato successivamente all'instaurazione di un giudizio arbitrale, *solo in relazione ad una particolare categoria di domande* (quelle che deducono, in via principale, ed esclusivamente, la questione della invalidità o inefficacia della convenzione arbitrale), di portata più limitata rispetto ad una ordinaria domanda di merito e che, come tali, possono essere proposte solo dinanzi al giudice statale, ma non dinanzi all'arbitro. Lo sottolinea anche L. SALVANESCHI, *Sub art. 817-ter c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 581, che osserva: "(...) il coordinamento tra le due disposizioni dell'art. 819-ter cod. proc. civ. va trovato nel senso dell'ammissione delle vie parallele anche qualora la decisione di merito del giudice implichi la necessità di cognizione in via incidentale della validità o dell'efficacia della con-

un lato, (*ragionando a contrario*) la possibilità di adire il giudice ordinario con un'azione di mero accertamento sulla validità ed efficacia del patto arbitrale quando il giudizio arbitrale non sia ancora pendente; dall'altro (facendo applicazione del principio *ubi lex voluit, dixit*) la proponibilità di una successiva azione *arbitrale* nel merito della lite nel caso in cui quella giudiziale *ex art. 819 ter*, comma 3 c.p.c. sia stata instaurata; dall'altro ancora, e soprattutto, per quanto qui interessa, *la proponibilità di un'azione giudiziale successiva sul merito della medesima lite già pendente in arbitrato* (riferendosi necessariamente la “pendenza del procedimento arbitrale” al caso in cui questo verta sul merito della lite, non essendo contemplabile un giudizio arbitrale vertente unicamente sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale), con la conseguente assenza di preclusioni a sollevare eccezioni volte a paralizzare quell'azione, ivi comprese quelle fondate sul patto arbitrale.

D'altra parte, l'assenza di qualsivoglia appiglio normativo nel senso della vigenza, nel nostro ordinamento, di un meccanismo equiparabile alla litispendenza “unilaterale” o “a senso unico” o, più in generale, dell'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz*, osta alla configurazione di qualsivoglia limitazione al (concorrente) potere cognitivo e decisorio del giudice statale in relazione al patto arbitrale (nel senso, ad esempio, che la sua cognizione potrebbe bensì riguardare l'investitura originaria del collegio, ma – una volta accertato che quest'ultimo sia stato ritualmente investito della *potestas iudicandi* – non ogni altra contestazione della competenza arbitrale derivante da ragioni sopravvenute – ad esempio in ragione dell'estinzione del patto compromissorio *ex art. 816 septies* c.p.c. –, che dovrebbe essere lasciata alla cognizione esclusiva degli arbitri).

Invero, da un lato, dal combinato disposto dei commi 1 e 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c. discende che l'instaurazione di un giudizio arbitrale *non è di ostacolo ad una “pendenza” (originata dalla previa o successiva instaurazione) di un giudizio statale*; ciò che già di per sé stesso sarebbe sufficiente a dimostrare che il legislatore, ammettendo la pendenza della medesima causa dinanzi a due organi diversi (l'arbitro e il giudice)⁷⁵, ha sicuramente escluso la necessità del venir meno di uno dei due

venzione di arbitrato”, essendo precluso al giudice ordinario, in pendenza del giudizio arbitrale, solo la decisione di domande aventi come oggetto esclusivo l'invalidità o l'inefficacia della convenzione di arbitrato, non, invece: “la loro cognizione incidentale, quale passaggio logico della decisione”. Nello stesso senso v. G. RUFFINI, *Art. 819-ter*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Padova 2010, 377, per il quale il comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c. non impedisce la proposizione di: “(...) domande identiche a quelle già devolute al giudizio degli arbitri e di eccezioni dirette a paralizzare le stesse, ivi comprese quelle fondate sulla convenzione di arbitrato”.

⁷⁵ Invero, come sostenuto da autorevole dottrina, la formulazione del comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c. deriverebbe da quella della norma immediatamente precedente (art. 819 *bis* c.p.c.) e si porrebbe necessariamente dalla prospettiva dell'arbitro, in quanto tradizionalmente “parte debole” del

giudizi (arbitrale o giudiziale) sulla base vuoi del criterio della prevenzione, vuoi della costituzione del tribunale arbitrale. Dall'altro lato, dal combinato disposto del comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c. e del comma 2, prima parte dell'art. 817 c.p.c., emerge non solo che il legislatore ammette senza problemi la possibile coesistenza di due procedure parallele sulla medesima causa in due fori diversi, ma, soprattutto, che la decisione se una delle due cause debba o meno proseguire non è affidata, *ex ante*, ad un criterio automatico (quale quello della prevenzione o dell'avvenuta costituzione del tribunale arbitrale), ma ad una valutazione che spetta, *separatamente e in piena autonomia*, ai due organi aditi, che ben potrebbero ritenere, in base ad una valutazione divergente circa il patto arbitrale, di essere entrambi legittimati a proseguire i rispettivi giudizi⁷⁶.

Insomma, da qualunque punto di vista si analizzi il dato normativo, e soprattutto alla luce di una prospettiva sistematica, la conclusione non può che essere nel senso che l'istituto della litispendenza "unilaterale" o "zoppa", *non contemplando l'ipotesi di una pendenza (e prosecuzione) parallela di due giudizi*, rispettivamente arbitrale e giudiziale, sulla medesima causa, non può trovare accogliimento nel nostro ordinamento⁷⁷.

rapporto (quindi da "salvaguardare" rispetto all'autorità giudiziaria statale): così B. CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, cit., 878 ss.

⁷⁶ Così anche L. SALVANESCHI, *Sub art. 817 ter*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 580 per la quale l'art. 819 *ter*, comma 1 c.p.c.: "(...) consente che, in antitesi con la disciplina della litispendenza di cui all'art. 39 cod. proc. civ., due giudizi uguali possano pendere contemporaneamente in via ordinaria e in via arbitrale senza preclusione alcuna".

⁷⁷ Per C. DELLE DONNE, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., in P. COMOGLIO *et al.* (a cura di), *Commento del codice*, cit., 586, l'art. 819 *ter* c.p.c., a differenza dello (solo parzialmente) specular art. 817 c.p.c., sarebbe norma *dal respiro sistematico più ampio*, che non si limiterebbe a disciplinare il rapporto arbitro-giudice statale dal punto di vista di quest'ultimo, ma abbraccerebbe l'intero rapporto, operando dunque in senso necessariamente *biunivoco*, si da escludere: "(...) non solo la preferenza dell'ordinamento per il giudizio togato rispetto a quello privato, ma anche quella per il giudizio arbitrale rispetto a quello togato (...)"; una lettura sistematica del dato positivo confermerebbe cioè: "(...) l'attribuzione funzionale a ciascun giudicante adito, solo in quanto tale, del potere di decidere della propria competenza (...), risolvendosi l'eventuale contrasto tra decisioni di merito solo *ex post*, con tecniche predisposte per risolvere il contrasto di giudicati (...)". Per G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., 377, né dal comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c. potrebbe trarsi alcuna indicazione su un'asserita improponibilità, al giudice statale, di domande identiche a quelle già dedotte in un procedimento arbitrale attualmente pendente (nonché su eventuali preclusioni a sollevare eccezioni volte a paralizzare quelle domande, ivi comprese quelle fondate sul patto arbitrale), né dalla prima parte del comma 2 dell'art. 817 c.p.c. (che si limita a "preservare" i poteri degli arbitri quando questi siano contestati *aliunde*) potrebbe trarsi la conclusione nel senso dell'esclusione del potere del giudice statale di conoscere dell'eccezione di compromesso, al fine di verificare la propria *potestas iudicandi* in ordine alla domanda propositagli. Sempre secondo G. RUFFINI, il fatto

E lo stesso dicasi per le ricostruzioni illustrate in precedenza, che si pongono a metà strada tra il sistema delle “vie parallele” e il meccanismo della litispendenza “unilaterale” o “zoppa”, in quanto funzionali ad attribuire un’inammissibile priorità ad una via (quella arbitrale) rispetto all’altra (quella giudiziale).

Parimenti non supportate dal dato normativo, ed eccessivamente ampie, ci paiono le letture della disposizione di cui alla prima parte del comma 2 dell’art. 817 c.p.c. proposte da Bove⁷⁸ e Verde⁷⁹, per i quali la norma in questione sancirebbe la sopravvivenza della legittimazione degli arbitri a decidere della propria competenza, non solo in caso di pendenza contestuale o successiva di un giudizio statale, *ma anche in caso di pronuncia giudiziale sulla questione arbitrale*. La norma in questione, infatti, si limita ad utilizzare l’espressione “contestati”, che presuppone non solo un’attività (la proposizione di un’eccezione o di una domanda di accertamento incidentale) riconducibile, in linea di principio, solo alle parti (non, invece, al giudice, cui sarebbe stato più pertinente riferire espressioni quali ‘negati’, ‘rigettati’, ‘accertati come non sussistenti’ ...), ma altresì che la questione sia *ancora controversa*, pendente e dunque non definita come sarebbe nel caso in cui fosse sopraggiunta una decisione giudiziale sul punto. D’altra parte, l’effetto di una decisione giudiziale sulla competenza arbitrale, sia essa ancora soggetta ad impugnazione o già passata in giudicato, è profilo che va ricostruito in chiave sistemica, tenendo conto di una pluralità di aspetti (comprensivi non solo delle disposizioni contenute nella nuova legge arbitrale, ma altresì di principi e regole dell’ordinamento in tema di efficacia esterna, preclusiva o comunque vincolante di una decisione vertente su una questione processuale), e che non può certo risolversi unicamente sulla base di un dettato normativo quale quello dell’art. 817 c.p.c. che nulla dice, espressamente, sul punto⁸⁰.

che il legislatore non abbia *espressamente escluso* l’applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale, dell’art. 39 c.p.c. (e dunque non abbia esplicitamente precluso il ricorso al criterio della prevenzione, fosse anche solo *ex uno latere*), non significa che l’incompatibilità di tale criterio e dell’istituto che su di esso si fonda non possa agevolmente desumersi dal sistema, anche alla luce del fatto che il presupposto di applicabilità dell’art. 39 c.p.c., insussistente nei rapporti arbitro-giudice statale, sarebbe la contemporanea investitura di due organi giudicanti *appartenenti al medesimo ordinamento giurisdizionale*.

⁷⁸ M. BOVE, in M. BOVE, C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano 2006, 81.

⁷⁹ G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell’arbitrato*, Torino 2006, 22 secondo cui, appunto, la norma intenderebbe sancire la sopravvivenza del potere degli arbitri di decidere sulla propria competenza all’eventuale decisione della questione da parte del giudice dello Stato.

⁸⁰ *Contra* G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell’arbitrato*, cit., 20, per cui la previa instaurazione del giudizio arbitrale determinerebbe l’inammissibilità delle domande successivamente proposte al giudice togato.

5.1. *In ogni caso, critiche alla soluzione della c.d. litispendenza “unilaterale” o “a senso unico”*

Secondo chi scrive, all'accoglimento della tesi della litispendenza “zoppa” (e di ricostruzioni similari illustrate in precedenza, che si collocano a metà strada tra questo meccanismo e il sistema delle “vie parallele”) si oppongono altresì considerazioni di carattere sistematico e pratico-applicativo. Nel corso della trattazione (si veda, in particolare, l'approfondimento svolto nel secondo capitolo) è già emerso come questa tesi consenta bensì di porre rimedio ad alcuni degli inconvenienti tradizionalmente riconducibili al funzionamento del sistema delle “vie parallele”; essa, tuttavia, presenta degli inconvenienti di grado forse ancora maggiore di quelli cui dovrebbe porre rimedio, che la rendono in ogni caso inadeguata, sia sotto il profilo dell'incongruità teorico-sistematica, sia sotto il profilo pratico-applicativo, a disciplinare i rapporti e conflitti tra arbitrato e giurisdizione statale.

Sotto il primo profilo, si pensi al potenziale aggiramento del diritto costituzionale di accesso al giudice statale pur in presenza di fondati dubbi sulla sussistenza di una valida convenzione arbitrale, oppure alla indebita, perché priva di fondamento normativo, compressione del principio *Kompetenz Kompetenz* ove applicato al giudice statale.

Sotto il secondo profilo, si pensi all'allungamento dei tempi processuali per pervenire ad una definizione del merito della controversia – e, preliminarmente, della questione della *potestas iudicandi* arbitrale –, nel caso in cui l'arbitro, adito per primo – cui il giudice statale, adito per secondo, abbia rinviato le parti senza aver prima svolto un'indagine sulla sussistenza o meno di un valido patto arbitrale – ritenga di essere sfornito del potere decisorio. Oppure all'inidoneità del meccanismo *de quo* a far fronte a possibili conflitti negativi di competenza, in assenza di un qualsivoglia coordinamento decisorio avente ad oggetto la questione della sussistenza o meno della *potestas iudicandi* arbitrale.

Tali conclusioni valgono sia per la versione della litispendenza “a senso unico” adottata dalle Sezioni Unite nelle famose decisioni *Montedison* e *Mascheroni* sul finire degli anni '90 (e richiamata da una parte della dottrina post riforma del 2006), sia per il meccanismo che parimenti attribuisce priorità alla via arbitrale rispetto a quella giudiziale e noto come “effetto negativo” del principio *Kompetenz Kompetenz*, adottato dall'ordinamento francese (e, parzialmente, da alcuni altri ordinamenti, quelli inglese, svizzero e austriaco, nonché dalla Convenzione Europea del 1961).

Andiamo qui di seguito ad esporre separatamente, con riferimento all'una e all'altro, le nostre perplessità circa l'adeguatezza dei meccanismi in questione a governare i conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale.

5.1.1. *L'inadeguatezza teorico-sistematica e pratico-applicativa della versione adottata dalle Sezioni Unite nelle decisioni Montedison e Mascheroni e richiamata dalla dottrina post-2006*

5.1.1.1. *Confutazione dell'asserita irreversibilità del contrasto tra giudicati e dell'asserita sua maggior gravità nel caso di previa costituzione del collegio arbitrale. Critica al favor arbitratus non supportato dal dato normativo*

Il motivo principale che aveva spinto le Sezioni Unite a formulare una tesi alternativa al sistema delle “vie parallele” risiedeva nell'esigenza di approntare, per il caso di previa instaurazione del giudizio arbitrale, un rimedio *preventivo* per un potenziale conflitto tra giudicati sullo stesso oggetto, ritenuto, stante l'asserita mancanza di rimedi, *insanabile*.

Già in quel contesto normativo, tuttavia, detta insanabilità appariva quantomeno opinabile⁸¹, soprattutto alla luce delle modifiche apportate dalle riforme del 1983 e del 1994 in tema di natura giuridica ed efficacia del lodo arbitrale, anche non omologato. Invero, in virtù dell'equiparazione, *quoad effectum*, tra lodo e sentenza, sancita dalla riforma del 1994, nulla impediva che un lodo, non più impugnabile, potesse essere invocato a fondamento di un'*exceptio rei iudicatae* da spendere nel successivo giudizio statale, per paralizzarne la prosecuzione. Tale circostanza non pare essere stata adeguatamente presa in considerazione dalla Suprema Corte.

Si è poi dimostrato ampiamente, nel secondo capitolo, come la conclusione circa la presunta *insanabilità* del contrasto tra giudicati *nell'ipotesi di previa costituzione del collegio arbitrale* (per la quale non erano configurabili né rimedi *preventivi*, né rimedi *successivi*) risultasse sconfessata da una lettura di tipo sistematico della fattispecie nella sua interezza.

Nel caso in cui l'*exceptio rei iudicatae* non fosse stata proposta nell'ambito del giudizio statale, pur trovandosi questo in una fase ancora idonea a recepirlo, il mancato arresto del procedimento ancora pendente e il mancato coordinamento in sede di impugnazione con la decisione già divenuta incontrovertibile *avrebbero comunque condotto alla prevalenza del giudicato formatosi per secondo*⁸². Ove, invece, l'incontrovertibilità di una decisione fosse sopravvenuta in un momento in cui l'altro processo *non fosse più nello stato di poterla recepire* (ad esempio, nel caso in cui la sentenza statale fosse passata in giudicato quando il processo arbitrale fosse

⁸¹ Critico rispetto all'assunto di una asserita irreversibilità del futuro contrasto tra giudicati era, ad esempio, F.P. LUISO, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, cit., 523 ss.

⁸² V., in questo senso, S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, cit., 40-41 (ivi anche per ampi riferimenti a dottrina e giurisprudenza); ID., *Regiudicata civile*, cit., 417 ss.; E. VULLO, *Note in tema di arbitrato, commissione*, cit., 155, nt. 37.

già entrato nella fase della deliberazione del lodo, oppure nel caso in cui il lodo fosse passato in “giudicato formale” mentre avverso la decisione resa nell’altro giudizio pendesse il ricorso per cassazione⁸³), *avrebbe dovuto trovare applicazione l’ordinario criterio dei limiti temporali di efficacia della sentenza* – secondo cui: “(...) il momento a cui si riferisce l’accertamento giudiziale presuppone (...) la deducibilità in causa di tutti i fatti rilevanti verificatisi fino a quel momento”⁸⁴ –, con la conse-

⁸³ Così F.P. LUISO, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, cit., 524.

⁸⁴ R. CAPONI, *L’efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano 1991, 114, trattando del rapporto tra l’efficacia della sentenza che accerta l’esistenza della situazione sostanziale dedotta in giudizio e la sopravvenienza di effetti giuridici prodotti dall’intervento di fatti rilevanti, nonché dall’intervento di norme giuridiche, rilevava come – sussistendo un intervallo di tempo significativo, a volte decisamente lungo, tra l’ultimo momento in cui le parti hanno la possibilità di allegare nel processo dei fatti rilevanti (identificato comunemente nel momento di precisazione delle conclusioni) e il momento in cui la sentenza *passa in giudicato* –, ancorare il “referente temporale” dell’accertamento contenuto nella sentenza – e il corrispondente effetto preclusivo nei confronti di un altro processo sulla medesima causa – a quest’ultimo momento, implicava il rischio di pervenire ad una decisione “sostanzialmente ingiusta”, perché alle parti verrebbe preclusa la possibilità di allegare, nel detto intervallo di tempo, i fatti rilevanti eventualmente verificatisi e perché la stessa sentenza si ridurrebbe a dichiarare l’esistenza di una situazione giuridica, con riferimento ad un momento in cui essa potrebbe già essere estinta o modificata. Se, d’altra parte, si volesse applicare “letteralmente” il principio chiovendiano, secondo cui: “(...) la sentenza che accoglie la domanda deve riconoscere il diritto come se ciò avvenisse nel momento stesso della domanda giudiziale”, da ricondurre a sua volta al principio secondo cui: “(...) la durata del processo, il tempo necessario per la definizione della lite, non deve andare a danno del diritto dell’attore” (G. CHIOVENDA, *Sulla “perpetuatio iurisdictionis”* (1923), in *Saggi di diritto processuale civile*, I, Roma 1930, 271 ss.), si dovrebbe porre come referente temporale dell’accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato il momento della “litispendenza”, costituito dalla notificazione dell’atto di citazione. Ciò, però, priverebbe le parti e il giudice della possibilità di “introdurre” nel processo le modificazioni che, nel mondo sostanziale, avessero nel frattempo inciso sul rapporto dedotto in giudizio. Il rischio, dunque, era quello di pervenire ad una decisione *inutiliter data*, in quanto proprio quei fatti sopravvenuti, che avrebbero potuto condurre ad una pronuncia di contenuto diverso, potevano essere fatti valere in un altro processo. Tra una decisione “ingiusta” o penalizzante per le parti e una decisione sostanzialmente inutile, la soluzione da preferire, era quella di: “(...) consentire l’introduzione di fatti sopravvenuti nel corso del processo fino al termine ultimo per la loro allegazione, cosicché sia conferita all’accertamento giudiziale la maggiore efficacia temporale compatibile con la struttura del processo”. Rapportando tali riflessioni al caso del conflitto tra un giudicato arbitrale e un giudicato giudiziale, in particolare nel caso in cui la prima decisione sia divenuta definitiva in un momento successivo a quello della precisazione delle conclusioni, in cui cioè non sia più possibile spendere la relativa *exceptio rei iudicatae*, la conclusione obbligata sarebbe dare prevalenza al *giudicato formatosi per primo*. Se tutti i fatti sopravvenuti dopo il momento di precisazione delle conclusioni, ove *rilevanti* per la situazione accertata in giudizio (producendo un effetto estintivo o modificativo del rapporto accertato) possono essere fatti valere in un successivo giudizio, la decisione *sopravvenuta (e rilevante)* non potrebbe essere coperta dall’accertamento contenuto nella sentenza successiva.

guenza che la seconda decisione, che *nasceva praticamente inefficace* per l'esistenza della decisione precedente (allo stesso modo in cui nascerebbe inefficace una sentenza se, *dopo la precisazione delle conclusioni, ma prima della sua pronuncia*, si avesse adempimento o transazione), avrebbe dovuto cedere il passo alla decisione divenuta definitiva *per prima*⁸⁵.

Insomma, parlare di *insanabilità* o *irreversibilità* del contrasto fra due pronunce, una arbitrale e l'altra giudiziale, non corrispondeva alla realtà dei fatti, dal momento che avrebbe dovuto prevalere *la seconda*, se la prima, *pur potendolo*, non fosse stata allegata nell'altro processo; avrebbe dovuto invece prevalere *la prima*, se questa *non avesse comunque potuto* essere allegata nell'ambito dell'altro processo.

Con riferimento, poi, all'asserita *maggior gravità* del contrasto di giudicati nel caso di *previa costituzione del collegio arbitrale* rispetto a quella della *previa instaurazione* di un giudizio statale, la fattispecie problematica avrebbe dovuto semmai essere rappresentata dal *caso opposto a quello considerato dalla Corte*, ossia quello della *previa instaurazione del giudizio ordinario*, soprattutto alla luce della riforma del 1994, che (eliminando, dal comma 2 dell'art. 825 c.p.c., *il termine annuale per effettuare il deposito del lodo* – con la conseguente abrogazione del comma 3 che ne stabiliva la perentorietà – e, dalla nuova formulazione dell'art. 825, il passo a norma del quale il decreto del pretore conferiva al lodo efficacia di sentenza), aveva statuito definitivamente il: “(...) *principio dell'efficacia del lodo come pronuncia assimilabile a quella giurisdizionale*”⁸⁶.

Alla luce di tale assimilazione, appariva ingiustificabile un utilizzo *unilaterale* – nei confronti *solo* del giudizio ordinario e del relativo atto finale, e *non* anche nei confronti dell'arbitro e della sua deliberazione – di quegli istituti di diritto processuale finalizzati a *prevenire o ad eliminare un conflitto tra giudicati*, quali, rispettivamente, la sospensione necessaria *ex art. 295 c.p.c.*⁸⁷ e, soprattutto, la revocazio-

⁸⁵ F.P. LUISO, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, cit., 525.

⁸⁶ V. la relazione al disegno di legge G. VASSALLI, elaborato sulla base, e pressoché in conformità, di un progetto di riforma della disciplina dell'arbitrato proposto dall'Associazione italiana per l'arbitrato, presentato a Roma il 20 maggio 1989, nell'ambito di una giornata di studio promossa in collaborazione con l'Associazione fra gli studiosi del processo civile, i cui atti sono pubblicati in *Rass. arb.* 1989, nn. 3-4.

⁸⁷ L'applicabilità all'arbitrato della disposizione di cui all'art. 295 c.p.c. era profilo controverso. Parte della dottrina era favorevole alla sua applicabilità, in particolare ogniqualvolta la controversia pregiudiziale fosse pendente davanti all'autorità giudiziaria: in tal senso v. G. TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali*, cit., 635 ss.; F. CARPI, *Il procedimento nell'arbitrato riformato*, in *Riv. arb.* 1994, 659; E. VULLO, *Note in tema di arbitrato*, cit., 163 ss. Di parere opposto erano E. FAZZALARI, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 140, nonché C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario*, cit., 662 e S. VINCRE, *Note sulla sospensione dell'arbitrato rituale*, in *Riv. dir. proc.* 1999, 450 ss. Per la situazione inversa, quando cioè “l'altro giudice”, investito della contro-

ne ordinaria *ex art.* 395, n. 5 c.p.c. – in virtù, in quest’ultimo caso, non tanto di *analogia legis*, ma di una piana: “(...) *interpretazione estensiva del dettato di un motivo di revocazione non straordinaria (e così non incidente sulla regola della saldezza di un giudicato già formatosi)*”⁸⁸ –.

Non v’era dunque ragione per non ritenerli applicabili anche nel caso in cui l’altro processo, davanti a cui pendesse la causa pregiudicante, e l’altro precedente giudicato fossero, rispettivamente, un *procedimento arbitrale* o un *lodo inimpugnabile*⁸⁹. Tale conclusione poteva trovare un appiglio normativo nel collegamento esistente fra l’art. 395, n. 5 e l’art. 829, comma 1, n. 8 c.p.c., senza la necessità di postulare un intervento dei giudici della Consulta, che dichiarasse l’incostituzionalità della prima delle norme citate per omissione, contrastante con gli artt. 3 e 24 Cost.⁹⁰.

In forza di questa impostazione si sarebbe dunque dovuti pervenire a conclusioni *opposte* a quelle a cui era invece giunta la Corte nei casi *Montedison* e *Mascheroni*. Infatti, appurata l’esistenza di un rimedio *successivo* per far fronte al conflitto di giudicati, ove il procedimento arbitrale fosse stato instaurato *prima* di quello ordinario (nell’ipotesi, quindi, in cui, verosimilmente, il primo giudicato fosse un lodo arbitrale inimpugnabile), era *proprio il caso in cui il giudizio ordinario fosse iniziato per primo a porre, semmai, un problema di conflitto insanabile tra giudicati*, ogniquale volta non risultasse applicabile l’art. 829, n. 9 c.p.c. (perché il passaggio in giudicato della sentenza, pur avvenuto *prima* dell’acquisizione di definitività da parte del lodo, non fosse stato dedotto, per varie ragioni, sotto forma di eccezione di precedente cosa giudicata *durante* il procedimento arbitrale). In relazione a questo scenario, le affermazioni della Corte, secondo cui: “(...) *le parti non procederanno, ovviamente, alla costituzione del collegio arbitrale sin quando non*

versia pregiudiziale, fosse l’arbitro, in favore comunque dell’applicabilità dell’art. 295 c.p.c. si erano espressi G. TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali*, cit., 645; ID., *Commento all’art. 21 (829 c.p.c.)*, cit., 547; R. VACCARELLA, *Questioni di litispendenza e competenza*, cit., 272; VULLO, *Note in tema di arbitrato*, cit., 179; F. CARPI, *Il procedimento nell’arbitrato riformato*, in *Riv. arb.* 1994, 671. In senso contrario, E. FAZZALARI, *La nuova disciplina dell’arbitrato*, cit., 142; AULETTA, *Diritto dell’arbitrato rituale*, cit., 196; S. VINCRE, *Note sulla sospensione dell’arbitrato rituale*, cit., 448.

⁸⁸ C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario*, cit., 668.

⁸⁹ Sul problema della proponibilità della revocazione *ex art.* 395, n. 5, c.p.c. anche quando la sentenza fosse contraria ad un precedente lodo non più impugnabile tra le parti, v. E.F. RICCI, *L’efficacia vincolante del lodo arbitrale*, cit., 819. Per ulteriori riferimenti v. le analisi svolte nel secondo e terzo capitolo.

⁹⁰ In tal senso v. G. TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali*, cit., 645; ID., *Commento all’art. 21 (829 c.p.c.)*, cit., 547. Dello stesso avviso era anche E.F. RICCI, *L’efficacia vincolante del lodo arbitrale*, cit., 819 ss., che, come visto, considerava determinante, ai fini dell’esperibilità del gravame della revocazione ordinaria contro la sentenza che fosse contraria anche ad un precedente lodo inimpugnabile, la configurazione del lodo come *atto giurisdizionale*.

sia divenuta definitiva la pronuncia sulla competenza del giudice adito” apparivano infatti arbitrarie o quantomeno apodittiche.

Tali incongruenze di carattere sistematico non facevano che ribadire, indirettamente, la maggior *efficienza ed efficacia* del sistema delle “vie parallele”, rispetto all’innovativa soluzione elaborata dalla Corte, nel far fronte ad un potenziale contrasto tra giudicati e del rispetto di principi consolidati (quali quello secondo cui ogni giudice è giudice della propria competenza).

L’intero impianto argomentativo utilizzato dalle Sezioni Unite appariva piuttosto ispirato ad un generico *favor arbitratus*, di cui non era agevole individuare un solido addentellato normativo nell’ordinamento. Nelle riforme del 1983 e del 1994, infatti, non v’era traccia alcuna di una qualsivoglia “preferenza” per la via arbitrale rispetto a quella giudiziale⁹¹, mettendo così in dubbio la legittimità dell’attribuzione agli arbitri, una volta costituiti in tribunale, di un *potere esclusivo* di conoscere della sussistenza della propria *potestas iudicandi*, che si traduceva, nei fatti, nel potere di conoscere non solo della propria competenza, *ma anche di quella del giudice statale*, specularmente a quanto accade al giudice statale che: “(...) *quando decide sull’eccezione di patto compromissorio, (...) decide sulla propria potestas iudicandi*”⁹². Spettando al giudice statale, in sede di giudizio di impugnazione per nullità, *l’ultima parola* sul tema dell’esistenza e validità del patto compromissorio, sarebbe forse stato più opportuno attribuire a quest’ultimo, se proprio si voleva forzare il dato normativo in favore dell’uno o dell’altro organo, la priorità dell’accertamento della competenza arbitrale⁹³.

⁹¹ Si riteneva, infatti, che la soluzione adottata dalle Sezioni Unite determinasse una ingiustificata discriminazione nei confronti del procedimento giurisdizionale, laddove la pari dignità fra le due vie – certificata dall’intervento riformatore del 1994 – avrebbe dovuto imporre una soluzione che garantisse alle parti tanto la libertà di dare attuazione all’accordo compromissorio, quanto la possibilità di adire il giudice, laddove quello non fosse stato valido. V., in tal senso, D. GIACOBBE, E. D’ALESSANDRO, *L’arbitrato*, cit., 141; M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, cit., 513; ID., *Il patto compromissorio rituale*, cit., 443; S. BOCCAGNA, *L’impugnazione per nullità del lodo*, cit., 296 ss.; C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione*, cit., 667.

⁹² M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, cit., 510.

⁹³ Così M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, cit., 510. Nella soluzione adottata dalla Corte taluno aveva financo ravvisato profili di *contrarietà alla Costituzione*, quasi che, con essa, si fosse riesumato lo spettro dell’arbitrato obbligatorio (in tal senso v. D. GIACOBBE, *Questioni di litispendenza*, cit., 2456) che, alla luce del necessario ed ineliminabile *fondamento volontaristico* di ogni ipotesi di arbitrato, così come statuito dalla Corte Costituzionale, era stato definitivamente bandito dal nostro ordinamento (v., tra le tante, Corte cost. 9 maggio 1996, n. 152, in *Foro pad.* 1996, I, 225, nt. M. RUBINO-SAMMARTANO, *Fulmini sull’arbitrato c.d. obbligatorio* cit., 501, nt. RECCHIA, *L’arbitrato in materia di opere pubbliche e norme costituzionali*; in *Corr. giur.* 1996, 766, nt. FATIGROSSI; in *Foro it.* 1996, 1905, nt. C. M. BARONE; in *Giust. civ.* 1996, I, 2491, nt. L. GRISOSTOMI TRAVAGLINI, *Rilievi sulla parziale illegittimità costituzionale del sistema declinatorio della competenza arbitrale in materia di opere pubbliche*).

Le considerazioni che precedono sono *in toto* riproponibili anche nell'ambito del nuovo contesto normativo introdotto dalla riforma del 2006.

Da un lato, non vi è traccia, nel combinato disposto degli artt. 817 e 819 *ter* c.p.c., di alcuna preferenza per la via arbitrale rispetto a quella giudiziale. Dall'altro lato, l'espressa codificazione, ad opera dell'art. 824 *bis* c.p.c., dell'equiparazione, *quoad effectum*, del lodo sottoscritto alla sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, orienta semmai l'interprete verso una lettura dei rapporti arbitro-giudice in chiave paritaria, che esclude ogni qualsivoglia priorità di una via rispetto all'altra. D'altra parte, se priorità deve essere, sembrerebbe maggiormente acconcio a beneficiarne il giudizio statale, visto lo sbilanciamento a suo favore determinato dalle norme di cui, rispettivamente, ai commi 1 e 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c.

5.1.1.2. *Le lacune "strutturali" nel sistema della litispendenza "unilaterale"*

Al di là dell'incompatibilità con l'attuale dato normativo, nonché delle aporie sotto il profilo teorico-sistematico e altresì argomentativo ravvisabili nel ragionamento delle Sezioni Unite, il meccanismo della litispendenza "unilaterale" o "zoppa" si dimostrava (e si dimostra tutt'ora) insoddisfacente soprattutto sul piano pratico-applicativo, perché si traduce nei fatti nell'estensione, ai rapporti arbitro-giudice, di alcuni inconvenienti associabili all'operatività del meccanismo della *litispendenza pura*, senza tuttavia che da tale istituto si mutuino i pregi.

La Suprema Corte, infatti, una volta sdoganata l'applicazione, nell'ambito dei rapporti arbitro-giudice, del criterio della prevenzione, sebbene solo *ex uno latere*, ometteva di considerare tutti i possibili scenari che si sarebbero potuti verificare, a cominciare dall'ipotesi in cui, a seguito della declinatoria pronunciata dal giudice statale adito per secondo, l'arbitro ritenesse di non essere competente, pronunciando, a sua volta, una sentenza declinatoria.

In base all'assunto esplicitato dalle Sezioni Unite in motivazione, secondo cui nel nostro ordinamento non sarebbe configurabile alcun vincolo reciproco, dell'arbitro e del giudice statale, alla rispettiva statuizione sulla *potestas iudicandi* arbitrale (dato che l'arbitro è estraneo alla giurisdizione statale e financo una decisione della Suprema Corte che regolasse la competenza non lo vincolerebbe, in ragione del fatto che non sarebbe ipotizzabile, nei suoi confronti, alcuna prosecuzione del processo e che la portata della decisione della Corte si esaurirebbe: "(...) nell'accertamento, in via definitiva, dell'esistenza di una deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria"), per il giudice statale (adito nuovamente a seguito della declinatoria arbitrale) si tratterebbe del primo vero scrutinio della convenzione arbitrale, che potrebbe sfociare – *in assenza, appunto, di qualsivoglia vincolo al precedente accertamento compiuto dall'arbitro* – in una declinatoria, con conseguente *impasse* procedurale e il concreto rischio di un diniego di giustizia.

D'altra parte, ove il giudice statale venga stato adito per primo, fatto salvo il caso (solo eventuale) in cui il giudice e l'arbitro pervengano ad una medesima conclusione circa la questione della esistenza, validità od efficacia del patto arbitrale, il meccanismo della litispendenza "zoppa" non pare presentare alcuna utilità sotto il profilo del coordinamento sistematico tra le due procedure, ben potendo dare luogo (in caso di divergente valutazione, rispettivamente, del giudice statale e dell'arbitro, sulla convenzione arbitrale) ad un *conflitto positivo di competenza* e, dunque, ad un parallelismo di procedure sulla medesima causa, al pari di quanto potrebbe accadere nell'ambito della tesi delle "vie parallele" *pura*.

L'affermazione secondo cui, in tal caso, il *rischio* di pervenire ad un conflitto di giudicati sullo stesso rapporto sarebbe *improbabile*, atteso che: "(...) *le parti non procederanno, ovviamente, alla costituzione del collegio arbitrale sin quando non sia divenuta definitiva la pronuncia sulla competenza del giudice adito*"⁹⁴, non solo appare apodittica e spesso sconfessata dalla prassi applicativa⁹⁵, ma deve fare altresì i conti con il fatto che, ove la sentenza del giudice statale non sia passata in giudicato *prima* della chiusura del procedimento arbitrale (sì da poter essere spesa in esso sotto forma di *exceptio rei judicatae* e da legittimare, eventualmente, l'impugnazione del lodo *ex art. 829, comma 1, n. 8 c.p.c.* – ipotesi non così peregrina, soprattutto nel caso in cui i due giudizi siano iniziati contestualmente o a breve distanza l'uno dall'altro –), si riproporrebbe immutato il problema dei rapporti tra lodo e sentenza, e con esso il rischio di un irreversibile conflitto tra due giudicati contraddittori⁹⁶.

Tali considerazioni critiche sono appunto riproponibili ancor'oggi, perché, nonostante la riconosciuta trasmigrabilità della causa dalla sede giudiziale a quella arbitrale e viceversa, rimane irrisolta la questione del coordinamento decisorio delle statuizioni, rispettivamente, del giudice e dell'arbitro, sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale e, conseguentemente, del vincolo reciproco, del giudice e dell'arbitro, alla statuizione su tale questione pronunciata dall'altro organo.

⁹⁴ Cass. 8 luglio, 1996, n. 6205.

⁹⁵ La reazione di una parte alla previa instaurazione di un giudizio statale ad opera dell'altra può dipendere da fattori e valutazioni imprevedibili, in quanto strettamente collegati alle peculiarità di ogni caso concreto. Essa potrebbe, ad esempio, aderire all'iniziativa giudiziale di parte attrice e partecipare attivamente al giudizio statale, senza sollevare l'*exceptio compromissi*, per essere venute meno, nel frattempo, le ragioni per preferire la via arbitrale (riservatezza, informalità della procedura, prospettiva di dover eseguire la decisione all'estero) e per l'insorgenza di questioni che potrebbero trovare una tutela più efficace nell'ambito del giudizio statale (necessità di coinvolgere terzi non vincolati dal patto arbitrale ...).

⁹⁶ R. VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale*, cit., 331; C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario*, cit., 667; F.P. LUISO, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, cit., 520.

5.1.1.3. *Il problema del regime di rilevabilità dell'exceptio compromissi*

Un ultimo profilo di criticità della tesi della litispendenza “zoppa” riguardava il regime di rilevabilità dell’eccezione di patto arbitrale nell’ambito del giudizio statale, nel caso di *previa instaurazione del giudizio arbitrale* (o previa costituzione del collegio arbitrale).

Invero, il meccanismo della litispendenza c.d. “zoppa”, da un lato, implica l’operatività del criterio della prevenzione nei rapporti tra arbitrato e giurisdizione ordinaria, nella misura in cui la previa pendenza del procedimento arbitrale impone al giudice ordinario, adito per secondo, di comportarsi *come se* operasse la litispendenza *ex art. 39 c.p.c.*; dall’altro, tuttavia, *continua a considerare l’eccezione di patto compromissorio* (o, nel caso di previa e attuale pendenza del giudizio arbitrale, *di litispendenza*) come *eccezione in senso stretto* – in linea, sul punto, con l’orientamento maggioritario⁹⁷ –, rilevabile solo ad istanza di parte e proponibile, in quanto equiparata ad un’eccezione di incompetenza per territorio semplice, *in limine litis* (ben diversamente dal regime dell’eccezione di litispendenza – rilevabile d’ufficio in ogni stato e grado del processo – di cui l’eccezione in questione condivide gli effetti, sebbene solo *ex uno latere*⁹⁸, ovvero nei termini di litispendenza “a senso unico”⁹⁹).

Anche in relazione a questo aspetto emerge in tutta la sua fragilità la tenuta logico-argomentativa del ragionamento alla base delle due decisioni della Suprema Corte nei casi *Montedison* e *Mascheroni*.

Se la necessità di evitare una situazione di – asseritamente – “irreversibile” conflitto di giudicati (dai connotati e risvolti *lato sensu* “pubblicistici”), conseguente ad un divergente accertamento compiuto sul patto compromissorio da parte di giudice e dell’arbitro, fosse stata la vera *ratio* alla base della nuova soluzione forgiata Corte, essa avrebbe dovuto plasmare anche l’eccezione di patto arbitrale, che non avrebbe potuto non configurarsi quale *eccezione in senso lato*, rilevabile *ex officio* in ogni stato e grado del processo. Rimanendo, invece, *eccezione in senso stretto*, da sollevarsi in *limine litis ex art. 38, comma 2, c.p.c.*, implicava la persistenza del rischio concreto – che il nuovo principio introdotto dalle Sezioni Unite mirava, invece, a risolvere –, della *contemporanea pendenza di due giudizi sulla medesima causa*

⁹⁷ Ribadito, tra le altre, da Cass. 21 luglio 1984, n. 4277, in *Mass. Foro it.* 1984, 863; Cass. 14 ottobre 1985 n. 4987; Cass. 8 febbraio 1986, n. 792; Cass. S.U. 9 aprile 1986, n. 2469; Cass. 7 febbraio 1987, n. 1303; Cass. 21 luglio 1988, n. 4723; Cass. S.U. 2 giugno 1988, n. 3767; Cass. 28 novembre 1989, n. 5181, in *Arch. civ.*, 1990, 382. Per ulteriori riferimenti v. C. CECHELLA, *L’arbitrato, (Giurisprudenza sistematica di diritto processuale civile)*, cit., 73 ss.

⁹⁸ V. R. VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale*, cit., 331.

⁹⁹ C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario*, cit., 668; BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, cit., 513.

e, a seguire, del conflitto fra giudicati¹⁰⁰, ogniquale volta la detta eccezione non fosse stata tempestivamente proposta.

Difficile, allora, sottrarsi alla seguente alternativa: ammettere la rilevabilità *ex officio*, in ogni stato e grado del processo, della costituzione dell'organo arbitrale o dell'avvenuta notificazione della domanda d'arbitrato; oppure attribuire alla mancata allegazione dell'*exceptio compromissi* il significato di *rinuncia implicita all'arbitrato* e di *definitiva* accettazione della giurisdizione ordinaria, di cui gli arbitri, sia se aditi per primi, sia se aditi successivamente all'instaurazione del giudizio ordinario, dovrebbero prendere atto, dichiarando la propria incompetenza per sopravvenuta carenza della loro *potestas iudicandi*. *Tertium non datur*.

Tuttavia, se la prima alternativa era stata espressamente esclusa dalla Corte, la seconda confliggeva con le posizioni in senso diametralmente opposto dell'orientamento al tempo maggioritario¹⁰¹.

Si tratta di contraddizioni difficilmente superabili pure nel regime post-riforma del 2006, in quanto riconducibili ad un chiaro *favor arbitratus* e ad una discriminatoria (per il giudice statale) compressione del principio *Kompetenz Kompetenz*, che non trovano riscontro nel dato normativo attualmente in vigore, come nemmeno lo trovavano, a dire il vero, nell'ambito del regime precedente¹⁰² (sicché non stupisce che la svolta delle S.U. non abbia incontrato il favore della dottrina, né abbia praticamente avuto alcun seguito nella successiva giurisprudenza).

¹⁰⁰ Evidenziavano questo aspetto, in particolare, R. VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale*, cit., 332 e C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario*, cit., 669.

¹⁰¹ Soluzione, quest'ultima, non condivisa da C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione*, cit., 669. M v. la regola elaborata da un orientamento giurisprudenziale tralaticio, riportata da R. VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale a giudicare della propria competenza*, in *Riv. arb.* 1997, 332, e *Questioni di litispendenza e competenza nei rapporti tra arbitri e A. G. O.*, in *Giust. civ.*, 1997, I, 272, secondo la quale: "(...) pur se penda un procedimento arbitrale, la competenza degli arbitri sussiste soltanto se, nel giudizio ordinario instaurato dall'altra parte, sia stata proposta tempestivamente l'eccezione di compromesso, dovendo altrimenti ritenersi rinunciato il compromesso stesso". Secondo l'autore, il fatto che agli arbitri fosse imposto di valutare la propria competenza non solo alla luce del patto arbitrale, ma anche alla luce della condotta tenuta dalle parti davanti al giudice ordinario, rivelava la *non paritaria* posizione in cui si collocano l'A. G. O. e gli arbitri. La competenza di questi ultimi, infatti, presupponeva non solo l'originaria incompetenza dell'A. G. O., in ragione dell'esistenza di un patto arbitrale, ma anche il fatto che tale incompetenza permanesse a seguito di tempestiva eccezione proposta davanti al giudice adito in relazione alla medesima causa. Secondo l'autore, la legge al tempo in vigore aveva bensì improntato ad un criterio di parità i rapporti tra A. G. O. ed arbitri per quanto riguardava cause connesse pendenti davanti all'una o agli altri, ma riservava ancora una posizione di prevalenza all'A. G. O. per quanto riguardava la medesima causa proposta davanti ad entrambi.

¹⁰² V., in particolare, G. TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali*, cit., 645; E.F. RICCI, *L'efficacia vincolante del lodo arbitrale*, cit., 819; CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario*, cit., 668.

5.1.1.4. *I correttivi della dottrina per preservare lo “spirito” della litispendenza c.d. “zoppa” e “migliorare” il funzionamento del sistema delle “vie parallele”*

Concludendo l'analisi del meccanismo della litispendenza “zoppa”, riteniamo che nemmeno i correttivi apportati dalla dottrina, sia prima, sia dopo la riforma del 2006, al meccanismo della litispendenza “zoppa” siano accoglibili, non trovando fondamento alcuno nel dato normativo e andando in definitiva incontro alle stesse obiezioni esposte in precedenza, ossia di ingiustificato *favor arbitratus* e compressione del principio *Kompetenz Kompetenz*.

Il riferimento è, per cominciare, alle “integrazioni” proposte dalla dottrina alla soluzione adottata dalle Sezioni Unite, subito dopo la sua elaborazione.

Si pensi a quella secondo cui, sull'assunto secondo cui la *ratio* alla base delle due decisioni della Cassazione sarebbe consistita nell'attribuzione al collegio arbitrale: “(...) *per ciò solo che esiste*”¹⁰³, della facoltà esclusiva di accertare la sussistenza della propria *potestas iudicandi*, la costituzione del collegio arbitrale avrebbe dovuto *in ogni caso* produrre l'effetto della cessazione della materia del contendere dinanzi al giudice statale – con contestuale sottrazione, a quest'ultimo, del potere di accertare l'esistenza o validità del patto compromissorio –, *indipendentemente dal momento in cui essa avvenisse*, e dunque *sia prima sia dopo l'instaurazione del giudizio statale*¹⁰⁴. Oppure a quella che interpretava l'omissione dell'allegazione dell'*exceptio compromissi* come risoluzione tacita del patto compromissorio e rinuncia implicita al procedimento arbitrale¹⁰⁵. Oppure, ancora, a quella che riteneva proponibile la revocazione ordinaria *ex art. 395, n. 5 c.p.c.* anche avverso *il lodo* che non avesse pronunciato sulla relativa eccezione¹⁰⁶.

¹⁰³ R. VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale*, cit., 332.

¹⁰⁴ R. VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale*, cit., 329 ss. La tesi era supportata e ulteriormente integrata da F.P. LUISO, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, cit., 521, che suggeriva, da un lato, di collegare la prevenzione del giudizio arbitrale, ostativa ad una successiva azione giudiziale, *al momento della notificazione dell'atto introduttivo del giudizio arbitrale* (sebbene con ciò si svisse un po' la giustificazione dell'esistenza, *attuale*, di un organo dotato, al pari del giudice ordinario, del potere di decidere sulla propria competenza); dall'altro, di *fissare un termine*, oltre il quale la proposizione della domanda d'arbitrato non producesse più la sottrazione al giudice ordinario della legittimazione a conoscere della fondatezza dell'eccezione di compromesso, onde evitare che l'instaurazione del giudizio arbitrale venisse strumentalmente utilizzata a seconda dell'andamento della causa giudiziale. In senso contrario v., però, App. Napoli 29 settembre 1997, in *Riv. arb.* 1998, 505, nt. M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, con cui i giudici partenopei confermavano la pronuncia con la quale gli arbitri, investiti della controversia successivamente al giudice ordinario, avevano dichiarato il giudizio *improcedibile allo stato degli atti*.

¹⁰⁵ R. VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale*, cit., 329 ss.; ID., *Questioni di litispendenza e competenza*, cit., 271 ss.

¹⁰⁶ G. GUARNIERI, *Commento all'art. 23 (831 c.p.c.)*, cit., 553 ss.

Quanto ampiamente illustrato in precedenza con riferimento agli ostacoli di carattere normativo, sistematico e pratico-applicativo all'accoglimento della tesi della litispendenza unilaterale ci pare sia sufficiente a negare cittadinanza, nel contesto delineato dal legislatore della riforma del 2006, anche alle "varianti" elaborate in dottrina onde coordinare la soluzione formulata a suo tempo dalle S.U. con il dato normativo vigente.

Il riferimento è, in particolare, all'ipotesi secondo cui l'instaurazione del giudizio arbitrale, pur non privando il giudice statale del potere di pronunciarsi sull'*exceptio compromissi*, limiterebbe tuttavia l'ampiezza del suo scrutinio, consentendogli di sindacare unicamente *l'investitura originaria del collegio*, ad esclusione delle contestazioni attinenti alla *potestas iudicandi* arbitrale fondate su "ragioni sopravvenute" nel corso del procedimento, la cui cognizione spetterebbe unicamente agli arbitri¹⁰⁷. Oppure all'idea secondo cui l'instaurazione di un giudizio arbitrale farebbe venir meno *in ogni caso* il potere del giudice ordinario di conoscere, anche solo *prima facie*, della validità ed efficacia dell'accordo compromissorio, indipendentemente dal fatto che essa avvenga *prima o dopo* l'instaurazione del giudizio statale¹⁰⁸, imponendo al giudice statale di chiudere in rito il giudizio e rinviare le parti in arbitrato¹⁰⁹.

5.1.2. *L'inadeguatezza teorico-sistematica e pratico-applicativa della soluzione che attribuisce priorità alla via arbitrale (i.e. l'effetto negativo del principio Kompetenz Kompetenz) nella versione francese (ma anche, parzialmente, inglese, austriaca e svizzera) e della Convenzione Europea del 1961*

Il meccanismo della litispendenza "zoppa" presenta più di un'affinità con le soluzioni al problema dei conflitti di competenza tra arbitrato e giurisdizione statale adottate da diversi ordinamenti (*in primis* da quello francese, ma anche, parzialmente, da quelli inglese, austriaco e svizzero – di cui ci siamo occupati nel quarto capitolo – nonché dal sistema della Convenzione Europea del 1961, in particolare dal suo art. VI¹¹⁰) e fondate sul c.d. *effetto negativo* del principio *Kom-*

¹⁰⁷ S. BOCCAGNA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *Commentario*, cit., 1414 ss.

¹⁰⁸ A. BARLETTA, *Translatio iudicii e nuovi rapporti tra giudici ed arbitri*, cit., 91 ss.

¹⁰⁹ S. BOCCAGNA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in M. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve*, cit., 2^a ed., Padova 2017, 312. In senso contrario S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 371, secondo cui il presupposto, *negativo*, di ammissibilità della domanda giudiziale di accertamento (ossia la non attuale pendenza di un procedimento arbitrale), dovrebbe essere valutato con esclusivo riferimento al momento della proposizione della domanda stessa.

¹¹⁰ Il cui art. VI (3) impedisce ad un giudice statale di pronunciarsi sulla questione della competenza arbitrale allorché già penda un procedimento arbitrale, a meno che sussistano "*good and substantial reasons to the contrary*". Si tratta, dunque, di una valutazione *prima facie*, che ritorna ad essere piena ed integrale nel momento in cui essa venga compiuta senza che penda alcun procedimento arbitrale

*petenz Kompetenz*¹¹¹, che, pur declinato con sfumature diverse nei diversi ordinamenti, mantiene il tratto caratteristico di attribuire *priorità alla via arbitrale rispetto a quella giudiziale*, fondando non solo il potere dell'arbitro di decidere di tutte le contestazioni mosse alla sua *potestas iudicandi*, ma, allo stesso tempo, l'esclusione del concorrente potere del giudice statale, riesumabile solo dopo che, su quelle contestazioni, si sia espresso l'arbitro.

Si tratta di soluzione che, a parte l'eccezione rappresentata dalle due decisioni delle S.U. sul finire degli anni '90, non ha mai veramente attecchito nel nostro ordinamento. Invero, la dottrina e giurisprudenza che, tradizionalmente, hanno ricollegato al momento della costituzione del collegio arbitrale, oltre al venir in essere del rapporto giuridico tra esso e le parti, *anche* il sorgere, in capo a questo, del potere di conoscere di ogni eccezione alla propria competenza in base al principio *Kompetenz Kompetenz*¹¹² – dovendo prima di tale momento ritenersi che ogni contestazione sulla validità del patto compromissorio *dovesse* essere rivolta al giudice ordinario¹¹³ – non si sono mai spinte *sino al punto di disconoscere l'esistenza di un potere concorrente del giudice statale a giudicare della medesima questione*¹¹⁴. Tenendo fede a questa tradizione, parte della dottrina aveva criticato la svolta delle S.U. nei casi *Montedison* e *Mascheroni*, in ragione del suo essere in conflitto: "(...) *sia in punto di fatto che in linea di diritto (...) proprio con l'autonomia e la pari dignità che devono essere attribuiti sia al giudizio ordinario che a quello arbitrale*"¹¹⁵.

Si è visto come parte della dottrina abbia ravvisato nelle novità introdotte dal legislatore un tentativo di codificare la soluzione elaborata dalle S.U. sul finire degli anni '90, suggerendo una serie di "aggiustamenti" procedurali onde suggerirne la compatibilità con il testo delle norme.

Al di là delle peculiarità e differenze dei singoli "aggiustamenti" proposti, l'elemento che li accomuna è in ogni caso quello di conferire priorità alla determinazione degli arbitri sulla questione della sussistenza della *potestas iudicandi* arbitra-

¹¹¹ Su cui v., in generale, E. GAILLARD, *La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe*, cit., 311 ss.; E. GAILLARD, Y. BANIFATEMI, *Negative Effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators*, cit., 257 ss.; W. PARK, *The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction*, in A. VAN DEN BERG (ed.), *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, in *ICCA Congress series* No 13, *Kluwer Law International*, 55 ss.

¹¹² Principio che trovava un'indiretta conferma nella precedente versione dell'art. 819, comma 2 c.p.c., per il quale: "(...) *gli arbitri decidono tutte le questioni insorte nel giudizio arbitrale*".

¹¹³ C. FURNO, *Alcune questioni in materia di arbitrato*, cit., 617 ss.; L. BIAMONTI, *Arbitrato*, cit., 925 ss.

¹¹⁴ V., in particolare, R. MURONI, *Arbitrato, processo e litispendenza*, cit., 115 ss.; M. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, cit., 505 ss.; D. GIACOBBE, *Questioni di litispendenza*, cit., 2451 ss.

¹¹⁵ V. D. GIACOBBE, *Questioni di litispendenza*, cit., 2457 ss.

le, che rappresenta, *mutatis mutandis*, l'essenza dell'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz*.

Detto effetto si pone ad una delle estremità del *dilemma* che da sempre caratterizza il problema dei conflitti di competenza tra arbitrato e giurisdizione ordinaria: dare priorità (ed esclusività), nell'accertamento dell'esistenza di un valido patto arbitrale, all'arbitro, sull'assunto che è al giudizio di costui che le parti, mediante la stipulazione di quel patto, hanno inteso sottomettersi, puntellando così l'autonomia e l'indipendenza del fenomeno arbitrale e evitando il più possibile qualsivoglia interferenza del giudice statale, ma così accettando anche il rischio, in caso di affermazione della propria competenza da parte dell'arbitro e successiva sconfessione ad opera del giudice statale in sede di giudizio di nullità, di vedere vanificata solo *ex post* l'intera procedura arbitrale, con inutile dispendio di tempi e costi). Oppure consentire fin da subito l'accesso alla giustizia ordinaria, attribuendo al giudice statale un potere concorrente rispetto a quello dell'arbitro di pronunciarsi sempre sul patto arbitrale, sì da preservare il diritto costituzionale di ciascuno di adire il giudice precostituito per legge (evitando che la parte che, con fondate ragioni, contesti la competenza arbitrale, sia costretta a rivolgersi comunque ad un arbitro ed eventualmente subire un'intera procedura arbitrale prima di poter contestare l'assunzione di competenza da parte dell'arbitro, con il rischio, tuttavia, di dare luogo a conflitti positivi e negativi di competenza e di assistere a parallelismi di procedure o a doppie declinatorie, particolarmente gravi nell'ambito di ordinamenti che non prevedono efficaci meccanismi preventivi di coordinamento).

Per quanto riguarda la soluzione "francese", in relazione all'annoso dilemma tra l'esigenza di rispettare la scelta originaria delle parti in favore della via arbitrale, proteggendo l'autonomia e l'indipendenza di questa, e quella di non precludere del tutto l'accesso alla giustizia ordinaria per la parte che abbia fondati dubbi circa l'esistenza di un valido patto arbitrale, essa si schiera senz'altro in favore della prima.

Si è visto come l'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz* – volto a comprimere *a priori* e senza valutazione caso per caso, l'operatività del principio *Kompetenz Kompetenz* per il giudice statale, precludendogli il pieno esercizio del proprio potere decisorio – sia incontestabilmente incompatibile con l'attuale dato normativo vigente nell'ordinamento italiano, che, nel rispetto della reciproca autonomia tra arbitrato e giurisdizione statale, ritiene come prioritaria, rispetto all'esigenza di evitare un parallelismo di procedure sulla medesima causa, la necessità che ciascun giudice valuti in piena autonomia la validità ed efficacia della convenzione arbitrale prima di pronunciarsi sulla sussistenza o meno della propria *potestas iudicandi*.

In considerazione, tuttavia, della crescente "popolarità" di detto meccanismo in seno alla dottrina arbitrale internazionale, ma anche nell'ambito di legislazioni,

orientamenti giurisprudenziali e prassi applicative di numerosi ordinamenti¹¹⁶, ci sia qui consentito illustrare brevemente le ragioni per cui riteniamo che esso non possa rappresentare (anche, eventualmente, in una prospettiva *de iure condendo*) una soluzione adeguata e auspicabile per disciplinare i rapporti e i conflitti di *potestas iudicandi* tra gli arbitri e i giudici statali.

A onor del vero, va senz'altro riconosciuto a detto meccanismo di perseguire finalità assolutamente meritevoli di considerazione (al di là del generico “messaggio” inviato alla comunità arbitrale, soprattutto internazionale, circa la disposizione *arbitration friendly* dell'ordinamento che lo adotta), quali, ad esempio, la prevenzione di tattiche dilatorie ad opera delle parti che potrebbero trovare terreno fertile nella possibilità di portare avanti contemporaneamente due procedure sulla medesima causa, in sede arbitrale e giudiziale¹¹⁷. Autorevole dottrina, ad esempio, ritiene che il riconoscimento dell'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz* rappresenti l'unico modo per tutelare efficacemente e dare concreta attuazione all'effetto positivo di quello stesso principio, nella misura in cui consente di stroncare sul nascere l'incardinamento di un'azione giudiziale volta unicamente ad ostacolare (anche indirettamente) la procedura arbitrale, mettendo pressione sulla parte che intende perseguire la via arbitrale. D'altra parte, considerando che i tempi tecnici del giudizio arbitrale e delle decisioni dell'arbitro (sia quelle interinali, sia quelle finali di merito) sono di solito più contenuti rispetto a quelli propri di un giudizio statale, l'attribuzione, agli arbitri, della priorità nella determinazione della questione della loro “competenza” dovrebbe tradursi in una velocizzazione dei tempi per avere un primo responso su detta questione. Ancora, nei diversi ordinamenti che l'hanno adottato, l'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz* si accompagna, solitamente, ad una *centralizzazione* della competenza *giudiziale* a rivedere la questione della competenza arbitrale (e/o le relative decisioni dell'arbitro) in capo ad un ristretto numero di autorità giudiziarie (di solito le corti d'appello della sede dell'arbitrato) in luogo di tutti i giudici di primo grado, favorendo così una progressiva specializzazione delle corti in luogo di un controllo generico e diffuso di corti non specializzate. Un altro, indiscutibile, vantaggio dell'effetto negativo del principio K.K. è ravvisabile nel fatto che esso,

¹¹⁶ E. GAILLARD, J. SAVAGE, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law Int. 1999, 676, nt. 3, dove si legge: “As a result, and although it was at one time relatively isolated, the rule found in French law and in the 1961 European Convention has recently gained substantial acceptance”; parimenti S. BREKOULAKIS, *The Negative Effect of Compétence-Compétence: The Verdict has to be Negative*, in *Austrian Arbitration Review*, 2009, 237, per il quale: “(...) the principle of compétence-compétence has lately gained more ground in a number of jurisdictions. (...) there are some clear signs that the negative effect of compétence-compétence gradually gains wider recognition”.

¹¹⁷ W. PARK, *The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction*, cit., 81.

precludendo al giudice statale lo svolgimento di un concorrente scrutinio sulla competenza arbitrale, elimina del tutto il rischio di procedimenti paralleli sulla medesima causa, articolando in momenti diversi l'esercizio del potere cognitivo e decisorio, rispettivamente, del giudice e dell'arbitro, sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale (salvo il caso in cui il giudizio statale sia stato iniziato per primo, nel qual caso è da escludere che l'arbitro proceda a sospendere il procedimento iniziato dinanzi a lui in attesa di una decisione finale del giudice statale, o che, in ossequio al criterio della prevenzione, chiuda in rito il giudizio in favore del giudizio statale preveniente).

Ciò detto, riteniamo che sia sotto il profilo sistematico, sia sotto quello pratico-applicativo, le soluzioni fondate sull'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz*, variamente articolate e declinate, siano da rigettare, per una serie di ragioni che si andranno qui di seguito ad illustrare.

In primo luogo, se è comprensibile ed anche accettabile la *fictio* giuridica rappresentata dall'effetto *positivo* del principio K.K., consistente nel consentire all'arbitro, di cui si contesti il potere decisorio in virtù di asseriti vizi relativi al patto arbitrale, di poterlo comunque (provvisoriamente) esercitare, onde evitare indebite interferenze dell'autorità giudiziaria e un uso distorto della via giudiziale, appare francamente eccessivo trasformare quell'investitura "precaria" in un potere *esclusivo e impermeabile*, imponendo alle parti di accettare una sorta di presunzione di validità della convenzione arbitrale pur se fondatamente contestata¹¹⁸.

In secondo luogo, dato che nella maggior parte degli ordinamenti è sempre il giudice statale ad avere l'ultima parola sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, potendo affrontare con cognizione piena o rivedere, come si suol dire, *de novo*, la questione (in particolare in sede di impugnazione del lodo), la logica suggerirebbe che, se proprio si deve attribuire priorità ad una via rispetto all'altra, fosse sempre l'autorità giudiziaria a pronunciarsi sulla questione, anche dunque in una fase iniziale della procedura, onde risparmiare tempo e risorse¹¹⁹. Anche se, in presenza di dubbi circa la validità di una convenzione arbitrale, è sempre consigliabile rifuggere da soluzioni eccessivamente radicali e drastiche: consentire una competenza concorrente di arbitro e giudice statale meglio riflette lo stato di incertezza della fonte del potere degli arbitri (e dell'eventuale esclusione della giurisdizione del giudice pubblico).

In terzo luogo, detto meccanismo implica un'indebita limitazione del principio *Kompetenz Kompetenz* per quanto riguarda il giudice statale, che potrebbe financo sfociare – secondo autorevole dottrina – in una compressione del diritto di

¹¹⁸ Così anche S. BREKOULAKIS, *The Negative Effect of Compétence-Compétence*, cit., 2009, 237 ss.

¹¹⁹ V. F. BACHAND, *Does Article 8 of the Model law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction?*, in 22 *Arb. Int.* 2006, 463 ss.

rango costituzionale di accesso al giudice precostituito per legge¹²⁰ (e pertanto in una violazione dell'art. 6 CEDU), soprattutto nei casi in cui la ritrosia di una parte a partecipare ad un giudizio arbitrale dipenda da dubbi fondati o comunque legittimi circa l'esistenza di un valido patto arbitrale o circa il fatto che il patto copra l'intera controversia dedotta o sia opponibile a tutti i soggetti interessati.

In quarto luogo, negli ordinamenti che accolgono detto effetto negativo, la forma di accesso al giudice rappresentata dalla domanda giudiziale autonoma di mero accertamento avente unicamente ad oggetto l'esistenza, la validità o l'efficacia del patto arbitrale è altresì preclusa. Invero, tra l'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz* e detto istituto (codificato, tra gli altri, dagli ordinamenti tedesco e italiano e finalizzato a risolvere in una fase preliminare il problema dell'allocazione della *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale) sussiste un'ontologica incompatibilità, nella misura in cui, in forza del primo il potere di svolgere un'indagine sulla *potestas iudicandi* arbitrale, ove concesso al giudice statale, deve estrinsecarsi – come espressamente statuito dalla Cassazione francese nel caso *Zanzi*¹²¹ – in uno scrutinio solo *prima facie*, non potendo mai tradursi, prima che l'arbitro si sia pronunciato, in un esame approfondito della convenzione arbitrale.

In quinto luogo, l'implementazione di tale effetto negativo è spesso foriera di un consistente allungamento dei tempi per pervenire ad una risoluzione della lite; invero, l'arbitro, pur in presenza di non infondate contestazioni di una parte circa la sussistenza della propria *potestas iudicandi*, potrebbe decidere di non pronunciarsi separatamente sulla questione con lodo separato, ma solo insieme al merito. In tal caso, la parte che fondatamente contesta la competenza arbitrale sarebbe comunque costretta ad attendere l'intera celebrazione del giudizio arbitrale (che potrebbe durare anche anni) prima di poter ottenere, nell'ambito di un giudizio di impugnazione di nullità del lodo, quell'accertamento giudiziale favorevole che, ove le fosse stato originariamente consentito di perseguire la via giudiziale, le avrebbe risparmiato un inutile dispendio di energie e risorse.

La “versione” francese dell'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz* spinge poi all'estremo tali dinamiche, impedendo al giudice statale di svolgere un normale scrutinio della convenzione arbitrale, financo quando il tribunale arbitrale *non sia ancora costituito*, obbligandolo a rinviare comunque le parti in arbitrato ogniqualevolta la nullità e l'inapplicabilità della convenzione *non appaiano manifeste*. Limitando la valutazione del giudice statale ad un esame *solo superficiale* del

¹²⁰ Osserva W. PARK, *The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction*, cit., 89: “(...) By allowing parties to grant arbitrators final authority on jurisdictional matter, a legal system increases the peril that faulty contract interpretation will result in some litigants being denied their day in court”.

¹²¹ V. Cass. 5 gennaio 1999, *Zanzi v. J. De Coninck et autres*, in *Rev. arb.* 1999, 260, nt. P. FOUCHARD.

patto arbitrale, quello che avrebbe dovuto rappresentare, per il giudice statale, un'applicazione *attenuata* del principio *Kompetenz Kompetenz* si tradurrà verosimilmente in una sorta di *automatismo*, ossia in un rinvio all'arbitrato in forza della mera constatazione della non-assenza di una convenzione arbitrale, dell'assenza di palesi vizi di forma o di palesi incongruenze nel testo della convenzione, senza lo svolgimento di alcun vero esame sugli innumerevoli profili problematici che la determinazione della questione può in molti casi comportare (a cominciare dalla definizione dell'ambito oggettivo e soggettivo di efficacia della convenzione).

Al netto delle considerazioni che precedono, l'aspetto censurabile delle soluzioni che si fondano sull'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz* risiede nel fatto che conferiscono sempre e "a prescindere" preferenza alla via arbitrale rispetto a quella giudiziale, pur in situazioni in cui emerga in tutta evidenza la strumentalità dell'incardinamento della causa *apud arbitros*.

Infine, l'effetto negativo del principio KK potrebbe anche avere spiacevoli ripercussioni a livello internazionale. Invero, un lodo arbitrale sulla *potestas iudicandi* dell'arbitro pronunciato senza che vi sia stato un parallelo o concorrente scrutinio giudiziale, per quanto preliminare, della convenzione di arbitrato potrebbe essere accolto con maggior scetticismo da autorità giudiziarie straniere, chiamate a riconoscerlo ai sensi e per gli effetti delle disposizioni della Convenzione di New York.

A ben vedere, l'adozione dell'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz* può forse avere un senso nel contesto di giurisdizioni molto poco *arbitration friendly*, onde contenere indebite interferenze di autorità giudiziarie gelose delle proprie prerogative a tal punto da forzare l'attività interpretativa sulla convenzione arbitrale per puntellare la propria giurisdizione; ne ha molto meno, al contrario, nel contesto di giurisdizioni *arbitration friendly*, caratterizzate da rapporti di lealtà e correttezza tra le autorità giudiziarie nazionali e gli arbitri, in cui è di molto attenuato il rischio che un giudice statale adito per primo travisi intenzionalmente la portata della convenzione arbitrale onde danneggiare la giustizia privata in favore di quella pubblica. Così, in presenza di un patto arbitrale valido, o che *non presenti patologie palesi*, l'accesso al giudice statale non implicherebbe necessariamente un pregiudizio per la parte che è convinta della sussistenza della competenza arbitrale o un ostacolo alla percorribilità della via arbitrale, nella misura in cui la tempestiva proposizione dell'*exceptio compromissi* dovrebbe agevolmente condurre ad una chiusura in rito del giudizio statale e alla prosecuzione del solo giudizio (quello arbitrale) legittimato, cui tuttavia la parte che abbia dubbi sulla sussistenza della *potestas iudicandi* arbitrale, confortata dal giudizio preliminare svolto dal giudice statale, parteciperebbe senza la sensazione di subire un'ingiustizia o, comunque, un'indebita pressione.

Ne segue che l'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz* si rivela, in situazioni *fisiologiche* (di patti arbitrali *validi*), strumento di tutela dell'arbitrato

eccessivo, se non inutile, perché un corretto esercizio del potere decisorio del giudice statale a fronte della tempestiva proposizione dell'*exceptio compromissi* condurrebbe allo stesso risultato, scontando bensì una temporanea sovrapposizione di due giudizi sulla medesima causa (sino a che il giudice non pervenga ad un preliminare accertamento della validità della convenzione arbitrale), che verrebbe tuttavia bilanciata da una maggiore legittimazione della procedura arbitrale, quantomeno agli occhi della parte che contesti la *potestas iudicandi* dell'arbitro. In situazioni *patologiche* (di patti arbitrari *invalidi*), invece, esso appare *eccessivamente pregiudizievole* per la parte che abbia fondati dubbi circa la validità ed efficacia della convenzione arbitrale, perché si vedrebbe costretta a partecipare ad un giudizio dinanzi ad un organo di cui contesta in radice la legittimazione, nonché ad attendere la sua integrale celebrazione prima di poter adire l'autorità giudiziaria ordinaria per ottenere uno scrutinio della valutazione compiuta dall'arbitro.

Del resto, fatto salvo l'esempio francese, le giurisdizioni che hanno di recente riconosciuto un ruolo all'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz* (quale quella inglese e svizzera) lo hanno fatto solo parzialmente, limitandone l'operatività ai casi in cui la contestazione sollevata da una parte investa non solo il patto arbitrale, ma altresì il contratto che lo contiene, e preservando intatta la competenza concorrente dell'autorità giudiziaria, ogniqualvolta la contestazione investa unicamente il patto arbitrale. Anche negli USA l'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz* è limitato, specularmente a quanto avviene per il suo stesso effetto positivo, al caso in cui oggetto della contestazione della parte e dunque della decisione dell'arbitro non siano l'esistenza o la validità del patto arbitrale (la c.d. *substantial arbitrability*, per cui è prevista la competenza *esclusiva* dell'autorità giudiziaria), ma unicamente la sua pratica operatività (la c.d. *procedural arbitrability*).

5.2. *Ineludibilità di un coordinamento reciproco delle decisioni, rispettivamente del giudice e dell'arbitro, sulla propria potestas iudicandi in presenza di una convenzione arbitrale, onde assicurare il giusto bilanciamento e la maggior efficienza al funzionamento del sistema arbitrato-giurisdizione statale nel suo complesso*

Ad ogni modo, soluzioni quali la litispendenza “zoppa” o “unilaterale”, o l'effetto negativo del principio *Kompetenz Kompetenz*, al di là delle summenzionate critiche in relazione a specifici punti teorici o pratico-applicativi, hanno secondo chi scrive il grave difetto di omettere di affrontare (e risolvere) il *nodo cruciale* dei rapporti e conflitti di competenza tra arbitrato e giurisdizione statale: il problema, cioè, della vincolatività per l'arbitro (e, viceversa, per il giudice ordinario) della decisione sulla *potestas iudicandi* arbitrale (ossia sulla convenzione arbitrale) pronunciata dal giudice ordinario (e, rispettivamente, dall'arbitro), nonché della stessa indicazione

emessa dalla Suprema Corte in sede di regolamento di competenza. Proprio *l'assenza di reciproca vincolatività della statuizione (giudiziale e arbitrale) sulla competenza*¹²² è alla base del rischio di duplicazione di procedure sulla medesima causa, e del conseguente rischio di accertamenti confliggenti. Solo concentrandosi su questo aspetto centrale dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale, e dimostrando che nulla osta, nel nostro ordinamento, ad ammettere un'efficacia 'esterna' e vincolante della decisione, rispettivamente arbitrale e giudiziale, sulla questione della *potestas iudicandi* dell'arbitro, è possibile pervenire ad una soluzione ottimale.

6. *Incongruenze teoriche e inconvenienti pratico-applicativi del sistema delle "vie parallele" puro, privo cioè di meccanismi di coordinamento preventivo*

6.1. *Premessa*

E veniamo ora al sistema delle "vie parallele", quello cioè che, secondo l'opinione di gran lunga maggioritaria¹²³, oltre a quella di chi scrive, sarebbe stato adottato dal legislatore del 2006 mediante la formulazione del combinato disposto degli artt. 817 e 819 *ter* c.p.c.

Infatti, in linea con la soluzione adottata dalla Legge Modello dell'UNCITRAL (i cui artt. 8 e 16 non attribuiscono alcuna preferenza ad una via rispetto all'altra) e dall'ordinamento tedesco (si veda il combinato disposto delle Sezioni 1032 e

¹²² Ribadita dalla stessa Cass. 8 luglio, 1996, n. 6205 e Cass. 7 aprile 1997, n. 3001.

¹²³ V., in tal senso, come già ricordato nel corso della trattazione, M. BOVE, *Discutibile la scelta del «sistema tedesco»*, in *Guida al diritto*, 2006, 8, 107 ss.; F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.* 2005, 788, per il quale il raccordo fra le due procedure, non attuabile *in via preventiva*, non potrebbe che avvenire solo attraverso le rispettive decisioni di merito; P.L. NELA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, cit., 1811, secondo il quale il regime dei rapporti arbitro-giudice: "(...) risponde ora al c.d. principio delle "vie parallele", con entrambi i giudizi, arbitrale e giudiziale, quand'anche relativi alla medesima causa, che: "(...) procedono in linea di massima indifferenti l'uno all'altro, o quantomeno senza che l'autorità giudiziaria possa bloccare il giudizio arbitrale, ravvisando l'insussistenza delle condizioni perché la causa sia affidata agli arbitri". Quanto alla non felicissima formulazione delle norme su cui si reggerebbe, nel contesto normativo attuale, il sistema delle "vie parallele" (il riferimento è, in particolare, all'art. 819 *ter* c.p.c.), essa sarebbe solo il frutto, secondo P.L. NELA, della particolare prospettiva in cui la stessa si colloca, apparendo comprensibile, "[a]ll'atto di definire la disciplina dell'arbitrato", orientare l'attenzione alla competenza degli arbitri e dimenticare di riaffermare la regola generale della competenza dell'autorità giudiziaria" (P.C. NELA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., 1813). Anche per S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, 204 ss. e 240 ss. sarebbe indubbia la soggezione dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale al sistema delle "vie parallele", alla luce del combinato disposto di cui agli artt. 817 e 819 *ter* c.p.c., dovendosi in particolare escludere qualsivoglia tentativo di applicare ad essi, in chiave analogica o estensiva, l'istituto della litispendenza *ex art.* 39 c.p.c.

1040 ZPO), il combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 817 c.p.c. prevede che gli arbitri *decidano sulla propria competenza* (e, dunque, sulla esistenza, validità, contenuto o ampiezza della convenzione d'arbitrato, nonché sulla loro regolare costituzione) sia quando questa sia contestata nel corso dell'arbitrato, sia quando i loro poteri siano contestati *in qualsiasi sede* per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento; il comma 1 dell'art. 819 *ter*, comma 1 c.p.c., dal canto suo, prevede che la competenza degli arbitri *non sia esclusa* dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice, né dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice; infine, la fattispecie considerata dalla norma di cui al comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c. contempla la proposizione di un'azione giudiziale di mero accertamento sulla *potestas iudicandi* arbitrale.

Quest'ultima sembra in effetti bensì richiamare l'operatività di un meccanismo alternativo a quello del sistema delle "vie parallele" (nello specifico, la litispendenza c.d. "zoppa" o "a senso unico") – nella misura in cui ne impedisce l'attivazione nel caso in cui *già* penda un giudizio arbitrale –, ma, a ben vedere, non riguarda il caso della deduzione, dinanzi al giudice statale e in arbitrato, *della medesima causa*, quanto, piuttosto, quello della proposizione, dinanzi al primo, di una domanda di mero accertamento, il cui oggetto (l'invalidità o l'inefficacia della convenzione arbitrale) – oltre a non essere autonomamente deducibile in sede arbitrale – è comunque *diverso*, quanto al *petitum* e alla *causa petendi*, da quello deducibile in arbitrato in un momento successivo. Nel sistema delle "vie parallele", se la pendenza di un giudizio statale di merito su una determinata causa non è ostativa alla celebrazione di un giudizio arbitrale parallelo *sulla medesima causa*, *a fortiori* non precluderà la celebrazione di un giudizio arbitrale su causa connessa, come espressamente previsto dal comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c., per il quale: "*La competenza degli arbitri non è esclusa dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice*"¹²⁴.

Nel corso della trattazione si sono già illustrati i tratti salienti del sistema delle "vie parallele". Andiamo qui di seguito ad illustrare le incongruenze di carattere teorico-sistematico di un tale sistema, nonché i suoi inconvenienti sotto il profilo pratico-applicativo.

6.2. Incongruenze di carattere teorico-sistematico

Il sistema delle "vie parallele", che pure, rispetto ad altri, può considerarsi il

¹²⁴ Questa norma, che era già presente nella disciplina pre-riforma (si trattava dell'art. 819 *bis* c.p.c.), oltre a riguardare *qualsivoglia tipo di connessione* (oggettiva, soggettiva, propria o impropria), consolida la scelta dell'ordinamento di rigettare il famigerato fenomeno della *vis attractiva*, molto in voga prima della riforma del '94.

miglior sistema possibile, presenta alcune innegabili criticità sotto il profilo teorico-sistematico¹²⁵.

Il parallelismo di due procedure sulla medesima causa che esso, in ragione di un'assolutizzazione del principio *Kompetenz-Kompetenz*, tende a favorire (o che comunque non è in grado di efficacemente ostacolare), rappresenta, per cominciare, un *vulnus* al principio di economia processuale (della *judicial efficiency*, per usare un'espressione cara alle corti americane), *anche se* gli organi giudicanti coinvolti non appartengono ad uno stesso ordinamento. Come si ricorderà, trattando della litispendenza internazionale era emerso come, una volta ammessa la rilevanza, nell'ambito dei rapporti reciproci tra due – pur distinti – ordinamenti giuridici, dei “prodotti finali” dell'attività dei rispettivi giudici, il rispetto per il principio di economia processuale “di sistema” non dovrebbe consentire che, in un ordinamento, si possa tranquillamente ignorare cosa accada nell'altro (sotto forma di pendenza della medesima causa, esito dell'accertamento sulla competenza compiuto dall'altro organo, decisione sul merito della medesima causa idonea ad avere, all'interno dell'altro ordinamento, i medesimi effetti di una decisione direttamente emanata nell'ambito di quest'ultimo), stante il rischio di una inutile duplicazione di attività per il raggiungimento di uno scopo di tutela già perseguibile (ed, in certi casi, ottenuto) per altra via. Questo perché la *judicial efficiency* richiede che si prevenano: “(...) *needlessly duplicative discovery and proceedings, thus conserving judicial resources and sparing the parties the expense of pursuing and defending two like actions*”.

Tale considerazione assume un valore ancor più pregnante con riferimento ai rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale, in relazione ai quali va detto che, nell'ambito del percorso evolutivo non poco accidentato ed altalenante che ha visto una serie di interventi legislativi incidere anche profondamente sulla fisionomia dell'istituto arbitrale, è ravvisabile – fatta salva la svolta in senso radicalmente negozialistico delle Sezioni Unite del 2000 – una sua progressiva modulazione in chiave spiccatamente *processualistica* e *giurisdizionale* (giudicato, da non pochi pronunciamenti della Corte costituzionale, come fenomeno compatibile con i principi e le norme costituzionali, in particolare con l'art. 102, rispettivamente comma 1¹²⁶ e comma 2¹²⁷ Cost.).

Tale “modulazione” è avvenuta, dapprima, con la novella del 1983 e, dipoi, con la riforma del 1994¹²⁸, con cui si è ad esempio proceduto, da un lato, all'as-

¹²⁵ Per un'analisi delle incongruenze del sistema delle “vie parallele” *puro* v. anche E.F. RICCI, *L'arbitrato di fronte alla litispendenza giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.* 2000, 506.

¹²⁶ Secondo cui: “*La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario*”.

¹²⁷ Secondo cui: “*Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali (...)*”.

¹²⁸ Di cui si evidenziavano, in particolare, le modifiche sulla proponibilità dei mezzi di impu-

similazione, *in toto*, dell'atto introduttivo dell'arbitrato alla domanda introduttiva di un giudizio statale, in particolare sotto il profilo dell'incidenza sugli istituti della prescrizione¹²⁹ e della trascrizione¹³⁰ (postulando così *l'attribuzione al lodo dell'attitudine non di efficacia negoziale, ma dell'efficacia e della autorità della cosa giudicata*); dall'altro, a svincolare la proponibilità dei mezzi di impugnazione avverso il lodo dalla condizione dell'emanazione del decreto di esecutività del lodo, sì da fare di quest'ultimo, e non della *sentenza arbitrale*, l'oggetto diretto di impugnazione e da escludere in radice l'eventualità di una duplice natura del lodo stesso, *negoziale* in un primo momento e *giurisdizionale* solo dopo la dichiarazione di esecutività; dall'altro ancora, a prevedere l'esperibilità, avverso il lodo, anche dei rimedi della revocazione straordinaria e dell'opposizione di terzo, sia ordinaria che revocatoria, concentrandosi nella Corte d'appello la competenza funzionale a conoscere dell'impugnazione per nullità (estesa, oltre che all'inosservanza del principio del contraddittorio, all'ipotesi di contrarietà del lodo a sentenza passata in giudicato o ad altro precedente lodo, non più impugnabile) e condizionandosi la *potestas iudicandi* del giudice dell'impugnazione per nullità, nella fase rescissoria (e a decidere così nel merito la controversia), all'assenza di "concorde volontà contraria delle parti". Una serie di norme introdotte dalla riforma del 2006, infine, ha inequivocabilmente sancito il carattere *alternativo, fungibile e sostitutivo* dell'arbitrato rispetto al giudizio statale. Si pensi all'art. 816 *quinquies* c.p.c., che contempla l'ammissibilità dell'intervento volontario di terzi nel giudizio arbitrale

gnazione avverso il lodo arbitrale *indipendentemente dal suo deposito*; sull'esperibilità, avverso il lodo, della revocazione straordinaria e dell'opposizione di terzo, sia ordinaria che revocatoria; sul motivo di impugnazione per nullità fondato sulla contrarietà del lodo a precedente sentenza passata in giudicato o ad altro precedente lodo, non più impugnabile.

¹²⁹ Per quanto riguarda la prescrizione, il *novum* della recente evoluzione della disciplina normativa sarebbe dato dall'attribuzione, alla notifica dell'atto di promovimento del giudizio arbitrale, dell'effetto interruttivo-sospensivo, che sarebbe proprio *soltanto della domanda giudiziale*, integrando esso *un tipico effetto sostanziale dell'atto di esercizio dell'azione giudiziaria*. Secondo le S.U.: "[s]oltanto il riconoscimento della "giurisdizionalità" del processo arbitrale consente di estendere l'effetto interruttivo della domanda al termine di decadenza (...)".

¹³⁰ Per quanto riguarda la trascrizione, entrambe le norme di cui agli artt. 2652 e 2653 c.c., rispetto a cui si manifesta l'effetto anticipatorio conferito alla trascrizione dell'atto introduttivo del giudizio arbitrale, concernono *l'efficacia dell'accertamento contenuto nel lodo verso terzi*, inconcepibile se riferito ad un atto negoziale, che si fonda esclusivamente sulla volontà pattizia e dispositiva delle parti del negozio. In particolare, nel caso dell'art. 2652 c.c., l'attribuzione al lodo di un'efficacia *ultra partes* su rapporti dipendenti *testimonierebbe la sua equiparazione a una sentenza dei giudici dello Stato, e, in ogni caso, ad una pronuncia giurisdizionale*. Nel caso dell'art. 2653 c.c., fornendo essa il mezzo tecnico che consente al processo di proseguire fra le parti originarie (valendo la sentenza anche nei confronti del successore a titolo particolare rimasto estraneo al processo), andrebbe ad integrare quella, fondamentale, dell'art. 2909 c.c., definendo i limiti dell'estensione soggettiva della cosa giudicata sostanziale.

e l'applicabilità, anche all'arbitrato, dell'art. 111 c.p.c.; agli artt. 819 e 817 *bis* c.p.c., che equiparano sostanzialmente, con limitate eccezioni, il potere di cognizione incidentale degli arbitri sulle questioni pregiudiziali di merito insorte nel corso del giudizio a quello del giudice statale; all'art. 819 *bis* c.p.c., che attribuisce espressamente agli arbitri il potere di sollevare la questione di legittimità costituzionale delle leggi e circoscrive in maniera tassativa le ipotesi di sospensione necessaria; all'art. 824 *bis* c.p.c., per il quale il lodo ha, dalla data della sua ultima sottoscrizione, gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria; all'art. 831 c.p.c., che contempla, avverso il lodo arbitrale, la possibilità di esperire i rimedi dell'opposizione di terzo, sia ordinaria che revocatoria, e della revocazione. Anche le più volte citate decisioni della Corte costituzionale (la n. 376 del 2001 e la n. 223 del 2013) e della Corte di Cassazione (la n. 24153 del 2013) hanno ribadito la piena *fungibilità e sostitutività* del giudizio arbitrale rispetto a quello statale, sotto il profilo del tipo di attività esercitata (qualificata in entrambi i casi come propriamente *giurisdizionale*), della comune finalità di assicurare la tutela delle situazioni giuridiche sostanziali e, infine, degli effetti delle rispettive decisioni (con ricadute altresì sulla qualificazione dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale). Proprio in forza di questo *carattere sostitutivo* attribuito alla giustizia arbitrale, il sistema arbitrato-giurisdizione statale viene attualmente considerato, nel suo complesso, come un *unico sistema di tutela (giurisdizionale) dei diritti*¹³¹.

Alla luce di quanto precede, appare irragionevole consentire che due giudizi sulla medesima causa, che l'ordinamento considera perfettamente *alternativi e fungibili*, oltre che idonei a condurre al medesimo risultato sotto il profilo dell'efficacia e dell'effettività della tutela, si svolgano parallelamente senza che l'uno (o le vicende che avvengono all'interno dell'uno) abbia(no) influenza alcuna sulla prosecuzione dell'altro. Prima ancora che determinare inconvenienti sotto il profilo pratico-applicativo, tale situazione appare incongrua e poco accettabile sotto il profilo teorico e sistematico.

Tra le ulteriori incongruenze di carattere teorico riscontrabili nel sistema delle "vie parallele", nella versione codificata dal legislatore del 2006, va altresì segnalato il fatto che, alla espressa e reiterata assimilazione del rapporto giudice-arbitro *ad un rapporto di competenza*, corrisponde una solo *selettiva e chirurgica* applicazione analogica, ai rapporti arbitro-giudice, delle norme in tema di competenza applicabili nei rapporti tra giudici ordinari. E così, mentre la decisione del giudice

¹³¹ Proprio dal riconoscimento, all'arbitrato, della stessa *dignità* conferita al giudizio statale sotto il profilo dell'idoneità alla tutela (giurisdizionale) dei diritti, discendeva la non conformità dell'art. 819 *ter* comma 2 c.p.c. all'art. 24 Cost.: se l'ordinamento consente alle parti di sottoporre alcune controversie agli arbitri, prevedendo che il loro *dictum* abbia l'efficacia delle sentenze rese dai giudici statali, è necessario che esso preveda altresì misure idonee ad evitare che tale scelta abbia ricadute negative per i diritti oggetto delle controversie stesse.

statale sulla *potestas iudicandi* arbitrale è impugnabile, per espressa previsione legislativa, mediante il regolamento di competenza, stando alla lettera delle norme tale rimedio parrebbe non utilizzabile avverso un lodo arbitrale che si sia pronunciato sulla sussistenza o meno della *potestas iudicandi* dell'arbitro, sebbene, a ben vedere, l'oggetto delle due decisioni, rispettivamente, giudiziale ed arbitrale, sia in tutto e per tutto il medesimo. Ancora, una volta assimilato il rapporto giudice-arbitro ad un rapporto di competenza, appare financo poco giustificabile la stessa (ritenuta, in quanto invero non espressamente codificata) inapplicabilità dell'art. 39 c.p.c., dal momento che, senza necessariamente sconfessare il ruolo centrale svolto dal principio *Kompetenz Kompetenz*, anche nei rapporti tra giudici ordinari, ove pure detto principio opera, l'eccezione di litispendenza *assorbe ogni valutazione in ordine alla sussistenza o meno della competenza dei giudici aditi*, precedendo ogni valutazione preliminare sulla sussistenza della competenza del giudice adito o del giudice preveniente¹³². Rispetto ad un regime fondato sul criterio della prevenzione, il sistema delle "vie parallele" finisce per affidare la prevenzione del contrasto fra le due sedi *sic et simpliciter* alla circostanza, tutto fuorché scontata, che la questione di competenza sia correttamente risolta dagli arbitri e dal giudice e che, pertanto, in entrambe le sedi si pervenga alla medesima decisione¹³³.

6.3. *Inconvenienti pratico-applicativi*

Per quanto attiene agli inconvenienti pratico-applicativi, il sistema delle "vie parallele" può rivelarsi estremamente oneroso per le parti litiganti.

Una parte convenuta in due sedi differenti, dovrà difendersi in entrambe, con conseguente dispendio di mezzi, non essendo prevedibile quale dei due si concluderà in che modo, e con quali possibilità di far valere la relativa decisione nell'ordinamento (o nel corso) dell'altro processo.

Tale sistema si presta pure a strumentalizzazioni e tattiche processuali poco ortodosse: la doppia pendenza, quando originata dallo stesso attore (magari dopo aver strategicamente calibrato la delineazione dei *themata decidenda*, in modo da

¹³² In questo senso è, infatti, l'orientamento prevalente: Cass. S.U. 31 luglio 2014, n. 17443; Cass. 11 novembre 1994, n. 9409; Cass. 23 agosto 1991, n. 9068. Nell'attuale codice di rito, dunque, a differenza di quanto accadeva nel vigore del codice del 1865, la litispendenza si configura, quale *questione di procedibilità*, che deve essere risolta prima della questione di competenza, e indipendentemente da essa: così Cass. 26 novembre 2002, n. 16724; Cass. 2 giugno 2000, n. 7360 e, in dottrina, G.F. RICCI, voce «*Litispendenza*», cit.; G. MONTELEONE, voce «*Litispendenza*», cit., 2. Con riferimento al procedimento arbitrale, il rilievo è condiviso da R. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, cit., 222; S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, cit., 303; F. LEPRI, *Arbitrato rituale, pendenza della stessa causa innanzi al giudice statale*, cit., 381.

¹³³ C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario*, cit., 670.

far apparire diverse due cause sostanzialmente identiche), potrebbe avere l'unico scopo di esercitare pressione sul convenuto (soprattutto sotto il profilo economico, in ragione degli esborsi richiesti per la difesa legale, non sempre integralmente recuperabili in caso di vittoria), al fine di indurlo a più miti consigli in vista di una possibile soluzione transattiva della controversia. A volte, tuttavia, può essere proprio l'oggettiva incertezza circa l'esistenza di un valido patto arbitrale e il timore, per colui che intenda ottenere tutela in sede arbitrale, di incorrere in una duplice declinatoria e nella conseguente perdita degli effetti sostanziali e processuali della domanda a dare origine ad un parallelismo di procedure.

Il sistema delle "vie parallele", inoltre, dando la prevalenza al primo giudicato formatosi sul merito della lite, induce ad una corsa al "chi arriva primo" foriera di potenziali distorsioni nell'utilizzo del mezzo processuale. Ogni parte, a seconda del ruolo che riveste nell'altro processo e in base agli strumenti processuali di cui può disporre, cercherà di *ritardare* o comunque *ostacolare* il processo instaurato dalla parte avversaria. Il pericolo è forse meno accentuato nel rapporto arbitro – giudice italiano (per le note ragioni di diversità di tempi processuali normalmente richiesti) di quanto non lo sia in quello tra giudici stranieri, ma non va sottovalutato, soprattutto quando il procedimento arbitrale venga instaurato molto tempo dopo quello statale.

Ancora, il sistema delle "vie parallele", in ragione di un'assolutizzazione del principio *Kompetenz-Kompetenz* non controbilanciata da alcun meccanismo che permetta il coordinamento delle decisioni sulla competenza, conduce ad una sorta di paradosso; invero, l'assunto (con cui viene tradizionalmente giustificata la non applicabilità dell'istituto della litispendenza al rapporto arbitro-giudice statale), secondo cui la "competenza" arbitrale sarebbe *esclusiva* di una concorrente "competenza" giudiziale sicché, relativamente ad una controversia rispetto alla quale sia stata stipulata una convenzione arbitrale, *o è competente il giudice statale, o è competente l'arbitro*, si traduce, in mancanza di strumenti correttivi del potenziale conflitto, *nel risultato opposto a quello dell'esclusione della competenza concorrente*, ossia nella contestuale affermazione della sussistenza della propria "competenza" da parte di entrambi gli organi. Insomma, in relazione al sistema delle "vie parallele", all'enunciazione del principio della reciproca esclusività dei due fori (arbitrale e statale) non fa seguito la predisposizione di meccanismi o rimedi atti a garantirne l'attuazione, al contrario di quanto accade nell'ambito di sistemi c.d. "integrati", considerati a suo tempo, di cui sono esempi il rapporto fra giudici dello stesso ordinamento (regolato dall'art. 39 c.p.c.) o quello tra giudici di ordinamenti bensì diversi, ma significativamente "armonizzati" (disciplinato dall'art. 29 del Regolamento Bruxelles I *bis*-), e persino nel contesto di ordinamenti che integrati non sono (si pensi al rapporto tra giudice italiano e giudice extra-UE, disciplinato dall'art. 7 l. n. 218 del 1995). In detti sistemi, i meccanismi adottati dalle diverse

norme regolatrici (chiusura in rito o sospensione del secondo processo) permettono di porre fine *immediata* al parallelismo di procedimenti, *anche* nel caso di fori concorrenti, ossia *astrattamente contemporaneamente competenti*.

Un ulteriore inconveniente pratico del sistema delle “vie parallele”, quanto meno nella versione codificata dal legislatore italiano, è dato dal regime di impugnabilità delle decisioni arbitrali (solo o anche) sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale che, ritenute *meramente interlocutorie* o *interinali* e comunque non definitive (fatto salvo il caso della decisione declinatoria, nel qual caso inevitabilmente trattasi di decisione definitiva autonomamente impugnabile), non sono *direttamente ed autonomamente impugnabili, ma solo insieme alle decisioni di merito, e in tal caso solo con l'impugnazione per nullità*¹³⁴. Il fatto di dover necessariamente attendere lo svolgimento di un intero processo arbitrale sul merito prima di poter contestare, dinanzi alla Corte d'appello e in sede di giudizio di nullità del lodo, la decisione dell'arbitro affermativa della competenza (cui può seguire l'ulteriore istanza originata da un ricorso di cassazione avverso la decisione dalla Corte d'appello) concorre a dilazionare in maniera consistente il lasso di tempo entro il quale poter mettere la parola fine alla *vexata quaestio* dell'allocatione della *potestas iudicandi* tra giudici e arbitri.

Il vero tallone d'Achille del sistema delle “vie parallele” *puro*, tuttavia, risiede nel fatto che esso tende a favorire (senza fornire gli strumenti per poter efficacemente prevenire o limitare) l'insorgenza di conflitti di competenza *positivi* (con il conseguente parallelismo di procedure sulla medesima causa ed il rischio di un futuro conflitto tra giudicati) e *negativi* (con la prospettiva di incorrere in una duplice declinatoria e il rischio di un diniego di giustizia) tra arbitrato e giurisdizione statale, per l'assenza di meccanismi di coordinamento preventivo (*a monte*) tra i due giudizi (su cui ci siamo diffusamente soffermati nel corso della trattazione), quali quelli che, invece, operano nell'ambito di altre ricostruzioni: si pensi al

¹³⁴ Si tratta di orientamento tralatizio, ben sintetizzato da Cass. 18 dicembre 1973, n. 3433, in *Giust. civ.* 1974, I, 1110, per cui: “*Sia che gli arbitri omettano meramente di esaminare e risolvere alcuna delle questioni loro sottoposte con il compromesso, sia che essi impostando e risolvendo le questioni cosiddette di competenza, affermino che le questioni loro sottoposte non rientrano nella previsione compromissoria e si astengano dal prenderle in esame, ha luogo null'altro che una sentenza arbitrale che “non ha pronunciato su alcuno degli oggetti del compromesso” (art. 829, n. 4 c.p.c.) e che quindi, in relazione a tale punto, è assoggettabile alla impugnazione per nullità*” e da Cass. 20 maggio 1969, n. 1792, in *Foro it.* 1969, I, 2195, nt. C. M. BARONE, in cui si statuiva: “(...) [questa] Corte suprema (...) ha già ritenuto che le questioni di competenza relative al giudizio arbitrale restano attratte nell'impugnazione di nullità e possono essere dedotte solo per mezzo di tale impugnazione, restando esclusa l'ammissibilità del regolamento di competenza, e da tale orientamento non v'è avviso di discostarsi oggi”. Nello stesso senso, in dottrina, G. BONGIORNO, *Sulla “eccezione d'incompetenza” nel processo arbitrale*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1974, 135 ss.; C. PUNZI, voce *Arbitrato*, I) *Arbitrato rituale e irrituale*, cit., 26 e 27.

criterio della prevenzione, su cui si basa l'istituto della litispendenza; o all'effetto *negativo* del principio *Kompetenz Kompetenz*, adottato, ad esempio, dall'ordinamento francese¹³⁵; o a clausole di attribuzione della *potestas iudicandi* in via esclusiva all'arbitro, sulla scorta delle *Kompetenz Kompetenz Klauseln* in passato riconosciute dall'ordinamento tedesco¹³⁶ o di – tutt'ora non infrequenti – pattuizioni simili riconosciute dall'ordinamento statunitense¹³⁷.

Non v'è chi non veda come tale situazione, oltre a tradire le *aspettative delle parti*, mini altresì la *certezza del diritto*, perché, in ragione del non chiaro regime in tema di spendita ed efficacia, in un processo, del giudicato formatosi nell'altro, financo il passaggio in giudicato del lodo arbitrale sul merito non assicura la definizione in maniera incontrovertibile della disputa, potendo sopraggiungere un giudicato statale, di contenuto contrario, a ribaltare il risultato, e l'accertamento, perseguito in precedenza. La riforma del 2006 ha bensì inciso, in parte, sulla fase *a valle* dei rapporti arbitro-giudice (attraverso, soprattutto, la sancita equiparazione degli effetti del lodo a quelli della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, ma anche in virtù di un regime sostanzialmente “più efficiente” quanto alla spendita del lodo e della sentenza definitivi, rispettivamente, nell'ambito di un giudizio statale e di una procedura arbitrale, nonché dell'impugnabilità delle rispettive decisioni per contrarietà a quella, già definitiva, resa *dall'altro organo*). Rimane tuttavia immutata la situazione *a monte*, con il possibile incardinamento di due distinte procedure (rispettivamente, arbitrale e giudiziale) sulla medesima causa (o su una causa strettamente connessa) e il conseguente parallelismo di giudizi, indipendenti l'uno dall'altro.

In particolare, come si vedrà più ampiamente nel prosieguo della trattazione, né le nuove norme sugli effetti delle *condotte omissive* delle parti in sede, rispettivamente, arbitrale e giudiziale (ravvisabili nella mancata contestazione, ad opera delle parti, della *potestas iudicandi* dell'organo adito), né il nuovo istituto, codificato dall'art. 819 *ter*, comma 3 c.p.c., della domanda autonoma di mero accertamento dell'invalidità o inefficacia della convenzione arbitrale, sono idonei a rappresentare efficaci strumenti di coordinamento preventivo dei conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale, in ragione, rispettivamente, della loro portata esclusivamente endo-processuale e dei tempi verosimilmente molto lunghi per pervenire ad una statuizione incontrovertibile del giudice statale sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale.

Con riferimento, poi, ai conflitti *negativi* di competenza, come si vedrà am-

¹³⁵ Su cui v. *supra* il primo capitolo, al par. 2 e il quarto capitolo alla sezione terza.

¹³⁶ Su cui v. *supra* il primo capitolo, al par. 2 e il quarto capitolo alla sezione prima.

¹³⁷ Su cui ci permettiamo di rinviare a A. HENKE, *Il diritto americano e l'incerto fondamento del principio Kompetenz-Kompetenz in materia di arbitrato*, in *Dir. comm. int.* 2011, 647 ss.

piamente nel prosieguo, l'estensione, *anche al rapporto arbitri-giudici statali*, del meccanismo della trasmigrazione della causa, sancita dalla decisione della Corte costituzionale n. 223 del 2013¹³⁸, non solo ha originato una nutrita serie di nuove questioni teoriche e pratico-applicative, ma non li ha affatto risolti. Il fatto che l'allocazione della *potestas iudicandi* sulla questione della esistenza, validità ed efficacia di una convenzione arbitrale continui ad essere regolata dal principio *Kompetenz Kompetenz* e dalla regola della reciproca autonomia ed indifferenza, dell'arbitro e del giudice statale, alle rispettive valutazioni, implica che, a tutt'oggi, ad una declinatoria di "competenza" pronunciata dagli uni – i c.d. "organi giudicanti" *a quibus* – possa far seguito, in base ad una divergente valutazione circa la questione della esistenza, validità ed efficacia della convenzione arbitrale, una seconda declinatoria pronunciata dagli altri – i c.d. "organi giudicanti" *ad quos* –.

Anche in relazione al sistema delle "vie parallele", dunque, come già osservato a proposito della tesi della litispendenza c.d. "zoppa" o "unilaterale", l'assenza di norme espresse determina incertezza circa l'efficacia, per l'arbitro (e, viceversa, per il giudice ordinario) della decisione sulla *potestas iudicandi* arbitrale (ossia sulla convenzione arbitrale) pronunciata dal giudice ordinario (e, rispettivamente, dall'arbitro), nonché delle indicazioni derivanti dalle pronunce emesse dalla Suprema Corte in sede di regolamento di competenza sulla medesima questione).

Invero, è proprio *l'assenza di reciproca vincolatività della statuizione (giudiziale e arbitrale) sulla competenza*¹³⁹ a consentire l'insorgenza di conflitti di competenza tra arbitrato e giurisdizione statale sia *positivi* (che conducono a due pronunce di merito, il cui coordinamento potrà avvenire solo a valle, attraverso il coordinamento dei rimedi impugnatori) che *negativi* (che pregiudicano la possibilità di giungere ad una decisione di merito *tout court*, anche laddove la competenza dell'arbitro e quindi l'incompetenza del giudice ordinario vengano statuite dalla Corte Suprema in sede di regolamento di competenza), che tanti inconvenienti apportano alle parti e al sistema giustizia nel suo complesso.

¹³⁸ Su cui v. il terzo capitolo.

¹³⁹ Ribadita dalla stessa Cass., Sez. I, civ., 8 luglio, 1996, n. 6205, che ricordava come: "[l]a sentenza della Cassazione che statuisce sulla competenza non è (...) vincolante per gli arbitri, nei cui confronti non è ipotizzabile alcuna prosecuzione del processo, poiché la sua portata si esaurisce nell'accertamento, in via definitiva, dell'esistenza di una deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria: ciò non comporta, infatti, alcuna preclusione per il collegio arbitrale, costituendo o già costituito, in ordine alla verifica della propria legittimazione a pronunciarsi sulla controversia ad essi deferita dai compromittenti, né, d'altro lato, impedisce che il lodo da essi emesso possa essere impugnato per nullità del compromesso, e cioè per motivi che escludono il valido conferimento agli arbitri del potere di decidere la controversia insorta tra le parti (art. 829, n. 1, c.p.c.)". Il concetto è ribadito negli stessi termini anche dalla seconda sentenza esaminata, Cass., Sez. I, civ., 7 aprile 1997, n. 3001.

Come si ricorderà, una risposta positiva a tale cruciale quesito si è sempre dovuta scontrare con il muro apparentemente invalicabile rappresentato dall'asserita *non appartenenza dell'arbitro e del giudice statale al medesimo ordinamento giuridico*, da cui si faceva discendere l'inidoneità della pronuncia della Suprema Corte a statuire sulla questione dell'allocatione della *potestas iudicandi* arbitrale in maniera *definitiva e vincolante nei confronti degli arbitri*, esaurendosi la portata di detta pronuncia: "(...) *nell'accertamento, in via definitiva, dell'esistenza di una deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria*"¹⁴⁰. La statuizione della Corte di Cassazione (sia di quella pronunciata in sede di ricorso per cassazione, sia di quella resa in sede di regolamento per competenza), in altri termini, non comportava: "(...) *alcuna preclusione per il collegio arbitrale, costituendo o già costituito, in ordine alla verifica della propria legittimazione a pronunciarsi sulla controversia ad essi deferita dai compromittenti, né, d'altro lato, impedi[va] che il lodo da essi emesso pot[esse] essere impugnato per nullità del compromesso, e cioè per motivi che esclud[evano] il valido conferimento agli arbitri del potere di decidere la controversia insorta tra le parti (...)*"¹⁴¹.

Un'efficacia "esterna" (e vincolante) della statuizione sulla esistenza, validità ed efficacia di una convenzione arbitrale era esclusa sia nell'ambito dei rapporti giudice-arbitro *di tipo verticale* (Corte di Cassazione-arbitro, o anche Corte d'appello-arbitro), sia nell'ambito di quelli *di tipo orizzontale* (giudice statale di merito-arbitro)¹⁴². A detta efficacia ostava non solo la più volte richiamata non apparte-

¹⁴⁰ Cass. 8 luglio 1996, n. 6205, che, nel passo riportato nel testo, sintetizza sul punto l'orientamento tralatico.

¹⁴¹ Cass. 8 luglio 1996, n. 6205. Per Cass. 7 aprile 1997, n. 3001, con riferimento all'ordinamento tralatico: "(...) *il giudicato sulla competenza del giudice ordinario finirebbe con l'assumere la natura di un inammissibile regolamento preventivo di competenza, privando le parti dell'impugnativa per nullità del lodo emesso da arbitri non legittimamente investiti dalla loro potestas iudicandi, ai sensi dell'art. 829 c.p.c.*".

¹⁴² Cass. 7 aprile 1997, n. 3001, in *Riv. arb.* 1997, 517, nt. F.P. LUISO, *Ancora sui rapporti tra arbitri e giudice* e in *Giust. civ.* 1997, II, 2451, nt. D. GIACOBBE, *Questioni di litispendenza tra giudizio ordinario e giudizio arbitrale*; Cass. 8 luglio 1996, n. 6205, in *Corr. giur.* 1996, 1007, nt. CARBONE, *I ripensamenti sulla potestas iudicandi degli arbitri nel corso del procedimento arbitrale* e in *Giur. it.* 1997, I, 1, 623, nt. G. RAMPAZZI; Cass. 28 marzo 1991, n. 3361, in *Giur. it.* 1992, I, 1, 552, nt. FADEL; Cass. 18 dicembre 1973, n. 3433, in *Giust. civ.* 1974, I, 1110; Cass. 27 maggio 1961, n. 1261; App. Roma 9 marzo 1992, n. 677, in *Riv. arb.* 1992, 706, nt. R. MARENGO, *Inammissibilità del regolamento di competenza avverso il lodo rituale*. Di diverso avviso era invece Cass. 19 settembre 1980, n. 5316, che aveva affermato, laddove non fosse stata impugnata con regolamento di competenza la sentenza con cui il pretore, dinanzi al quale era stata eccepita l'incompetenza dell'autorità giudiziaria per essere la controversia devoluta alla cognizione arbitrale, avesse dichiarato la propria incompetenza per valore e rimesso le parti dinanzi al tribunale, che questi, dinanzi al quale fosse stata riassunta la causa, non avrebbe potuto dichiarare in favore degli arbitri la propria incompetenza, che sarebbe rimasta incontestabile a norma dell'art. 44 c.p.c., avendo la competenza arbitrale, al pari di quella territoriale, carattere relativo e derogabile.

nenza dell'arbitro e del giudice statale al medesimo ordinamento giuridico, ma altresì il principio *Kompetenz Kompetenz* (e dunque la ritenuta libertà di ogni organo adito di valutare in piena autonomia la sussistenza o meno dei presupposti giuridico-fattuali fondanti la propria competenza)¹⁴³ e, ancor più, la natura di *mero rito* della decisione (arbitrale e giudiziale) avente ad oggetto una convenzione arbitrale, inidonea – secondo la classica impostazione chiovendiana¹⁴⁴ – al giudicato sostanziale e alla produzione di qualsivoglia effetto extraprocessuale (anche perché si riteneva che le questioni oggetto di decisioni di questo tipo non potessero mai ripresentarsi *identiche* in un successivo giudizio¹⁴⁵).

È invece opinione di chi scrive che, anche nel nostro ordinamento (come si è visto accadere in altri ordinamenti), alla decisione, rispettivamente, dell'arbitro e del giudice statale sulla questione della sussistenza o meno di una convenzione arbitrale valida ed efficace o, altrimenti detto, sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, possa essere attribuita, a determinate condizioni, un'efficacia extraprocessuale e vincolante per tutti coloro (arbitri o giudici statali) che, in un momento successivo, debbano pronunciarsi sulla medesima questione. Ed è proprio questa efficacia extraprocessuale e vincolante a rappresentare lo strumento principale di coordinamento preventivo tra due procedure svolgentesi sulla medesima causa in sede, rispettivamente, arbitrale e giudiziale, idoneo a porre fine al parallelismo di procedure e ad evitare una duplice declinatoria, che potrebbe infine tradursi in un diniego di giustizia.

Con questo accorgimento, il sistema delle “vie parallele” verrebbe bilanciato e riequilibrato, consentendo, da un lato, di rispettare la piena autonomia dei due organi coinvolti (l'arbitro e il giudice statale), in ossequio al principio *Kompetenz Kompetenz* e, dall'altro, di garantire una tutela effettiva alle parti, senza esporle a inutili e dispendiose duplicazioni di procedure.

¹⁴³ V., *ex multis*, S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano 1971, 279.

¹⁴⁴ Per G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e competenza*, in *Studi in onore di Carlo Fadda*, 1905, ripubblicato in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma 1930, 416, era altamente improbabile che un giudice, già dichiaratosi incompetente, si dichiarasse competente in un nuovo processo sullo stesso oggetto. E ciò non perché il primo accertamento sulla competenza lo vincolasse *giuridicamente*, ma in virtù della *forza morale* che su di lui aveva la prima opinione espressa. Proprio per questo la legge riteneva poco utile il ritorno reiterato allo stesso giudice già dichiaratosi incompetente e prevedeva (all'art. 115 del codice del 1865) il rimedio della risoluzione del conflitto (mediante regolamento di competenza) da parte dell'autorità superiore (v., per riferimenti, G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, cit., 316; M. ACONE, voce *Regolamento di competenza*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma 1995, 1).

¹⁴⁵ Tesi, questa, sostenuta in particolare da E. ALLORIO, *Critica alla teoria del giudicato implicito*, in *Riv. dir. proc.* 1938, I, 246 ss., specie 254, nt. 3; ID., *Efficacia vincolante della decisione in tema di legitimatio ad processum*, in *Temi* 1960, 59.

6.4. *In particolare: l'assenza, nel sistema delle "vie parallele" delineato dal legislatore del 2006, di meccanismi per impedire i conflitti positivi (e il conseguente parallelismo di procedure) e i conflitti negativi (e il rischio di un diniego di giustizia)*

Prima di illustrare i fondamenti normativi e giuridici che giustificano la conclusione cui siamo pervenuti al termine del paragrafo che precede, e di procedere all'esame, in concreto, delle modalità e tempistiche attraverso cui può essere realizzato, nel nostro ordinamento, il coordinamento preventivo tra le due procedure (temi di cui ci occuperemo nelle Sezioni seconda e terza di questo capitolo), andiamo qui di seguito ad illustrare come, nel sistema delineato dal legislatore del 2006, non sussistano meccanismi *ulteriori*, rispetto a quello da noi prospettato, idonei a determinare un coordinamento preventivo tra due procedure sulla medesima causa svolgentesi in sede, rispettivamente, arbitrale e giudiziale.

In particolare, come si è già avuto modo di accennare in precedenza, non possono integrare meccanismi di coordinamento preventivo dei conflitti di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale efficaci e "affidabili" né le nuove norme sugli effetti delle *condotte omissive* delle parti in sede, rispettivamente, arbitrale e giudiziale (ravvisabili nella mancata contestazione, ad opera delle parti, della *potestas iudicandi* dell'organo adito); né il nuovo istituto, codificato dall'art. 819 *ter*, comma 3 c.p.c., della domanda autonoma di mero accertamento dell'invalidità o inefficacia della convenzione arbitrale; né lo sdoganamento della trasmissione bilaterale della causa tra processo arbitrale e giudizio statale, riconosciuta dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 223 del 2013; né, infine, lo strumento (peculiare) rappresentato dalla *domanda giudiziale condizionata* all'eventuale dichiarazione di incompetenza degli arbitri investiti della stessa causa (di cui è invero controversa non solo l'efficacia, ma financo la stessa ammissibilità nel nostro ordinamento).

Qui di seguito andiamo ad esaminare partitamente le summenzionate fattispecie, illustrando le ragioni delle nostre conclusioni.

6.4.1. *Inidoneità delle condotte omissive delle parti, in sede arbitrale e giudiziale, a fungere da strumento di coordinamento preventivo tra due procedure sulla medesima causa*

Si è discusso, in passato, prima della riforma del 2006, se la mancata proposizione dell'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* dell'organo adito in presenza di una convenzione arbitrale, si trattasse dell'arbitro o del giudice statale, si risolvesse in una mera *preclusione processuale*, rappresentata dall'impossibilità di invocare quella stessa censura in un momento successivo nel corso del giudizio (o, invocando quella medesima censura, di impugnare, in un secondo momento, la de-

cisione), senza ricadute sul piano “sostanziale”, i.e. sulla esistenza, validità ed efficacia del patto arbitrale (lasciando dunque impregiudicata, ad esempio, la facoltà, per entrambe le parti, di instaurare *successivamente* un procedimento arbitrale *sulla base dell'originario patto compromissorio* non invocato dinanzi al giudice statale). Oppure se detta condotta omissiva, conseguenza della mancata o intempestiva proposizione della relativa eccezione (ma anche, sebbene tale ulteriore profilo fosse maggiormente controverso, dell'omessa partecipazione *tout court* della parte al procedimento¹⁴⁶), fosse idonea a trascendere i confini del processo, andando ad incidere sul piano sostanziale *direttamente sulla convenzione arbitrale*, nell'un caso (omessa contestazione della *potestas iudicandi* dell'arbitro), determinandone una sorta di *stipula* o *validazione tacita* (o la formazione di un compromesso tacito sulle questioni in esso originariamente non ricomprese che fossero però state oggetto di una domanda esorbitante¹⁴⁷) e, nell'altro caso (omessa invocazione della convenzione arbitrale dinanzi al giudice statale), determinandone una sorta di *risoluzione tacita* o *estinzione*.

La questione, non poco problematica e controversa, aveva (ed ha) evidenti ricadute sulla tematica oggetto del nostro studio, in quanto un'eventuale efficacia “esterna” delle summenzionate fattispecie non potrebbe che ripercuotersi sul giu-

¹⁴⁶ Si ricorda, *en passant*, che, nell'ambito di un giudizio arbitrale, non si dà il fenomeno della contumacia (non essendo previsto il requisito della costituzione delle parti). Una volta che le parti abbiano proposto o ricevuto la domanda di arbitrato, indipendentemente dall'aver o meno contribuito alla costituzione del collegio arbitrale (supplisce a questo fine, comunque, l'art. 810 c.p.c.), esse sono assoggettate alle regole ed agli effetti del procedimento, e l'unica distinzione che si può fare (così S. LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., 89) è tra *parte presente e attiva*, e *parte assente e inattiva*. È “attiva” quella che invia alla sede della procedura i propri atti, istanze e memorie; è “assente” chi omette di fare tutto questo. Sulla non configurabilità della contumacia in arbitrato, v. Cass. 11 luglio 1992, n. 8469, in *Giur. it.* 1994, I, 1, 1414; Cass. 19 gennaio 1984, n. 465, in *Dir. mar.* 1985, 302 ss., nt. S. LA CHINA, *Perché nell'arbitrato non si ha contumacia?*

¹⁴⁷ In tal senso E. REDENTI, voce *Compromesso*, in *Novissimo Dig. It.*, cit., 801. Di recente la tesi è stata sostenuta da L. SALVANESCHI, *Sub art. 817*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 566; F.P. LUISO, *Diritto processuale*, cit., 2009, 389; E. D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli artt. 817, comma 2, ed 829, n. 1, c.p.c. (nota a CGE, 26 ottobre 2006, C-168/05)*, in *Riv. arb.* 2006, 690 ss., secondo la quale se la ragione per cui il lodo produce in capo alle parti i medesimi effetti della sentenza è ravvisabile nella sussistenza di un valido patto compromissorio, non si comprenderebbe come una semplice preclusione processuale possa produrre effetti analoghi in assenza di tale presupposto. Secondo l'A., il comportamento della parte che, convenuta in arbitrato, ometta di formulare l'eccezione d'incompetenza dovrebbe invece valere come surrogato della forma scritta prevista per la conclusione della convenzione arbitrale ancora mancante o come convalida del precedente negozio arbitrale invalido; nel primo caso l'art. 817 c.p.c. verrebbe a porsi come norma che eccezionalmente consente la conclusione di un contratto tramite comportamento concludente, mentre nel secondo caso la norma varrebbe quale convalida di un negozio nullo ai sensi dell'art. 1423 c.c.

dizio contestualmente pendente nell'altra sede, facendo venir meno la *potestas iudicandi* dell'altro organo e finendo così per operare (seppur indirettamente e, per così dire, non intenzionalmente) – mediante l'imposizione di una chiusura in rito in quell'altro giudizio –, quale strumento di coordinamento tra procedure, *preventivo* rispetto alla necessità di attendere la pronuncia di una decisione di merito e la sua eventuale spendita nell'altro giudizio¹⁴⁸.

Non sono mancate, in passato, posizioni in linea di principio favorevoli alla tesi delle ricadute “sostanziali” della mancata o intempestiva proposizione dell'*exceptio compromissi*¹⁴⁹, sino al punto di prospettare – per il caso di pronuncia

¹⁴⁸ Va precisato che il riferimento non è qui al caso della *preventiva rinuncia implicita* alla facoltà di sollevare l'eccezione di compromesso, o al *successivo abbandono tacito* dell'eccezione sollevata in precedenza, su cui non vi erano mai stati (né vi sono tutt'ora) dubbi, anche se la giurisprudenza ha chiarito che una tale rinuncia deve potersi desumere da atti certi ed univoci, tali cioè da rilevare in modo inequivocabile la volontà della parte di desistere dall'eccezione stessa, tra cui rientrano, appunto, la mancata (o tardiva) proposizione dell'eccezione e lo spontaneo ricorso della parte al giudice ordinario, inconciliabile, secondo la giurisprudenza, con la volontà di avvalersi del patto compromissorio. V. Cass. 19 giugno 1962, n. 1575; Cass. 19 maggio 1962, n. 1157; Cass. 18 ottobre 1961, n. 2202; Cass. 27 giugno 1961, n. 1547, in *Giust. civ.* 1961, I, 1095 e in *Foro it.* 1961; I, 1306; Cass. 9 dicembre 1958, n. 3860. Come ulteriore esempio di rinuncia all'*eccezione* di arbitrato, si menziona anche il caso della parte, convenuta dinanzi al giudice ordinario, che svolga le sue difese, proponendo, ad esempio, domanda riconvenzionale: così Cass. 16 dicembre 1992, n. 13317; Cass. 29 gennaio 1993, n. 1142, in *Foro it.* 1993, I, 1091. Secondo S. IZZO, *Appunti sull'eccezione di compromesso*, cit., 454, peraltro, la tendenza della giurisprudenza, nel previgente sistema, era quella di richiedere un comportamento *ulteriore e attivo* del convenuto il quale, oltre a non sollevare l'eccezione, avrebbe dovuto proporre domanda riconvenzionale (in questo senso, *ex multis*, v. Cass. 16 dicembre 1992 n. 13317, in *Riv. arb.* 1993, 629; Cass. 30 maggio 2007, n. 12736, in *Foro it.* 2007, *Arbitrato* n. 132). La stessa autrice nota, peraltro, come non mancassero pronunce nel senso che la domanda riconvenzionale dell'eccezione di compromesso in arbitri della causa fosse da ritenere proposta necessariamente *in via subordinata al mancato accoglimento dell'eccezione*, che, se accolta, avrebbe precluso la cognizione sia della domanda attorea che di quella riconvenzionale.

¹⁴⁹ Nel senso che la mancata proposizione dell'eccezione di incompetenza comportasse una tacita integrazione dell'accordo compromissorio, v. V. ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.*, IV, Napoli 1964, 848; C. PUNZI, voce *Arbitrato, I Arbitrato rituale e irrituale*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma 1995, 28; T. CARNACINI, *Arbitrato rituale*, cit., 889; L. BIAMONTI (voce *Arbitrato*, cit., 926), per il quale: “(...) le parti possono estendere o restringere la portata del compromesso anche successivamente alla sua stipulazione, mediante il deferimento agli arbitri di questioni non comprese inizialmente nella cognizione arbitrale, con la rinuncia a sollevare nel corso del procedimento l'eccezione di incompetenza (art. 817 c.p.c.)”; M. BOVE, *Impugnazione per nullità del lodo*, cit., 536, secondo cui: “(...) in tale ipotesi evidentemente si esclude l'impugnabilità del lodo proprio perché si ritiene che il comportamento delle parti abbia determinato il perfezionamento successivo (si potrebbe dire in corsa) di un patto compromissorio”. G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 231, distingueva l'ipotesi in cui, di fronte alla parte che presentava delle conclusioni inerenti ad un oggetto non rientrante nei limiti del compromesso, l'altra accettasse espressamente il contraddittorio sulle nuove domande, difendendosi in relazione alle proposte conclusioni, dall'ipotesi in cui l'altra parte semplicemente non sollevasse

nel merito da parte degli arbitri, il fondamento del cui potere s'era asseritamente estinto proprio per la mancata invocazione del patto arbitrale dinanzi al giudice statale – la fattispecie di un *lodo emanato in carenza di patto compromissorio*, ritenuta più grave di quella di un *lodo pronunciato sulla base di un compromesso nullo, ma esistente*, tanto da ricollegarvi la – parimenti più grave – sanzione dell'*inesistenza giuridica*¹⁵⁰, censurabile (a differenza della nullità, per cui era previsto il rimedio dell'impugnazione ex art. 829, comma 1, n. 1, c.p.c.), *in ogni tempo e in ogni sede*: “(...) *ad esempio anche innanzi al giudice presso il quale è stata sollevata la eccezione compromissoria o l'eccezione di giudicato arbitrale, oppure in una autonoma azione di accertamento negativo o, infine, in sede di opposizione all'esecuzione avviata sulla base di un titolo costituito dal lodo*”¹⁵¹.

l'eccezione, non esprimendo alcuna volontà (contraria o favorevole). Nella prima non vi erano dubbi, secondo l'autore, che si avesse ampliamento della sfera di applicazione del patto compromissorio; nella seconda, invece, sarebbe stata la legge ad ampliare l'oggetto del contratto compromissorio: “(...) *perché la preclusione dell'art. 817 c.p.c. si applica anche se non fosse stato nelle intenzioni delle parti ampliare l'oggetto del compromesso*”. Secondo C. VELLANI, N. IRTI (a cura di), *Dizionario dell'arbitrato*, Torino 1997, 292 ss., tuttavia: “(...) *non sembra corretto affermare che è la legge ad ampliare il petitum, in quanto è pur sempre necessaria, a tal fine, la volontà espressa di almeno una parte. Non sembra neanche sostenibile, a tal proposito, che la legge semplicemente presupponga tale volontà di ampliare il petitum, ritenendola un mero fatto, poiché anche, e forse soprattutto, il contenuto negoziale dell'ampliamento assume rilevanza decisiva, in quanto è solo dall'esame di esso che può accertarsi se e quali siano le nuove domande proposte. È vero invece, per converso, che anche un contegno necessariamente negativo, come quello osservato dalla parte che non eccepisce l'incompetenza, viene ad assumere rilevanza giuridica quale manifestazione di volontà*”.

¹⁵⁰ V., nel senso che la carenza di *potestas iudicandi* degli arbitri desse luogo ad una sorta di nullità – inesistenza del lodo, deducibile per la prima volta in sede di impugnazione e, per taluni, *rilevabile anche d'ufficio* in ogni stato e grado del processo, Cass. 1981, n. 5942; Cass. S.U. 1982, n. 4317, in *Giur. it.* 1983, I, 1, 761; Cass. S.U. 1982 n. 4934, in *Giur. it.* 1983, I, 1, 755. Il principio secondo cui il lodo, nell'ipotesi considerata, integrasse la fattispecie di *inesistenza giuridica*, alla pari di un lodo emesso da persona (non investita irrivalentemente, ma) addirittura non investita affatto dell'incarico di arbitro, o di un lodo emesso oralmente o mancante di sottoscrizione, era sostenuto anche da G. TARZIA, *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova 1995, 162; F.P. LUISO, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv. arb.* 1995, 13 ss.; C. PUNZI, voce *Arbitrato*, in *Enc. giur.*, II, Roma 1988, 29.

¹⁵¹ Sul regime applicabile al vizio di *inesistenza* del lodo, v., in senso conforme alle opzioni riferite nel testo, Cass. 25 settembre 1964, n. 2333, in *Foro it.* 1964, I, 1926; Cass. 28 febbraio 1964, n. 458, in *Foro it.* 1964, I, 1293; Cass. 22 aprile 1963, n. 1026, in *Giust. civ.* 1963, I, 1560. La giurisprudenza era divisa su cosa accadesse se, avverso un lodo da qualificarsi come *inesistente*, venisse esperita l'impugnazione per nullità. Una parte sosteneva che l'impugnazione fosse ammissibile, ma condusesse ad una sentenza di annullamento con contestuale rinvio al giudice di primo grado (così Cass. 6 gennaio 1983, n. 66; Cass. 18 gennaio 1984, n. 404; Cass. 9 febbraio 1984, n. 980; Cass. 18 dicembre 1973, n. 3433, in *Giust. civ.* 1974, I, 1110; Cass. 24 febbraio 1950, n. 436, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1950, I, 432; App. Milano 16 gennaio 1970 in *Foro pad.* 1971, I, 648); un altro filone

Una tale ricostruzione era idonea a determinare un esito diverso rispetto a quello tradizionalmente associato al sistema delle “vie parallele”, nella misura in cui finiva per condurre non tanto ad un conflitto tra due giudicati *ugualmente validi ed efficaci*, da risolvere secondo i principi applicabili ad un *ordinario* conflitto fra giudicati giudiziali, ma all'*inevitabile prevalenza del giudicato statale, unico valido ed efficace*, a fronte di un giudicato arbitrale *ab origine* invalido e dunque annullabile¹⁵², ove non addirittura, appunto, giuridicamente inesistente (*tamquam non esset*).

Già *sub Julio*, tuttavia, non erano poche le perplessità che circondavano queste ricostruzioni, tanto da indurre la maggioranza di dottrina e giurisprudenza a sposare la tesi degli effetti solo endo-processuali delle condotte omissive delle parti quanto all'onere di proposizione dell'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* dell'organo adito in presenza di una convenzione arbitrale, in sede, rispettivamente, arbitrale e giudiziale, senza alcuna ripercussione sulle vicende dell'altro giudizio e senza alcun risvolto sul piano sostanziale, ossia dell'esistenza, validità o efficacia della convenzione arbitrale¹⁵³.

Molte delle ragioni addotte per supportare questa conclusione possono essere senz'altro richiamate anche in relazione all'attuale contesto normativo, che alla tesi degli effetti solo endo-processuali della mancata contestazione offre più di un appiglio normativo.

Andiamo ad esaminare le risposte ai suddetti quesiti fornite dal legislatore della riforma del 2006, alla luce di una loro interpretazione sistematica, concentrando dapprima sul giudizio arbitrale e, dipoi, su quello giudiziale.

6.4.1.1. *L'art. 817, commi 2 e 3 c.p.c. e l'efficacia meramente endoprocessuale delle condotte omissive delle parti, nell'ambito del giudizio arbitrale, quanto alla determinazione della potestas iudicandi dell'arbitro*

Il comma 2 dell'art. 817 c.p.c. recita: “*La parte che non eccepisce nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri l'incompetenza di questi per inesistenza,*

escludeva qualsiasi rinvio (Cass. 6 gennaio 1983, n. 66; Cass. 27 luglio 1982, n. 4317; Cass. 27 ottobre 1977, n. 4618; Cass. 16 ottobre 1975, n. 3354). Per la dottrina prevalente, una tale impugnazione doveva concludersi con una pronuncia in rito di *inammissibilità per inesistenza dell'oggetto* (così G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 619; C. CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 213 e 436; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano rist. 1979).

¹⁵² Secondo il principio enunciato da Cass. 25 gennaio 1995, n. 874.

¹⁵³ Per la tesi degli effetti solo endo-processuali dell'omessa proposizione dell'eccezione, nel vigore del precedente contesto normativo, v. T. CARNACINI, *Arbitrato rituale*, in *Ns Dig. it.*, I, 2, Torino 1958, 899; C. PUNZI, *Disegno sistematico* 1^a ed., cit., I, 542; G. RUFFINI, *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, in *Studi Montesano*, I, Padova 1997, 682; R. MARENGO, in A. BRIGUGLIO, E. FAZZALARI, R. MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 134. V., anche, Cass. 14 febbraio 1979, n. 965, in *Rep. Foro it.* 1979, voce *Arbitrato e compromesso*, 85 e Cass. 24 marzo 1962, n. 600, in *Giur. it.* 1963, I, 1, 496.

invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato, non può per questo motivo impugnare il lodo, salvo il caso di controversia non arbitrabile".

La norma, in relazione alla contestazione – riservata alla parte – dei vizi del patto arbitrale ivi espressamente indicati (inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione)¹⁵⁴, prevede un termine preclusivo apparentemente diverso e più stringente (*entro la prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri*¹⁵⁵) rispetto a quello contemplato per altri tipi di vizi comunque attinenti, *lato sensu*, alla *potestas iudicandi* degli arbitri, quali, da un lato, l'irregolare costituzione del tribunale (la cui censura va proposta, secondo l'art. 829, comma 1, n. 2 c.p.c., *nel giudizio arbitrale*) – espressione che rimanda alle contestazioni che attengono ad asserite violazioni delle forme stabilite per la nomina degli arbitri nel patto compromissorio (oppure nei regolamenti arbitrali o, in mancanza, nelle norme codicistiche); alla mancanza, negli stessi arbitri, delle qualità richiesta dalle parti; all'inosservanza della disciplina legale dettata in tema di sostituzione degli arbitri e così via¹⁵⁶ –; dall'altro, l'esorbitanza delle conclusioni di una delle parti dall'ambito oggettivo del patto arbitrale (che va rilevata *nel corso dell'arbitrato*).

La norma, che trova riscontro in molte legislazioni arbitrali straniere, estende al caso dell'inesistenza, invalidità ed inefficacia del patto arbitrale una regola pre-

¹⁵⁴ Contrariamente all'eccezione d'incompetenza formulata nel processo ordinario, in relazione alla quale l'art. 38, 1° comma, c.p.c. pone a carico della parte che la sollevi l'onere di indicare il giudice che essa ritiene competente, l'art. 817 c.p.c. non contiene una prescrizione analoga; pertanto, la parte convenuta in arbitrato dovrebbe potersi limitarsi a contestare la competenza arbitrale senza dover specificare il giudice dinanzi al quale, a suo avviso, dovrebbe essere incardinata la controversia. In un contesto, quale quello vigente prima della riforma e prima della sentenza n. 223 del 19 luglio 2013, nel quale si escludeva che la pronuncia declinatoria spiegasse effetti al di fuori del procedimento in cui era stata resa, l'individuazione del giudice competente a conoscere la controversia costituiva un problema ulteriore e successivo, che sarebbe stato affrontato solo una volta che la causa fosse stata sottoposta alla cognizione del giudice ordinario. V. A. LEVONI, voce *Competenza nel diritto processuale civile*, in *Dig. Civ.*, III, Torino, 1988, 135, 75.

¹⁵⁵ Si supera così l'orientamento giurisprudenziale formatosi prima della riforma, secondo cui il difetto di potere decisorio degli arbitri poteva essere eccepito lungo tutto il corso del procedimento arbitrale. V., in tal senso, Cass. 26 gennaio 2001, n. 1086, in *Giust. civ.* 2001, I, 2422; Cass. 25 agosto 1998, n. 8410, in *Riv. arb.* 455, nt. M.C. GIORGETTI, *Il difetto di potestas iudicandi degli arbitri rituali*: Cass. 14 settembre 1991, n. 9604, in *Riv. arb.* 1992, 261, nt. ROSI, *Ancora sulla validità della clausola compromissoria contenuta nello statuto di società cooperativa*.

¹⁵⁶ V. Cass. 8 marzo 2001, n. 3389; Cass. 4 giugno 1992, n. 6866; Cass. 26 settembre 1997, n. 9453; Cass. 2 dicembre 2005, n. 26257; Cass. 29 novembre 1999, n. 13306. Sul tema v. anche A. BLANDINI, *La clausola compromissoria nell'arbitrato societario: sul vincolo della designazione degli arbitri a cura di soggetto estraneo*, in *Riv. dir. comm.* 2007, I, 585 ss.; E. OCCHIPINTI, *L'oggetto della clausola compromissoria e la nomina dell'organo giudicante nell'arbitrato societario*, nt. a *Arb.* Unico, 17 settembre 2004 (Lucca), in *Riv. arb.* 2005, 597 ss.; E. BERGAMINI, *Ricusaione giudiziale e ricusazione amministrata dell'arbitro*, in *Riv. arb.* 2010, 251 ss.

clusiva già codificata in passato ma solo con riferimento *al solo caso dell'inosservanza dei limiti dell'accordo compromissorio*¹⁵⁷, rispetto al quale, peraltro, la formulazione dell'eccezione era consentita, sempre solo su istanza di parte¹⁵⁸, durante tutto il corso del giudizio arbitrale e altresì, per la prima volta, in sede di impugnazione per nullità del lodo¹⁵⁹.

Al regime delle preclusioni si sottraggono le eccezioni di *non arbitrabilità della lite* per indisponibilità del diritto controverso¹⁶⁰ (rilevabili, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del procedimento arbitrale, ma anche, eventualmente, per la prima volta in sede di impugnazione di nullità del lodo da parte del giudice statale; anzi, per taluno, vista la gravità del vizio, il lodo che abbia pronunciato su controversia non arbitrabile sarebbe addirittura *inesistente*, contestabile senza limiti di tempo in ragione della non operatività, in tal caso, del principio della conversione delle nullità in motivi di gravame¹⁶¹) e, per taluni, le ipotesi in cui la parte interessata ad eccepire la carenza di *potestas iudicandi* degli arbitri (per invalidità o inefficacia della convenzione, o per l'esorbitanza dei *petita* avversari dal patto compromissorio) non prenda parte al giudizio arbitrale¹⁶².

¹⁵⁷ V. Cass. 22 gennaio 1999, n. 565; Cass. 7 agosto 1993, n. 8563.

¹⁵⁸ Non mancavano, tuttavia, voci favorevoli al *rilevato officioso* dell'invalidità della convenzione arbitrale, ad esempio, come V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, 3^a ed., Napoli 1964, 791, con riferimento al caso della clausola compromissoria conclusa da un incapace. In giurisprudenza afferma la rilevanza officiosa della nullità della clausola compromissoria Cass. 3 giugno 2004, n. 10561.

¹⁵⁹ V., per riferimenti, C. RASIA, *Il conflitto transazionale tra giurisdizione ordinaria e arbitrato sulla medesima lite. Spunti su un principio di «lis alibi pendens» nell'arbitrato internazionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2004, 1074.

¹⁶⁰ Alla categoria della non arbitrabilità della disputa dovrebbero potersi ricondurre tutti quei casi di *sopravvenienza di una norma imperativa*, che incide sull'oggetto della clausola, rendendo non più arbitrabile una controversia prima arbitrabile (divieto sopravvenuto di arbitrato). In tal caso, non viene mutato il carattere disponibile del diritto, ma viene posto un espresso divieto di procedere con l'arbitrato. V. App. Napoli 10 gennaio 2006, n. 41, in *Corr. giur.* 2007, 86 ss., nt. B. CAPPONI, *Il divieto di arbitrato in tema di controversie relative ad opere pubbliche comprese nei programmi di ricostruzione di territori colpiti da calamità naturali tra potestas iudicandi degli arbitri e perpetuatio jurisdictionis*, in *Riv. arb.* 2007, 45 ss., nt. S. IZZO, *Di sopravvenuta incomprimibilità, sopravvenuta compromettibilità e ancora una volta sopravvenuta incompromettibilità*.

¹⁶¹ Così S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano 1971, 200 ss.; R. VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano 1971, 686 ss.; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 609 ss.; C. CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino 1991, 209 ss.; F.P. LUISO, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv. arb.* 1995, 15 ss.

¹⁶² Tale ultimo profilo, tuttavia, è non poco dibattuto. Secondo un primo orientamento, in gran parte riconducibile a coloro per cui l'omessa formulazione dell'eccezione d'incompetenza degli arbitri integrerebbe una manifestazione di volontà tacita, cui conseguirebbe non una semplice

La stringatezza e lacunosità della formulazione dell'attuale comma 2 dell'art. 817 c.p.c., in uno con il suo non agevole coordinamento sistematico con le altre disposizioni della medesima norma (i commi primo e terzo), danno adito a più di un problema interpretativo.

Per cominciare, stando al dettato testuale di cui al comma 2, l'oggetto delle

preclusione processuale, ma la conclusione di un patto compromissorio *per facta concludentia*, l'assenza della parte dal giudizio impedirebbe il compiersi del meccanismo preclusivo (con ricadute sostanziali) previsto dall'art. 817 c.p.c. Opinando diversamente, si costringerebbero le parti a farsi carico di tutti gli oneri connessi alla partecipazione ad un procedimento arbitrale anche laddove gli arbitri fossero del tutto carenti di *potestas iudicandi*, come nel caso d'inesistenza della convenzione arbitrale. Tale conclusione sarebbe supportata dal fatto che, nel regolare l'impugnazione del lodo per nullità, l'art. 829, comma 1, n. 1 c.p.c. richiama il comma 3 dell'art. 817 c.p.c. che riguarda una fattispecie diversa dall'invalidità della convenzione arbitrale. In tal senso v. F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.* 2005, 779; G. RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 291; E. D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli artt. 817, comma 2, ed 829, n. 1, c.p.c.*, in *Riv. arb.* 2006, 693. Aderendo a tale ricostruzione, dovrebbe concludersi che la parte convenuta in arbitrato possa decidere di non partecipare al procedimento e di attenderne l'esito, senza che ciò le precluda la possibilità di impugnare successivamente il lodo facendo valere l'incompetenza arbitrale. Su posizioni in parte diverse v. L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 565 ss., 571, 601, secondo la quale, benché la partecipazione della parte al procedimento, esplicandosi nel deposito di atti scritti, nella nomina del proprio arbitro e nella mancata formulazione dell'eccezione d'incompetenza determini la conclusione di un patto compromissorio *per facta concludentia* limitatamente alla controversia dedotta in giudizio, la mancata partecipazione al procedimento determinerebbe, nondimeno, una preclusione processuale, precludendo alla parte la possibilità di impugnare il lodo. Secondo un diverso orientamento, in parte riconducibile a coloro che al contegno omissivo delle parti ricollegano unicamente effetti endo-processuali (mera impossibilità di impugnare il lodo), senza ricadute sul patto arbitrale, non si dovrebbe fare distinzione alcuna tra la partecipazione o meno della parte al giudizio arbitrale. Ciò perché, da un punto di vista testuale, nell'attuale formulazione dell'art. 817 c.p.c. non sarebbe ravvisabile alcun indizio che induca a leggere la norma come riferibile esclusivamente alla parte "costituita". Inoltre, sarebbe l'ordinamento a imporre al convenuto l'onere di partecipare al giudizio al fine di far valere le eccezioni che siano rimesse alla sua esclusiva disponibilità. D'altra parte, l'eccezione con cui si voglia fare valere di fronte al giudice dello stato l'esistenza di un patto arbitrale si preclude, ai sensi di art. 819 *ter*, comma 1 c.p.c., decorso il termine per il deposito della comparsa di risposta, a prescindere dal fatto che il convenuto sia o meno contumace; sicché, non si capirebbe perché due situazioni analoghe debbano essere trattate diversamente. V., in tal senso, M. BOVE, *Giustizia privata*, 4^a ed., Milano 2018, 71 ss.; ID., *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.* 2007, 365. Secondo chi scrive, questo secondo approccio appare più convincente. Oltre alle ragioni poc'anzi illustrate, va infatti rilevato che, impedendosi il maturarsi della preclusione processuale nel caso in cui il convenuto sia 'contumace', si avrebbe l'effetto di impedire che la questione possa essere tratta dinanzi agli arbitri, senza che ciò tuttavia implichi alcuna sanatoria, con la conseguenza che gli arbitri potrebbero trovarsi costretti (in quanto impossibilitati a rilevare il vizio d'ufficio) a pronunciare un lodo *che essi sanno benissimo essere invalido* per carenza di un valido patto arbitrale, e quindi suscettibile di essere travolto in sede di giudizio di nullità.

contestazioni cui si riferisce la preclusione prevista dalla norma è limitato *all'inesistenza, invalidità o inefficacia* del patto arbitrale¹⁶³, senza necessariamente estendersi al *contenuto* o all'*ampiezza* del patto, oppure alla *regolare costituzione* degli arbitri, profili menzionati – pur se assieme al vizio dell'invalidità della convenzione arbitrale – dal comma 1 per delimitare il perimetro di operatività del principio *Kompetenz Kompetenz*.

In linea di principio, non dovrebbero esserci soverchi ostacoli a ritenere che il trattamento di tali profili, sotto il profilo del termine preclusivo applicabile, possa essere *equivalente* a quello riservato alle eccezioni di inesistenza, invalidità ed inefficacia della convenzione arbitrale. Infatti, da un lato, la *ratio* ispiratrice della norma di cui al comma 2 va ravvisata non solo nell'intento di assicurare che le questioni di rito, prodromiche alla decisione sul merito della causa (cui sono senz'altro riconducibili le contestazioni attinenti alla competenza dell'arbitro), siano decise il prima possibile, e comunque in una fase preliminare del procedimento, ma anche nell'esigenza di impedire che il procedimento arbitrale rimanga esposto per tutta la sua durata a condotte strumentali e dilatorie della parte che, temendo, alla luce dello stadio avanzato della procedura, un esito a sé sfavorevole, intenda paralizzare o vanificare tutta l'attività di trattazione ed istruttoria pregressa. Dall'altro lato, le eccezioni di cui ai commi 1 e 2 della norma, pur nel loro diverso atteggiarsi (esistenza, validità, contenuto, efficacia, ampiezza del patto compromissorio e regolare costituzione degli arbitri) mirano in definitiva tutte all'identico fine di provocare una chiusura in rito del giudizio arbitrale per carenza della *potestas iudicandi* in capo agli arbitri, precludendo loro una decisione sul merito.

Ciò detto, si deve tuttavia tenere conto di quanto dispone l'art. 829 c.p.c. in tema di impugnazione per nullità del lodo arbitrale e, in particolare, il suo comma 1, n. 2, che, con specifico riferimento all'ipotesi in cui gli arbitri non siano stati nominati con le forme e nei modi prescritti nei capi II e VI del titolo VIII, statuisce che la nullità debba essere stata *dedotta nel giudizio arbitrale*. A sua volta, in virtù del combinato disposto degli artt. 817, comma 3 e 829, comma 1, n. 4 c.p.c., l'esorbitanza della pronuncia arbitrale dai limiti della convenzione arbitrale può essere rilevata *“nel corso del procedimento arbitrale”*. V'è poi una norma di chiusura, l'art. 829, comma 2 c.p.c., per la quale non può impugnare il lodo la parte che non abbia eccepito *nella prima istanza o difesa successiva* la violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale.

Si tratta allora di capire se la sostanziale affinità, sotto il profilo logico e funzionale, di tutte queste contestazioni, nella misura in cui mirano all'identico risultato

¹⁶³ I requisiti di esistenza e validità del patto compromissorio sono contenuti in parte nella disciplina speciale contenuta negli artt. 807 e 808 c.p.c., in parte nella disciplina generale dei contratti: v. L. SALVANESCHI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 883 ss.

di paralizzare, temporaneamente o definitivamente, la procedibilità della procedura arbitrale per vizi attinenti alla *potestas iudicandi* dell'organo adito¹⁶⁴, determini un trattamento *necessariamente uniforme od omogeneo* per quanto riguarda il termine preclusivo per il rispettivo rilievo (che risulta in ogni caso incompatibile con la possibilità di sollevare il vizio per la prima volta in sede di impugnazione), estendendo *anche* a quelle attinenti al contenuto e all'ampiezza del patto, nonché all'irregolare costituzione del tribunale arbitrale o all'esorbitanza dai limiti della convenzione arbitrale, i termini *più specifici* previsti, rispettivamente, per le censure di inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione arbitrale (i.e. *la prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri*)¹⁶⁵ o per quelle concernenti la violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale (i.e. *la prima istanza o difesa successiva alla violazione*) –, con la conseguente integrazione del termine generico “*nel corso dell'arbitrato*” previsto per quelle fattispecie –. Oppure se ci si debba attenere a quanto – di fatto espressamente e distintamente – previsto dal legislatore per le diverse ipotesi e, dunque, nei casi *de quibus*, ai termini più flessibili che rimandano all'espressione “*nel corso dell'arbitrato*”.

La nostra preferenza è senz'altro in favore di questa seconda soluzione, da un lato, in ragione del principio *ubi lex voluit, dixit*; dall'altro, in base al criterio della *prevalenza della regola speciale* rispetto a quella generale.

Invero, per quanto attiene ai vizi attinenti alla costituzione del tribunale, mentre l'art. 829, comma 2 c.p.c., che individua come termine preclusivo “la prima istanza o difesa successiva”, non prende *specificamente* in considerazione detti vizi – che pur potrebbero, in linea di principio, essere ascritti alla categoria della violazione di regole *lato sensu* disciplinanti lo svolgimento dell'arbitrato –, limitandosi, appunto, più genericamente a riferirsi alla violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale, gli artt. 829, comma 1 n. 2 e 817, comma 1 li menzionano *espressamente e specificamente* in relazione ad un termine preclusivo *diverso*, individuabile nella deducibilità della nullità *nel giudizio arbitrale* (così secondo la prima disposizione, che richiama quella analoga contenuta nella seconda disposizione – dove appunto si parla di “*nel corso dell'arbitrato*” –;

¹⁶⁴ Invero, la contestazione dell'esorbitanza delle conclusioni dai limiti della convenzione arbitrale, non differisce molto, da un punto di vista logico, dall'ipotesi dell'inesistenza parziale della convenzione d'arbitrato, posto che eccepire l'esorbitanza delle conclusioni rispetto ad essa significa affermare che, rispetto a tali questioni, quest'ultima è inesistente. V., in proposito, P.L. NELA, *L'inesistenza della convenzione arbitrale rituale dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2008, 981 ss.

¹⁶⁵ Come esplicitato nella Relazione illustrativa del decreto legislativo, tale previsione risponde al “principio di lealtà processuale”, nonché al “principio di autoreponsabilità”. Essa consente, quindi, alla parte convenuta di attivarsi non immediatamente nell'atto di nomina del proprio arbitro, ma entro il primo termine successivo alla costituzione del collegio giudicante; v. M. BOVE, *Ancora sui rapporti*, cit., 364.

il comma 2 dell'art. 817 c.p.c., invece, che contiene un termine preclusivo più stringente – “prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri” –, non fa alcun riferimento ai vizi attinenti alla costituzione del tribunale, ma solo a quelli attinenti ad altri tipi di vizi – inesistenza, invalidità e inefficacia –).

Mutatis mutandis il medesimo discorso può farsi per il vizio di esorbitanza delle conclusioni delle parti dai limiti della convenzione arbitrale – solo astrattamente (e forzatamente) riconducibile a quello di violazione di regole disciplinanti lo svolgimento dell'arbitrato –, per il quale il legislatore ha *espressamente* previsto un termine di deducibilità *meno stringente* (“nel corso del procedimento arbitrale”) rispetto a quelli più rigidi, rispettivamente, *della prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri* e *della prima istanza o difesa successiva (alla constatata violazione)* ricollegabili, ora, a censure *diverse* (inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato), ora a censure *più generiche* (la violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale) rispetto a quella di esorbitanza.

Invero, nel contesto anteriore alla riforma del 2006, la previsione del termine preclusivo associato a quest'ultima fattispecie era uno dei corollari della *mancaanza di termini* entro cui le parti dovevano far valere i profili d'incompetenza degli arbitri¹⁶⁶. Il mero fatto che il legislatore, in relazione ad una serie di ipotesi diverse dall'esorbitanza delle conclusioni, abbia introdotto termini decadenziali più stringenti (quelli di cui ai già citati artt. 817, comma 2 e 829, comma 2 c.p.c.), non implica che questi debbano essere applicati, come sostenuto da taluno, alla fattispecie dell'esorbitanza, onde integrare il relativo ampio termine preclusivo (sicché l'eccezione d'incompetenza dovrebbe essere formulata, a pena di decadenza, nella prima difesa successiva alla proposizione della domanda esorbitante), dato che è proprio il tenore letterale del comma 3 dell'art. 817 c.p.c. a consentire la formulazione dell'eccezione di esorbitanza *indipendentemente dal momento in cui sia stata proposta la domanda o conclusione esorbitante*¹⁶⁷. In ogni caso, il rilievo tardivo dell'eccezione di esorbitanza (anche sino all'ultima udienza dinanzi al collegio arbitrale o sino allo scambio delle difese finali¹⁶⁸) verrebbe adeguatamente riequilibrato dalla necessità di rispettare, sempre e comunque, il principio del contraddittorio¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Cass. 7 agosto 1993, n. 8563.

¹⁶⁷ Come rileva C. PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2012, 547, alla norma, in quanto dedicata a un'ipotesi speciale d'incompetenza, deve riconoscersi una portata derogativa della previsione contenuta nell'art. 829 c.p.c.

¹⁶⁸ S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 215. ss.

¹⁶⁹ Ma v. quell'orientamento secondo il quale lo svolgimento di difese nel merito, rispetto alla domanda esorbitante, integrerebbe un comportamento incompatibile con la volontà di avvalersi

Infine, come, nel caso specifico della irregolare costituzione del tribunale, è ben possibile che i vizi (comunque meno gravi di quelli di inesistenza, invalidità o inefficacia dell'accordo compromissorio, nella misura in cui incidono non già sull'*an* della scelta arbitrale delle parti, ma unicamente sull'investitura dello specifico collegio) emergano *ben dopo la prima difesa successiva* all'accettazione degli arbitri, così, nel caso del contenuto e dell'ampiezza della convenzione arbitrale, il progressivo e non simultaneo cristallizzarsi del *thema decidendum*, in dipendenza dell'imprevedibile articolarsi degli snodi della procedura in virtù degli accordi delle parti e delle decisioni del tribunale¹⁷⁰, potrebbero far emergere *solo nel corso (ma anche alla fine) del giudizio* quesiti o perplessità rispetto alla sussistenza della *potestas iudicandi* dell'arbitro¹⁷¹.

La natura di eccezione *in senso stretto* della contestazione di esorbitanza ha come conseguenza non solo il fatto che la parte interessata, che abbia ommesso di sollevare tale eccezione, non possa, per quel motivo, impugnare il lodo, ma anche, secondo alcuni¹⁷², l'emersione di un obbligo degli arbitri di pronunciare su tali conclusioni, non potendo essi rilevarne d'ufficio l'esorbitanza. Una loro pronuncia, che rifiutasse di prendere posizione su quelle conclusioni, sarebbe censurabile dinanzi al giudice ordinario mediante l'impugnazione per nullità – in quanto appunto frutto di un inammissibile rilievo d'ufficio della loro esorbitanza –, verosimilmente in base ad un'interpretazione *estensiva* del motivo di cui all'art. 829,

dell'eccezione d'incompetenza e, pertanto, precluderebbe alla parte la possibilità di impugnare il lodo ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 4 c.p.c.: v. Cass. 22 gennaio 1999, n. 565.

¹⁷⁰ L'art. 816 *bis* c.p.c. (in cui è confluito il disposto del vecchio art. 816 c.p.c.) prevede che le parti possano stabilire, nel compromesso, nella clausola compromissoria o in un atto scritto successivo (purché anteriore all'inizio del giudizio), le norme che gli arbitri sono chiamati ad osservare nel procedimento e che, in mancanza di tali norme, gli arbitri abbiano facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio nel modo che ritengano più opportuno, in ogni caso assegnando alle parti i termini per la presentazione di documenti, memorie e repliche. Su tali profili v. A. MOTTO, *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti*, nt. a Cass. 21 settembre 2004, n. 18917, in *Riv. arb.* 2006, 98.

¹⁷¹ Sul punto v. G. RUFFINI, *Sub art. 817*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 292, che evidenzia la diversa gravità alla base dell'eccezione in questione rispetto a quella prevista dal comma 2 dell'art. 817 c.p.c., in quanto la prima presuppone comunque un patto arbitrale esistente.

¹⁷² Così E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 2007, 727. Diversamente, infatti, si consentirebbe agli arbitri di rilevare officiosamente un vizio, che la legge rimette invece alle parti. Così opinando, si dovrebbe quindi ritenere che, ove gli arbitri si astengano dal pronunciare sulla domanda esorbitante, pur in assenza di eccezioni da parte dei litiganti, la loro statuizione potrà essere impugnata per omessa pronuncia. V. D. BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 330, che però ipotizza il decorso di un nuovo termine per il deposito del lodo dal momento dell'accettazione della domanda nuova.

comma 1, n. 12 (“(...) se il lodo non ha pronunciato su alcuna delle domande ed eccezioni proposte dalle parti in conformità alla convenzione di arbitrato”)¹⁷³. Tuttavia, sembra più corretto ritenere che, laddove la domanda sia proposta in corso di causa (ossia dopo che gli arbitri abbiano formalizzato l'accettazione dell'incarico, eventualmente concordando anche un compenso con le parti oppure quando essi non possano più usufruire dell'intero termine previsto dall'art. 820 c.p.c.), sia comunque necessario conseguire il consenso del giudice privato, il quale ovviamente potrà essere manifestato anche per fatti concludenti¹⁷⁴.

Per quanto, specificamente, riguarda il tema delle conseguenze della mancata o intempestiva contestazione dei vizi attinenti, *lato sensu*, alla *potestas iudicandi* arbitrale, non è chiaro se ci si debba limitare ad un'interpretazione letterale del dato normativo, in forza della quale prospettare, come conseguenza della mancata o intempestiva proposizione delle contestazioni contemplate dalla norma, una mera *preclusione endo-processuale*, consistente, come espressamente statuito dalla norma, nell'impossibilità, per la parte interessata, di impugnare, per quei motivi, il lodo arbitrale (salvo il caso di controversia non arbitrabile), oppure se alla condotta omissiva della parte possa altresì collegarsi un'*efficacia extraprocessuale* nei confronti di futuri giudici o arbitri chiamati a pronunciarsi sulle medesime contestazioni, discendente dalla ripercussione di quelle condotte sul piano sostanziale e, nello specifico, dalla costituzione (tacita) di un accordo arbitrale prima inesistente o non dotato di quella estensione e portata (un compromesso) o dalla convalida (tacita) di un accordo prima invalido (che potrebbe anche essere una clausola arbitrale), idoneo sia ad essere fatto successivamente valere per fondare la *potestas iudicandi* di un nuovo e diverso collegio arbitrale (precludendo alla parte la formulazione dell'eccezione d'invalidità della medesima convenzione arbitrale o di esorbitanza delle medesime conclusioni¹⁷⁵), sia ad essere invocato, in via di eccezione, nel contesto di un successivo giudizio statale.

La dottrina, sul punto, è divisa.

Per una parte di essa gli effetti della mancata contestazione si esaurirebbero in una mera preclusione processuale, ravvisabile, come indicato espressamente dalla

¹⁷³ Così A. BRIGUGLIO, in R. VACCARELLA, G. VERDE (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, IV, Torino 1997, 862.

¹⁷⁴ L. SALVANESCHI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 602; G. RUFFINI, *Sub art. 817*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 293.

¹⁷⁵ V. E. D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro*, cit., 690 ss., per la quale, anche in caso di estinzione o chiusura in rito del procedimento arbitrale, l'accordo arbitrale convalidato o costituito in corso di causa rimarrà valido ed efficace, vincolando le parti alla via arbitrale, con il limite (sottolinea L. SALVANESCHI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 565) che il compromesso sarà valevole con *esclusivo riferimento a quella stessa controversia*, e sarà destinato a operare solo nell'ipotesi di estinzione del giudizio.

norma, nell'impossibilità di impugnare il lodo arbitrale¹⁷⁶, sebbene la stessa dottrina incorra, nella propria ricostruzione, in alcune incongruenze pratico-applicative (tra cui, ad esempio, la non applicabilità di tali effetti preclusivi al convenuto che non abbia partecipato al giudizio).

Per un'altra parte della dottrina, la condotta omissiva delle parti produrrebbe invece effetti pure *sul piano sostanziale, determinando dunque una formazione tacita del patto arbitrale, tout court* o sulle domande eccedenti i limiti dell'originario patto arbitrale, o la convalida di un patto originariamente invalido, attraverso il comportamento concludente di entrambe le parti, ravvisabile, rispettivamente, nell'instaurazione del giudizio arbitrale ad opera dell'attore e nella mancata proposizione dell'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* da parte del convenuto. Ciò detto, tuttavia, non tutti i fautori di questo orientamento traggono le dovute conclusioni; ad esempio, non tutti ritengono che la ripercussione, sul piano sostanziale, delle condotte omissive delle parti abbia effetti e risvolti "esterni"¹⁷⁷, ulteriori rispetto al mero puntello della *potestas iudicandi* degli arbitri in quel determinato procedimento¹⁷⁸, sì da consentire alle parti, in caso di estinzione del giudizio o sua chiusura in rito, di instaurare un nuovo processo arbitrale sulla base di quel "nuovo" patto, cui sarebbero vincolate (come invece parrebbe doversi desumere dal fatto che, nel frattempo, si sarebbe effettivamente formato un nuovo patto arbitrale, o si sarebbe quantomeno convalidato uno originariamente invalido).

Il quadro è reso ancor più frastagliato da orientamenti piuttosto ondivaghi della giurisprudenza che, ad esempio, in alcune pronunce, ha financo ritenuto ravvisabile una rinuncia implicita alla convenzione arbitrale nella mera proposizione di una domanda in sede giudiziale, rientrando nell'ambito di applicazione di quella convenzione¹⁷⁹.

¹⁷⁶ In questo senso, tra gli altri, C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, 3^a ed., Padova 2012, 555; E. MARINUCCI, *L'impugnazione*, cit., 151; G.F. RICCI, *Sub art. 817*, in F. CARPI, *Arbitrato*, cit., 473; S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 208.

¹⁷⁷ A favore dell'efficacia "esterna" sono invece E. D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro*, cit., 693; G. RUFFINI, *Sub art. 817*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 290; M. BOVE, *Impugnazione per nullità*, cit., 536. In passato, in tal senso, v. V. ANDRIOLI, *Commento*, cit., 833.

¹⁷⁸ In questo senso, ad esempio, E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, cit., 78; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, V, 6^a ed., Milano 155, per il quale tale accordo compromissorio tacito non avrebbe rilevanza esterna all'arbitrato in cui si sia formato; con la conseguenza che, qualora quell'arbitrato non pervenga ad una decisione di merito, l'efficacia dell'accordo cesserebbe e la domanda non potrebbe essere proposta nuovamente in altro procedimento arbitrale. Per una critica a tale orientamento, v. L. MONTESANO, *Domande e questioni nei giudizi arbitrali*, in *Riv. dir. proc.* 2000, 630.

¹⁷⁹ Si veda, ad esempio, Cass. 15 luglio 2004, n. 13121, in *Giur. it.* 2005, 1405, per la quale, qualora la parte promuova nei confronti dei medesimi contraddittori un giudizio davanti al giudice

Secondo chi scrive, la norma non può essere interpretata in altro modo che nel senso di ricollegare alla mancata proposizione dell'eccezione di cui al comma 2 dell'art. 817 c.p.c. *effetti unicamente endo-processuali*, con esclusione, pertanto, di qualsivoglia efficacia sul piano sostanziale e/o esterna.

Invero, per cominciare, è il testo stesso della disposizione di cui alla seconda parte del comma 2 dell'art. 817 c.p.c. che, alla mancata o intempestiva proposizione dell'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* dell'arbitro, si limita a ricollegare l'impossibilità, per la parte, di impugnare, per quel motivo, il lodo arbitrale. Il dato testuale, in altri termini, è piuttosto inequivoco nel confinare l'effetto della condotta omissiva della parte interessata entro un perimetro endo-processuale ed endo-arbitrale (seppur facendo riferimento ad una coda contenziosa giudiziale – l'impugnazione del lodo – che sta bensì formalmente *al di fuori* del giudizio arbitrale, ma si dirige in definitiva contro il suo prodotto finale).

A parte ciò, il ravvisare in una condotta delle parti una determinata conseguenza giuridica, nella specie la rinuncia al diritto a rivolgersi al giudice statale come conseguenza della mancata contestazione della convenzione arbitrale, è, prima di tutto, una *quaestio voluntatis*¹⁸⁰. In assenza di elementi certi, oggettivi, concludenti ed inequivocabili, non sempre il comportamento omissivo delle parti in arbitrato può essere letto nel senso di denunciare una *chiara ed univoca volontà* di rinunciare al giudice statale per investire l'arbitro della cognizione di tutte le controversie sorgenti da un determinato contratto, alla luce, tra l'altro, della regola generale per cui, in mancanza di espressa previsione normativa, *le rinunce non si possono presumere*¹⁸¹.

ordinario avente identità, totale o parziale, di oggetto, assimilabile alla connessione di cause, di cui all'art. 40 c.p.c., tale comportamento costituisce *implicita rinuncia ad avvalersi della clausola compromissoria*. Nello stesso senso v. anche Cass. 7 luglio 2014, n. 15452, in *Foro it.* 2014, I, 2412; Cass. 20 maggio 2013, n. 12247; Cass. 23 maggio 2006, n. 12121; Arb. Unico Treviso 14 febbraio 2005, in *Riv. arb.* 2005, 393, nt. N. SOTGIU, *Rinuncia (parziale) al patto compromissorio, preclusioni e sospensione del procedimento*.

¹⁸⁰ Così G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 219; Cass. 8 agosto 1951, n. 2462, in *Giur. it.* 1952, I, 1, 348.

¹⁸¹ Merita di essere menzionata, in proposito, l'interessante decisione di Coll. arb, *Arbitrato C. I.*, n. 7407/HV, reso a Parigi il 28 settembre 1993, riportato in *Riv. arb.* 1994,789, nt. A. GIARDINA, *Autonomia della clausola compromissoria e rinuncia all'arbitrato*. Nel corso del giudizio arbitrale, il convenuto sosteneva che l'attore avesse rinunciato ai diritti derivantigli dalla clausola arbitrale, per il fatto di *non aver tempestivamente invocato tale clausola* dinanzi al giudice civile di Saint Martin nelle Antille Olandesi. Il collegio riteneva di dover valutare il comportamento della società attrice in sede giudiziale *non solo* alla stregua della legge di procedura di Saint Martin, ma anche alla stregua dei principi ricavabili da quegli ordinamenti con i quali l'arbitrato aveva i collegamenti più stretti: l'ordinamento della sede arbitrale, quello governante il contratto, gli ordinamenti nazionali delle parti e quello del luogo dove la procedura giudiziaria era stata instaurata. Alla

D'altra parte, opinando diversamente, sarebbe necessario verificare di volta in volta la sussistenza, in capo alla parte, della volontà di sanare i vizi del patto compromissorio o di ampliarne i confini¹⁸².

Non sarebbe poi corretto trattare indistintamente, sotto il profilo degli effetti "estintivi", due circostanze non poco divergenti tra loro quali, da un lato, la mancata proposizione *tout court* dell'eccezione e, dall'altro, la sua proposizione solo *tardiva* (al di fuori cioè dei limiti preclusivi contemplati dall'art. 817 c.p.c.). In quest'ultimo caso, infatti, sarebbe difficile sostenere che vi sia stata la volontà delle parti (in particolare di quella onerata della proposizione dell'eccezione) di rinunciare ad invocare il vizio inficiante la convenzione arbitrale, dato che la sua condotta, pur se implementata in modo negligente e tale da impedire il conseguimento dello scopo perseguito (ottenere il rigetto in rito del giudizio), dimostra esattamente l'opposto¹⁸³.

Un ulteriore ostacolo all'accoglimento della tesi degli effetti "sostanziali" della condotta omissiva delle parti in arbitrato ci pare possa essere ravvisato nei principi generali in materia contrattuale, in particolare in quello secondo cui il negozio *revocatorio* di un precedente atto giuridico (il c.d. *contrarius consensus*) dovrebbe, in linea di principio, assumere *la medesima forma* del negozio da revocare. Sebbene, infatti, manchi, nell'ordinamento, una norma che espressamente imponga, per il *contrarius consensus*, la stessa forma del negozio *revocando* (ciò che ha determinato l'elaborazione di posizioni dottrinali anche conflittuali, tanto in un senso quanto nell'altro¹⁸⁴), la giurisprudenza si è sempre mostrata granitica nel-

stregua del diritto italiano (che governava il contratto), il collegio concludeva che il comportamento della parte attrice, che aveva ommesso di proporre eccezione di arbitrato in sede giudiziale, non poteva interpretarsi come *rinuncia implicita* alla facoltà di avvalersi della clausola arbitrale, proprio perché per l'ordinamento italiano *la rinuncia ad un diritto deve risultare da un comportamento inequivoco e, in caso di dubbio, deve essere esclusa*.

¹⁸² Il che sarebbe foriero di non pochi problemi ogni qual volta la stipula del patto compromissorio sia soggetta a particolari oneri autorizzativi, come nel caso in cui una delle parti sia la pubblica amministrazione.

¹⁸³ V. G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 219. Nell'ipotesi di proposizione tardiva, si potrà dire, secondo l'autore: "(...) *non già che le parti hanno rinunciato alla competenza arbitrale, bensì che le parti tornano ad essere soggette alla competenza del giudice ordinario*".

¹⁸⁴ Tra i sostenitori della tesi secondo cui le pattuizioni con cui vengono risolti *contratti formali* sarebbero soggette all'onere della forma scritta, a pena di nullità, e che quindi, a maggior ragione, non sia ipotizzabile una loro risoluzione tacita *per facta concludentia*, v. M. DOGLIOTTI, A. FIGONE *et al.* (a cura di), *Giurisprudenza del contratto, casi e materiali*, Milano 1998, 299; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, Milano 1988; in precedenza E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino 1952, 251, secondo cui la revoca sarebbe governata dal principio: "(...) *della identità o corrispondenza del contrarius actus, per cui lo scioglimento o il mutamento del vincolo che sia stato prima disposto, deve seguire nelle medesime forme e con l'osservanza dei medesimi requisiti cui era legato il negozio da*

l'affermare che: "(...) *la forma scritta per la risoluzione convenzionale di un contratto è necessaria quando identica forma sia prescritta ad substantiam per la stipulazione del contratto stesso*"¹⁸⁵, ammettendo, di conseguenza, la *risolubilità* di un contratto *per facta concludentia* solo laddove, per questo, non fosse prescritta la forma scritta *a pena di nullità*¹⁸⁶.

Ora, l'attuale testo dell'art. 807, comma 1 c.p.c., al pari della versione precedente della medesima norma, prescrive che il *compromesso* debba, *a pena di nullità*, essere *fatto per iscritto* e determinare l'oggetto della controversia. Nello specificare *cosa debba intendersi per forma scritta*, il comma successivo della norma non fa alcun riferimento – al contrario di quanto accade in altri ordinamenti, ad esempio in quello tedesco – alla fattispecie di stipula o conclusione dell'accordo *per facta concludentia*, limitandosi a disporre che la forma scritta si intende rispettata anche quando la volontà delle parti sia espressa secondo una serie di modalità ivi espressamente elencate ("(...) per telegrafo o telescrivente telefacsimile o messaggio telematico nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la trasmissione e la ricezione dei documenti teletrasmessi").

Parimenti, l'art. 808, comma 1 c.p.c., in tema di *clausola compromissoria*, stabilisce che le parti: "(...) *nel contratto che stipulano o in un atto separato*", possono stabilire che le controversie nascenti dal contratto medesimo siano decise da arbitri e, quanto alla forma, che la clausola compromissoria debba risultare da *atto avente la forma richiesta per il compromesso* ai sensi dell'art. 807 (che, appunto, non contempla la possibilità che una mera condotta delle parti sia idonea ad integrare, tacitamente o implicitamente, i requisiti per la formazione di un compromesso o di una clausola compromissoria validi).

La forma scritta richiesta dagli artt. 807 e 808 c.p.c., d'altra parte, non è elemento meramente "estrinseco", attenendo a manifestazioni di volontà aventi un

revocare". *Contra* v. G. TOMBARI, *Natura e regime giuridico dell'eccezione di compromesso*, cit., 1075, nt. 82, che, sulla base della constatazione che nel nostro ordinamento non esiste una norma che espressamente richieda una forma identica per la manifestazione del *contrarius consensus*.

¹⁸⁵ Così Cass. 7 marzo 1992, n. 2772; Cass. 15 maggio 1998, n. 4906: "*Nel caso di contratto di trasferimento della proprietà immobiliare, per la cui validità la legge richiede la forma scritta ad substantiam, anche lo scioglimento per mutuo consenso deve risultare da atto scritto*"; Cass. 27 novembre 1997, n. 11939.

¹⁸⁶ V. Cass. 10 settembre 1992, n. 10354, per la quale: "(...) *la risoluzione per mutuo consenso di un contratto per il quale non sia richiesta la forma scritta ad substantiam (...) può risultare anche da un comportamento tacito concludente*"; Cass. 24 giugno 1997, n. 5639, in *Giur. it.*, 1998, 425; Cass. 11 novembre 1986, n. 6586, in *Giust. civ. Mass.* 1986, fasc. 11, secondo cui: "(...) *il mutuo consenso allo scioglimento del contratto di locazione infranovennale, come di qualunque altro negozio per il quale non sia richiesta la forma scritta a pena di nullità, può risultare anche da una manifestazione tacita di volontà, cioè da fatti univoci che attestino la concorde volontà delle parti di non dare ulteriore corso al contratto stesso e di liberarsi dalle rispettive obbligazioni*".

contenuto *specifico e ben determinato*; nel caso del compromesso, essa deve consentire di *determinare l'oggetto della controversia*; nel caso della clausola compromissoria, deve stabilire che *le controversie nascenti dal contratto* in cui essa è inclusa siano decise da arbitri. È improbabile che i requisiti di forma scritta richiesti per il venire in essere di un valido patto arbitrale possano dirsi integrati da una *fattispecie a formazione progressiva*, ossia – a fronte di una domanda di arbitrato proposta da una parte in assenza di un valido patto arbitrale – dalla condotta dell'altra parte che proceda in ogni caso a nominare il proprio arbitro (senza formulare eccezioni in ordine all'esistenza e validità del patto arbitrale) e, successivamente, a partecipare allo scambio delle memorie processuali. Invero, risalire, *univocamente e senza ambiguità*, dalla condotta delle parti e dal contenuto degli atti scritti e delle memorie depositate e scambiate nel corso del giudizio *al preciso ambito oggettivo e soggettivo di efficacia di un accordo arbitrale non scritto* appare operazione tutt'altro che agevole, inevitabilmente foriera di conflitti fra divergenti interpretazioni tra le parti contendenti.

D'altra parte, anche ammettendo che la condotta delle parti nel giudizio arbitrale, considerata nel suo complesso, sia idonea ad integrare il requisito della forma scritta per la formazione di un valido patto arbitrale, potrebbero sorgere problemi nella fase dell'eventuale riconoscimento del lodo all'estero ai sensi delle disposizioni della Convenzione di New York. In base ad essa, infatti, la parte, che intenda ottenere il riconoscimento del lodo all'estero, deve produrre, oltre al lodo originale o una sua copia autenticata, *l'originale dell'accordo cui si riferisce l'art. II, comma 2 della Convenzione* (ossia un accordo redatto in forma scritta, espressione con cui si intende: "(...) *una clausola compromissoria inserita in un contratto, o un compromesso, firmati dalle parti oppure contenuti in uno scambio di lettere o di telegrammi*") o una sua copia autenticata, con, eventualmente, una sua traduzione per il caso in cui l'accordo non sia stato redatto in una lingua ufficiale del paese in cui si chiede il riconoscimento. Ove l'ordinamento del riconoscimento non consenta alla parte vittoriosa in arbitrato di avvalersi – secondo quanto contemplato dall'art. VII, comma 1 della Convenzione – di altri e più favorevoli accordi multilaterali o bilaterali sul riconoscimento e l'esecuzione di sentenze arbitrali o di leggi o trattati più favorevoli ivi in vigore, *in mancanza di un accordo redatto in forma scritta* il giudice del riconoscimento si troverebbe in difficoltà nel valutare la sussistenza dei suddetti requisiti formali in base all'insieme di condotte e atti delle parti (memorie, istanze o repliche), che dovrebbero essere ricostruiti attraverso un attento e dispendioso scrutinio.

Ancora, la risoluzione consensuale (come anche la stipula) di un patto arbitrale è di norma *atto della parte*, come emerge dall'art. 84 c.p.c., di cui il legale non ha, in linea di principio, a meno che non gli sia stato espressamente conferito, il potere di *disposizione*. Non è dunque verosimile che detto atto di parte possa essere

sostituito dalla condotta omissiva del suo difensore, nell'ambito di un procedimento cui la prima non abbia personalmente preso parte¹⁸⁷.

Infine, l'accoglimento della tesi dell'efficacia, *anche sul piano sostanziale*, dell'omessa contestazione della *potestas iudicandi* dell'arbitro imporrebbe al giudice statale adito con una domanda avente lo stesso oggetto (o oggetto connesso) dedotta in arbitrato, un *onere di cognizione aggiuntivo* rispetto alla mera valutazione della esistenza e validità della convenzione arbitrale, consistente, appunto, nel *monitorare* la tipologia, il contenuto e gli effetti del comportamento processuale di una delle parti del giudizio *nell'ambito di un altro e diverso giudizio (quello arbitrale)*.

Di tutto ciò non v'è traccia alcuna nel diritto positivo.

Le norme sul procedimento arbitrale che rilevano in questa sede (quelle sul giudizio statale potrebbero indurre a una conclusione differente, ma, come si vedrà ampiamente nel prosieguo, conducono infine agli stessi esiti), si limitano a statuire che la parte, che ometta di eccepire tempestivamente, rispettivamente, l'incompetenza degli arbitri per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato o che le conclusioni delle altre parti esorbitano dai limiti della convenzione d'arbitrato, *non può per questo motivo impugnare il lodo*; difficile, sulla base di questo scarso dato normativo, intravedere nella condotta omissiva delle parti una *manifestazione tacita di volontà volta ad ampliare l'estensione oggettiva dell'originaria convenzione arbitrale inesistente, invalida o dall'ambito applicativo più ridotto*.

Allargando un po' lo sguardo, altre fattispecie processuali, in qualche modo accostabili – per struttura, contenuto o funzione – a quella di cui qui si discute, ricevono il medesimo trattamento processuale quando si tratta di valutare le conseguenze giuridiche di condotte omissive delle parti.

Si pensi, ad esempio, alla mancata proposizione di un'eccezione di compensazione, formulazione di una domanda riconvenzionale o effettuazione di una chiamata in causa di un terzo, in relazione alle quali si è correttamente osservato che: *“(...) la conseguenza è che in quel processo non avranno rilevanza, rispettivamente, il controdiritto di credito o il diritto connesso verso la controparte o verso il terzo; ma non certo che tali diritti si estinguano, sul piano del diritto sostanziale. Essi potranno essere fatti valere in un separato giudizio”*¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Così R. MARENGO, *Sub art. 817*, in A. BRIGUGLIO, E. FAZZALARI, R. MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 134. L'efficacia di mera preclusione processuale, discendente dalla mancata proposizione dell'eccezione, implica che, per aversi convalida, per omessa eccezione, della incompetenza degli arbitri, si farà esclusivo riferimento alla condotta del difensore. Così già Cass. 14 febbraio 1979, n. 965, in *AG. OO. PP.*, 1979, II, 50; Cass. 24 marzo 1962, n. 600.

¹⁸⁸ R. MARENGO, *Conseguenze della omissione dell'exceptio compromissi*, in *Riv. arb.* 1994, 343,

Se l'impostazione seguita è corretta, ne discende che, in caso di instaurazione di un nuovo processo arbitrale fondato sulla medesima convenzione arbitrale rispetto alla quale si sarebbe in precedenza verificata la mancata contestazione, pur se su un oggetto diverso¹⁸⁹, *l'estensione oggettiva* di quella convenzione non potrà che rimanere quella originaria, non rientrandovi quelle domande, eccezioni e/o questioni relativamente alle quali non sia stata tempestivamente sollevata, nel corso del precedente procedimento arbitrale, contestazione circa la loro riconducibilità all'ambito applicativo della convenzione.

Parimenti, se il giudizio arbitrale, per qualsivoglia ragione, non dovesse giungere alla decisione sul merito, in un eventuale successivo giudizio statale sulla stessa lite un'*exceptio compromissi* potrebbe senz'altro essere paralizzata contro-eccependo l'esorbitanza delle domande o questioni dedotte nel giudizio statale dai limiti del patto originariamente stipulato, dato che, in conseguenza della mancata tempestiva proposizione di quella medesima contestazione nel corso del precedente giudizio arbitrale, l'ambito oggettivo del patto compromissorio non avrebbe subito alcun ampliamento oggettivo o soggettivo rispetto al perimetro originario, non potendo quindi includere domande e questioni, *ulteriori* rispetto a quelle coperte dalla formulazione originaria del patto arbitrale, corrispondenti alle conclusioni esorbitanti presentate in sede arbitrale, *ma non contestate*¹⁹⁰.

In definitiva, dalle condotte omissive delle parti nell'ambito del giudizio arbitrale non è possibile far discendere, in linea di principio, alcun vincolo "esterno" quanto alla determinazione della questione della *potestas iudicandi* arbitrale nei confronti di giudici o arbitri che siano chiamati, successivamente a quelle condotte, a confrontarsi con la medesima questione; ciò rende quelle condotte *inidonee* ad integrare uno strumento *indiretto* di coordinamento preventivo tra le due procedure, rispettivamente, arbitrale e giudiziale.

nt. Coll. arb. 30 novembre 1993. Ma si pensi anche al caso di mancata o intempestiva proposizione dell'eccezione di carenza di giurisdizione, in relazione alla quale il prec. art. 37, comma 2, c.p.c. prevedeva che il giudice italiano potesse bensì decidere nel merito la controversia, senza tuttavia che ciò sottraesse al giudice straniero, che riteneva di esserne fornito, la giurisdizione a decidere della stessa (V. Coll. arb. 30 novembre 1993).

¹⁸⁹ Si pensi, del resto, a tutti i casi in cui il lodo fosse stato annullato per un motivo che in realtà lasciava indenne il patto compromissorio: incapacità degli arbitri, vizi relativi alla nomina degli stessi, mancato rispetto del termine perentorio previsto per la nomina del lodo e così via. In tali casi, la convenzione arbitrale sulla cui base si era svolto il lodo e che manteneva la propria validità ed efficacia, continuava *a non comprendere l'oggetto a cui si riferiva la domanda esorbitante dai limiti del compromesso*, avverso la quale la parte interessata non aveva sollevato alcuna eccezione (così E. FAZZALARI, *Osservanza dovuta al patto compromissorio: quando il suo vincolo perdura dopo la dichiarazione di nullità del lodo*, in *Riv. arb.* 1992, 272 ss.; R. MARENGO, *Conseguenze della omissione dell'exceptio compromissi*, cit., 346).

¹⁹⁰ Così anche M. BOVE, *La giustizia privata*, 2^a ed., Padova 2013, 43.

Una tale conclusione non dovrebbe stupire, perché appare in linea con la tradizionale chiusura della giurisprudenza e, in parte della dottrina, fondata in gran parte sull'asserita incomprimibilità del principio *Kompetenz Kompetenz* e, più di recente, in base ad un'espressa disposizione introdotta dalla riforma (il comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c., secondo cui nei rapporti tra arbitrato e processo non si applicano regole corrispondenti agli artt. 44, 45, 48, 50 e 295) –, pur se successivamente mitigata dall'intervento della Corte costituzionale del 2013 – ad ammettere qualsivoglia efficacia “esterna” della pronuncia dell'arbitro (ma anche del giudice statale) affermativa o declinatoria della propria *potestas iudicandi*. In altri termini, l'attribuzione, *ad una mera condotta processuale di una parte* (spesso posta in essere inconsapevolmente o senza intenzione di produrne i relativi effetti, e dunque in assenza di un'univoca manifestazione di volontà chiaramente espressa), di un'efficacia esterna, concretantesi nell'obbligo di un giudice statale, che confrontasse successivamente con la questione della esistenza e validità di un patto arbitrale (tacitamente costituito o validato in conseguenza dell'omessa contestazione in sede arbitrale), di tenere ferma, senza possibilità di discussione, la sussistenza della *potestas iudicandi* arbitrale, mal si concilierebbe con la tradizionale esclusione di qualsivoglia efficacia “esterna” financo di un *provvedimento decisorio* emesso da un organo (*privato*, nell'un caso e *pubblico*, nell'altro) *dotato di funzioni aggiudicatorie* e contenente un accertamento reso in applicazione delle rilevanti norme di legge e nel contraddittorio tra le parti.

In conclusione, va menzionato il problema del coordinamento dell'art. 817 c.p.c. con norme “attigue”, quali, *in primis*, l'art. 819 c.p.c.¹⁹¹.

A seconda che le domande e conclusioni eccedenti i limiti della convenzione arbitrale riguardino o meno questioni pregiudiziali di merito, varierà, infatti il regime applicabile alla loro decisione e conseguente efficacia. Nel secondo caso, infatti, gli arbitri decideranno con efficacia di giudicato su tali conclusioni. Qualora, peraltro, le nuove domande riguardino questioni pregiudiziali di merito *non incluse nel patto compromissorio*, ai sensi dell'art. 819, comma 2 c.p.c. la loro decisione con efficacia di giudicato deve essere subordinata alla richiesta di tutte le parti. Il coordinamento tra questa norma e le previsioni di cui all'art. 817 c.p.c. non è affatto scontato, in quanto, a fronte di una richiesta di pronuncia su una questione pregiudiziale non contemplata dall'accordo compromissorio, la controparte potrebbe reagire in due modi: limitarsi a non eccepire l'incompetenza degli arbitri o aderire esplicitamente all'istanza.

¹⁹¹ Ma v., in senso contrario, G. RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 294, secondo il quale il meccanismo di cui all'art. 817 c.p.c. non sarebbe suscettibile di subire limitazioni, nel caso in cui la domanda esorbitante riguardi una questione pregiudiziale. Per un'approfondita analisi del fenomeno della pregiudizialità in arbitrato prima della riforma del 2006 v. F. DANOVI, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova 1999, 305 ss.

Secondo una prima ricostruzione, nel primo caso, gli arbitri dovrebbero limitarsi a conoscere della questione *incidenter tantum* e non si avrebbe alcun effetto sulla convenzione arbitrale, mentre, nel secondo caso, gli arbitri deciderebbero con efficacia di giudicato e si avrebbe un ampliamento dell'ambito di applicazione della convenzione, opponibile in ogni altro giudizio¹⁹².

Secondo una diversa ricostruzione, la decisione con efficacia di giudicato si avrebbe solo ove la parte destinataria della domanda esorbitante ometta di sollevare la relativa eccezione, mentre la rituale e tempestiva proposizione dell'eccezione di incompetenza obbligherebbe gli arbitri a conoscere e decidere della questione solo in via incidentale¹⁹³.

Secondo chi scrive, posto che, da un lato, per quanto detto in precedenza, giammai la condotta omissiva della parte può condurre alla tacita estensione dell'ambito di applicazione della convenzione originaria e, dall'altro, la norma di cui al comma 2 dell'art. 819 richiede, ai fini della decisione con efficacia di giudicato, una "(...) richiesta di tutte le parti", questa non può essere ravvisata nell'inerzia di una parte (l'omessa contestazione dell'esorbitanza) a seguito della richiesta di una sola parte (tra l'altro nemmeno formulata in maniera espressa, ma indirettamente desumibile dalla deduzione di domande e questioni esorbitanti).

6.4.1.2. *L'art. 819 ter, comma 1 c.p.c. e l'efficacia meramente endoprocessuale delle condotte omissive delle parti, nell'ambito del giudizio statale, quanto alla determinazione della potestas iudicandi dell'arbitro*

Ai sensi del comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c., l'eccezione di incompetenza del giudice statale, in ragione della convenzione arbitrale, deve essere proposta, *a pena di decadenza*, nella comparsa di risposta. Lo stesso comma 1 prevede che la mancata tempestiva proposizione dell'eccezione *esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in sede ordinaria*.

La norma è in un certo senso speculare a quella, poc'anzi analizzata, dell'art. 817 c.p.c. Si è visto infatti come, anche nel giudizio arbitrale, l'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* degli arbitri sia eccezione rilevabile *solo ad istanza di parte*, mai, invece, dall'organo adito e come anche per le diverse possibili contestazioni siano previsti termini a pena di decadenza.

La soggezione dell'*exceptio compomissi* al termine decadenziale individuato nella comparsa di risposta assimila l'eccezione in questione a quelle *in senso proprio*, che oggi, indipendentemente dalla loro natura (di rito o di merito) devono essere

¹⁹² Così P.L. NELA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, cit., 1798 ss.

¹⁹³ S. BOCCAGNA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in M. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. RADICATI DI BROZZOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Padova 2010, 260.

in ogni caso dedotte secondo il meccanismo previsto dall'art. 167, comma 2 c.p.c., con esclusione, dunque, di ogni possibilità di rilievo di ufficio¹⁹⁴.

La norma, nonostante l'apparente linearità, si caratterizza per non poche zone d'ombra.

In primo luogo, dalla formulazione letterale non è chiara l'individuazione dell'esatto momento a partire dal quale dovrebbero prodursi gli effetti (a loro volta non del tutto inequivoci, in verità) della condotta omissiva della parte (l'esclusione della competenza arbitrale *limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio*). Non è chiaro, cioè, se essi si verificano – e dunque la competenza arbitrale resti “esclusa” (rispetto a chi v'è peraltro da chiedersi – ossia solo per il giudice o anche per l'arbitro – come vedremo nel prosieguo) – *per il solo fatto della mancata proposizione dell'eccezione* – con la conseguenza che gli arbitri dovrebbero chiudere il procedimento con un lodo declinatorio¹⁹⁵ –. Oppure se *l'effetto* (parzialmente) *estintivo* della competenza arbitrale (i.e. limitatamente alla controversia dedotta in giudizio) presupponga non solo la mancata tempestiva eccezione, ma anche *la decisione sul merito da parte del giudice ordinario*, sicché, per tutto il periodo anteriore alla pronuncia della decisione, la convenzione arbitrale conserverebbe la sua efficacia¹⁹⁶.

Per chi accede alla ricostruzione (invero non scontata, come detto) in favore di un'efficacia “esterna” della condotta omissiva della parte, la prima tesi consentirebbe bensì di evitare il compimento, in sede arbitrale, di attività processuale inutile (in quanto destinata alla caducazione per effetto della mancata eccezione), ma dovrebbe fare i conti con due tipi di problemi; da un lato, un problema di tipo *terminologico*, dal momento che la norma usa l'espressione “limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio”, mentre chi vede nella condotta omissiva in essa contemplata un meccanismo di coordinamento preventivo tra arbitrato e giurisdizione

¹⁹⁴ Così F.P. LUISO, *Rapporti tra arbitro e giudice*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, cit., 124; L. SALVANESCHI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 679 ss. Nota l'autrice che il riferimento testuale alla ‘sentenza, con la quale il giudice afferma o nega la propria competenza’, ha indotto taluno a ritenere che il legislatore abbia voluto ripristinare il regime anteriore alla svolta negoziale delle Sezioni Unite, quando si sosteneva la parificazione dell'eccezione in questione a quella per territorio derogabile, anche ai fini di escluderne il rilievo d'ufficio: in questo senso v. B. CAPPONI, *Sub art. 819 ter*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, cit., 883.

¹⁹⁵ Così F.P. LUISO, *Rapporti tra arbitro e giudice*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, cit., 124 ss., per il quale la norma di cui all'art. 819 *ter*, comma 1 c.p.c. avrebbe essenzialmente una funzione di coordinamento preventivo tra i due giudizi, arbitrale e statale; nello stesso senso v. E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, 103.

¹⁹⁶ Come sembrano ritenere M. BOVE, in *Giusto proc. civ.* 2006, 71 ss.; ID., *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice*, cit., 369; B. CAPPONI, *Sub art. 819 ter*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, cit., 884; G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 375.

ritiene che l'esclusione della competenza arbitrale si verifichi *immediatamente a partire dal momento dell'inutile decorso* del termine per il suo rilievo; dall'altro, un problema di tipo pratico-applicativo, non essendo chiaro quali dovrebbero essere le conseguenze nel caso in cui il giudice, anziché pervenire ad una pronuncia sul merito, chiuda in rito il giudizio (magari proprio per l'accertata sussistenza della competenza arbitrale) o il giudizio, per qualsivoglia ragione, si estingua.

In tal caso, secondo alcuni la convenzione di arbitrato, dapprima estintasi, *riacquisterebbe efficacia*¹⁹⁷, mentre, secondo altri, non apparendo ragionevole che gli arbitri debbano chiudere in rito il giudizio a seguito della scadenza del termine, *per poi essere obbligati a riassumere la causa ove il giudice statale pervenga ad una decisione di rito* (scenari e dinamiche di cui non v'è traccia alcuna nella norma), la mancata tempestiva proposizione dell'eccezione estinguerebbe in via definitiva la convenzione arbitrale.

La tesi di un'inefficacia/estinzione del patto, *sospensivamente condizionata* alla pronuncia della decisione sul merito della lite (non, invece, quale conseguenza immediata del mero inutile decorso del termine per proporre l'eccezione di incompetenza), ha bensì il merito (assumendo la ricostruzione in favore di un'efficacia "esterna" della condotta omissiva della parte) – lasciando libere le parti di deferire in arbitrato, *sino a quel momento*, la stessa lite – di evitare di porre nel nulla l'attività compiuta dagli arbitri in un momento in cui, in sede ordinaria, non si sappia ancora se quel giudizio possa effettivamente giungere al suo naturale epilogo¹⁹⁸ (indi altresì consentendo l'avvio del giudizio arbitrale, anche ove nel giudizio ordinario preventivamente instaurato non sia stata formulata l'*exceptio compromissi*). Inoltre, tale soluzione, oltre ad essere maggiormente conforme ai principi generali in materia di estinzione dei contratti, troverebbe un ulteriore appiglio nel diverso regime riservato alla condotta omissiva delle parti in sede arbitrale.

Invero, se l'intenzione del legislatore fosse stata veramente quella di un coordinamento preventivo tra arbitrato e giurisdizione, discendente dal mero verificarsi della condotta omissiva, non si capisce perché la stessa efficacia non sia stata espressamente ricollegata anche alla mancata proposizione, in sede arbitrale, dell'eccezione di inesistenza ed invalidità del patto arbitrale.

Tale ricostruzione, tuttavia, deve a sua volta fare i conti con alcuni problemi, soprattutto di natura sistematica. Risulterebbe infatti difficile da giustificare l'attribuzione di un esito profondamente diverso, rispettivamente in sede arbitrale e

¹⁹⁷ Così F.P. LUISO, *Rapporti tra arbitro e giudice*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, cit., 125, per il quale: "Rinviare (...) alla emanazione di una sentenza di merito la produzione dell'effetto in questione significa sostanzialmente rinunciare, secondo l'*id quod plerumque accidit*, al coordinamento fra i processi, posto che la chiusura in rito di un processo è evento assai più raro della chiusura nel merito". Così anche E. OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri*, cit., 98.

¹⁹⁸ Così M. BOVE, *Discutibile la scelta del "sistema tedesco"*, in *Guida dir.*, 2006, numero 8, 108.

giudiziale, di quello che è, a tutti gli effetti, il medesimo tipo di condotta con riferimento alla (non) contestazione alla *potestas iudicandi* dell'organo adito, dato che il combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 817 c.p.c. (al contrario di quanto disporrebbe, secondo questa versione, il comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c.), non contempla alcuna esclusione di "competenza" del giudice statale in caso di omessa eccezione in sede arbitrale; sicché, mentre l'omessa *exceptio compromissi* in sede giudiziale avrebbe l'effetto di paralizzare il giudizio arbitrale parallelamente pendente, per sopravvenuta carenza di *potestas iudicandi* dell'arbitro, l'omessa proposizione dell'eccezione in sede arbitrale risulterebbe irrilevante per la sorte del giudizio statale parallelamente pendente.

Un simile sbilanciamento, nell'ambito dei rapporti tra arbitrato e giudizio statale, a favore di quest'ultimo¹⁹⁹, apparirebbe tanto più sorprendente in quanto in palese controtendenza rispetto all'ormai acquisita equiparazione, sotto il profilo funzionale, della giustizia privata rispetto a quella pubblica, affermata da importanti pronunciamenti sotto il vigore del precedente regime, codificata dalla riforma del 2006 e infine ribadita dalle più volte citate decisioni, rispettivamente, della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione, del 2013.

Accedendo a questa tesi, inoltre, si porrebbe l'ulteriore problema di capire se, per provocare l'estinzione della competenza arbitrale, sia necessario attendere il passaggio in giudicato della decisione sul merito della lite, o se la pronuncia di quest'ultima sia sufficiente. Questione non semplice, perché, nell'un caso, oltre ad azzerarsi del tutto la funzione della condotta omissiva delle parti quale meccanismo di coordinamento preventivo, si sottoporrebbe il giudizio arbitrale ad una spada di Damocle, idonea ad azzerare tutta l'attività ivi compiuta a seguito del passaggio in giudicato della decisione giudiziale di merito²⁰⁰; nell'altro caso (non necessarietà del passaggio in giudicato), si anticiperebbe bensì la caducazione del

¹⁹⁹ Si condividono le perplessità di L. SALVANESCHI, *Sub art. 817 ter c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 593, secondo la quale non sarebbe dato comprendere la ragione per cui tale meccanismo dovrebbe operare solo a senso unico, ossia ad esclusivo favore del giudizio ordinario. Inoltre, rileva l'autore., il giudizio sulla concreta operatività, in sede arbitrale, del meccanismo estintivo previsto dalla norma di cui al testo sarebbe comunque rimessa agli arbitri, i quali sarebbero liberi, ai sensi dell'art. 817 c.p.c., di decidere sulla propria competenza contestata per una ragione sopravvenuta.

²⁰⁰ Così S. BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, cit., 322, che sottolinea come la pronuncia giudiziale potrebbe intervenire anche a distanza di anni dalla definizione del procedimento arbitrale; il che sarebbe foriero di non poche complicazioni, dal momento che, in tal caso, si assisterebbe a una situazione in cui la lite finirebbe con l'essere definita precariamente, con un lodo esposto al rischio di caducazione postuma. L'autore osserva poi che il passaggio in giudicato della sentenza che decide il merito della lite rappresenterebbe, di per se stessa, una circostanza idonea ad impedire l'instaurazione o la prosecuzione del procedimento arbitrale; per cui, non avrebbe avuto molto senso sancire, attraverso una disposizione *ad hoc*, un effetto già previsto dall'ordinamento. Così anche S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 222.

parallelo giudizio arbitrale al termine del giudizio statale di primo grado, esponendosi tuttavia al rischio che la decisione di primo grado venga poi travolta nella fasi di impugnazione (con conseguente riviviscenza della competenza degli arbitri e del giudizio arbitrale).

Ad opinione di chi scrive, per cominciare, l'utilizzo dell'espressione *decisa* (... "in quel giudizio") ci pare più il frutto di un'inesattezza o disattenzione del legislatore, che non della *precisa volontà* di posticipare gli effetti della condotta omissiva al termine del giudizio, concluso da un pronunciamento sul merito. Ci pare, infatti, che risulti maggiormente in linea con il dettato normativo ricollegare gli effetti previsti dalla norma *al momento dell'omissione*, e, dunque, della scadenza del termine per la proposizione della relativa eccezione, perché è *proprio a partire dal momento in cui decorre inutilmente il termine per eccepire l'incompetenza* del giudice statale che si evince l'intenzione delle parti di non *non avvalersi dell'opzione originariamente scelta* per una risoluzione non-giudiziale della disputa (in ciò sostanzialmente aderendo alla condotta dell'attore che, per primo, mediante l'instaurazione del giudizio statale, aveva dimostrato di non volere dare seguito all'opzione arbitrale originariamente scelta).

Tale ricostruzione, parimenti, ci pare più coerente con l'impianto normativo introdotto dalla riforma nel suo complesso, perché renderebbe speculare la norma in commento (rispettando, così, la sostanziale equiparazione, che chiaramente emerge dalla riforma, tra giustizia privata e giustizia statale) a quella adottata per la condotta omissiva della parte nel procedimento arbitrale, ove la sanzione dell'impossibilità di impugnare il lodo in un momento successivo per il motivo dell'incompetenza arbitrale viene ricollegata *al mero fatto dell'inutile decorso del termine per la proposizione della relativa eccezione* (prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri).

Ne deriva che l'espressione adottata dal comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c. andrebbe letta come se intendesse "limitatamente alla controversia *dedotta*" (non, invece, *decisa*) in quel giudizio".

Tale conclusione dovrebbe a maggior ragione valere se l'intento del legislatore non fosse soltanto "sanzionare" una condotta omissiva della parte, quanto piuttosto, come taluni sostengono anche in ragione dell'espressione particolarmente pregnante utilizzata (tesi che, tuttavia, come vedremo subito appresso, non ci trova d'accordo), di dare soprattutto rilievo "esterno" all'abbandono dell'opzione arbitrale (per quanto *limitatamente a quella controversia*), puntellando, cioè, la continuazione del giudizio statale attraverso l'eliminazione della pendenza parallela di un giudizio in sede arbitrale sulla medesima causa; utilizzando, in sostanza, la condotta omissiva nel giudizio statale come meccanismo di coordinamento preventivo tra quest'ultimo e il giudizio arbitrale (già pendente o *instaurando*)²⁰¹. In

²⁰¹ In tal senso v. S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 219; E. RIGHETTI, *L'ecce-*

quest'ottica, infatti, onde consentire la prosecuzione di uno solo dei due giudizi (quello statale in luogo di quello, pendente o *instaurando*, arbitrale), appare molto più efficace intervenire *a monte* delle due procedure (a partire, dunque, dall'inutile decorso del termine per la contestazione della competenza del giudice statale), piuttosto che posticipare l'efficacia del coordinamento *a valle*, facendo cioè dipendere la produzione degli effetti previsti da un evento *futuro e incerto* (qual è la decisione *sul merito* da parte del giudice statale) e assistere, nel frattempo, alla celebrazione di due giudizi paralleli.

Va altresì osservato che, da un punto di vista pratico, l'opzione di condizionare la produzione degli effetti *lato sensu* "consuntivi" dell'efficacia del patto arbitrale alla pronuncia sul merito da parte del giudice statale avrebbe il duplice, non auspicabile, effetto, da un lato, di consentire (con soluzione *praeter legem*, perché non prevista dalla norma) che il patto compromissorio venga meno nel momento in cui si verifica la condotta omissiva, *per poi venir riesumato* e riacquistare la propria efficacia ove il giudice statale non dovesse giungere alla pronuncia di merito, ma si limitasse a pronunciare una declinatoria in rito (con un duplice effetto, dunque, dapprima *estintivo del patto arbitrale e poi risolutivo dello stesso effetto estintivo*). Dall'altro – sempre adottando, per un momento, la tesi, invero, come si vedrà, opinabile, dell'efficacia "esterna" di tale condotta omissiva – di costringere l'arbitro, in caso di pendenza parallela di un giudizio arbitrale, a chiudere in rito il giudizio per la sopravvenuta cessazione di efficacia del patto arbitrale, salvo poi costringere le parti alla costituzione, *ex novo*, dello stesso (o di altro) tribunale arbitrale, *ove il giudice statale non dovesse giungere alla pronuncia sul merito sulla lite*.

In secondo luogo, la stessa espressione utilizzata dalla norma, secondo cui, cioè, la mancata proposizione dell'eccezione: "(...) *esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio*", non è di facile decifrazione.

Da un lato, infatti, non è chiaro se con essa il legislatore abbia inteso circoscrivere gli effetti della condotta omissiva esclusivamente alla specifica controversia dedotta, consentendo dunque che la convenzione arbitrale, anche in pendenza del giudizio statale in cui detta condotta omissiva si sia verificata, continui ad essere valida ed efficace in relazione ad altre controversie, connesse o meno con quella dedotta (conclusione, questa, che, oltre a trovare conforto in dottrina²⁰² e nella

zione di compromesso, in AA.VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, II, 642; M. BOVE, *Ancora sui rapporti*, cit., 369; E. MARINUCCI, *Note sull'impugnazione del lodo arbitrale per contrarietà ad altra pronuncia*, in *Riv. dir. proc.* 2007, 1181.

²⁰² Ricostruzione che appare condivisa anche in dottrina, ove si afferma che l'unico effetto della mancata e/o irrituale proposizione dell'eccezione di arbitrato deve essere individuato nella preclusione di avvalersi della clausola in questione in quella determinata controversia, *senza alcuna influenza sulla clausola e sui profili di sua validità ed efficacia*: in tal senso v. S. BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, cit., 321.

giurisprudenza di legittimità²⁰³, ci pare supportata dal comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c., secondo cui: “*La competenza degli arbitri non è esclusa (...) dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice*”).

Dall'altro lato, non è chiaro se detta “esclusione della competenza arbitrale” identifichi una mera preclusione processuale, idonea a “far venir meno la *potestas iudicandi* degli arbitri” *nel solo ambito giudiziale* e ai limitati fini della decidibilità della causa giudiziale nel merito (ossia, in altri termini, a precludere alla parte la possibilità di contestare successivamente, in quel medesimo giudizio, la competenza del giudice statale in ragione dell'esistenza di una convenzione arbitrale e di impugnare, per questo stesso motivo, la futura sentenza del giudice). Oppure se integri una “paralisi” della procedibilità della via arbitrale unicamente in relazione alla controversia dedotta in giudizio, impedendo, cioè, la proposizione della domanda di arbitrato o la prosecuzione del giudizio arbitrale eventualmente pendente sulla controversia, *senza tuttavia alcuna ricaduta sul piano sostanziale e dunque sul patto arbitrale*. Oppure, ancora, se la suddetta: “(...) esclusione della competenza arbitrale” integri – come sostenuto in passato da un certo orientamento, peraltro controverso – una *vera e propria rinuncia alla (e/o risoluzione tacita della) convenzione arbitrale*.

La differenza, come ognuno vede, non è di poco momento, perché, nei primi due casi (mera preclusione processuale), l'esistenza e validità del patto arbitrale non vengono in alcun modo intaccate. Nell'un caso (in costanza del giudizio statale) e nell'altro (esaurimento del temporaneo “impedimento” rappresentato dalla pendenza del giudizio ordinario), la convenzione arbitrale sarebbe pienamente efficace ed idonea a fondare la *potestas iudicandi* di un arbitro, già costituito o da costituire. A seguito di rinuncia e/o risoluzione tacita del patto arbitrale, invece, questo verrebbe eliminato *tout court* dal mondo del diritto come atto idoneo a produrre effetti giuridici, minando alle fondamenta la legittimità di un giudizio arbitrale condotto da un arbitro che pretenda di derivare *proprio da quel patto* il proprio potere adjudicatorio.

Secondo un primo orientamento (maggioritario), la mancata formulazione dell'*exceptio compromissi* del giudice ordinario darebbe origine soltanto a una preclusione processuale, consistente nell'impossibilità di proporre domanda di arbitrato o di proseguire il giudizio arbitrale eventualmente pendente sulla controversia, senza tuttavia incidere sul patto compromissorio, con la conseguenza che lad-

²⁰³ V. Cass. 20 febbraio 2015, n. 3464, secondo cui “La rinuncia a far valere la clausola compromissoria in occasione di una controversia insorta tra i contraenti non comporta di per sé una rinuncia definitiva e complessiva della clausola arbitrale e, cioè, una rinuncia anche in relazione ad ogni altra controversia che possa insorgere tra i contraenti, diversa da quella per la quale entrambe le parti, o la parte interessata, hanno ritenuto di rinunciare, essendo la rinuncia limitata alla specifica controversia cui si accede”.

dove il giudizio ordinario si estingua o comunque non pervenga ad una decisione sul merito, la convenzione arbitrale manterrà intatta la propria efficacia²⁰⁴.

Secondo un diverso orientamento, quella disciplinata dall'art. 819 *ter* c.p.c. sarebbe un'ipotesi di vera e propria estinzione del patto arbitrale, che conseguirebbe tuttavia al passaggio in giudicato della decisione sul merito della lite, in ragione del fatto che solo in tal caso la convenzione arbitrale vedrebbe esauriti i propri effetti²⁰⁵.

Sebbene l'espressione utilizzata dalla norma, nella sua perentoria radicalità (“(...) *esclude* la competenza arbitrale (...)”), dia l'impressione che il piatto della bilancia penda in favore del secondo degli orientamenti menzionati, la nostra preferenza va senz'altro per il primo, con, tuttavia, alcuni *distinguo*.

Riteniamo, infatti, che gli effetti della mancata proposizione dell'*exceptio compromissi* in sede giudiziale non solo non si ripercuotano sul patto arbitrale, determinandone l'estinzione, ma rimangano esclusivamente *all'interno del giudizio statale*. In altri termini, la conseguenza della condotta omissiva della parte onerata dell'eccezione consisterebbe unicamente in una *preclusione processuale* per quella stessa parte, senza ripercussioni “esterne”, *in primis* sul patto arbitrale e, dipoi, sul giudizio arbitrale parallelamente pendente.

Una serie di considerazioni ci pare supportino questa conclusione.

Da un lato, infatti, per quanto attiene all'assenza di ricadute di natura sostanziale (i.e. sul patto arbitrale) della condotta omissiva, va osservato – come già illustrato in relazione alla mancata contestazione della *potestas iudicandi* dell'arbitro –, che attribuire un effetto sostanziale ad una condotta omissiva (là si trattava della stipulazione tacita di un patto arbitrale prima inesistente o della convalida di un patto prima invalido; qui si tratterebbe della rinuncia e/o risoluzione tacita di un patto valido), confligge con due principi: quello secondo cui un mero comportamento concludente non può supplire ai requisiti di forma scritta, ove questi siano previsti *ad substantiam* (com'è per il caso della convenzione arbitrale); e quello secondo cui l'eccezione di patto arbitrale nel giudizio statale, in quanto eccezione riservata alla parte, può essere oggetto di valida rinuncia *solo ad opera della parte medesima*, non, invece, del suo difensore.

Dall'altro lato, per quanto attiene alla limitazione degli effetti della condotta omissiva *all'interno del processo* (ad esclusione, dunque, di ricadute non solo sul piano sostanziale – i.e. sul patto arbitrale –, *ma altresì sul procedimento arbitrale parallelo*), è opportuno incominciare proprio dal dato testuale. Invero, l'espres-

²⁰⁴ S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 221; E. OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri*, cit., 98; S. BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, cit., 321; F.P. LUISO, *Rapporti tra arbitro*, cit., 787.

²⁰⁵ In tal senso deporrebbe il fatto che la norma preveda che la controversia debba essere “decisa”. In tal senso v. M. BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, cit.; E. ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 2005, 272.

sione “*esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio*” non implica necessariamente che vi sia un *impatto esterno* della condotta omissiva del convenuto nel giudizio statale (nello specifico, sulla *potestas iudicandi* dell’arbitro e dunque sulla facoltà di quest’ultimo di condurre – o continuare a condurre – un giudizio arbitrale, iniziato prima o dopo il giudizio statale); potrebbe infatti limitarsi a significare che, *nell’ambito del giudizio statale in cui si sia verificata l’omissione*, e limitatamente alla controversia di cui sia stato investito, il giudice statale *debba considerare come non attualmente sussistente* (e, per questo, dunque, “*escludere*”) la competenza dell’arbitro, con la conseguenza che esso non dovrà procedere ad alcuno scrutinio circa la validità ed efficacia della convenzione arbitrale perché la questione, per quanto riguarda il giudizio statale e limitatamente alla controversia dedotta, è pacifica; a maggior ragione il giudice statale non potrebbe, per questo motivo, declinare la propria competenza e chiudere in rito il giudizio.

Ma sono principalmente considerazioni di carattere sistematico a suggerirci una lettura del comma 1 dell’art. 819 *ter* c.p.c. “corrispondente” a quella della norma, per certi versi speculare, di cui al comma 2 dell’art. 817 c.p.c.

La norma da ultimo menzionata, infatti, dalla mancata o intempestiva proposizione dell’eccezione di carenza di *potestas iudicandi* dell’arbitro si limita a far discendere una mera *preclusione processuale*, consistente nell’impossibilità, per la parte, di impugnare successivamente, per quel motivo, il lodo. La stessa norma, invece, non solo non implica alcuna stipulazione tacita di un patto arbitrale, prima inesistente (o la convalida di un patto prima invalido) sulla cui base instaurare, contestualmente o successivamente all’arbitrato pendente, un altro giudizio arbitrale, *ma nemmeno comporta l’improcedibilità di un giudizio ordinario su domande rientranti nell’ambito di applicazione del patto tacitamente formatosi*, incardinato prima o dopo l’inizio del giudizio arbitrale.

Del resto, la riforma del 2006 non solo ha sancito l’equiparazione, *quoad effectum*, e dunque rispetto al rispettivo prodotto finale, tra la giustizia arbitrale e quella statale, ma, attraverso anche la codificazione del sistema delle “vie parallele”, ha altresì potenziato l’autonomia e indipendenza del giudizio arbitrale rispetto a interferenze dell’autorità giudiziaria, che è noto come in passato abbiano assunto forme anche particolarmente gravose (si pensi all’istituto, coniato dalla giurisprudenza, della *vis attractiva*).

Attribuire efficacia “esterna” alla condotta omissiva delle parti in sede giudiziale (*ex art. 819 ter*, comma 1 c.p.c.), *ma non a quella in sede arbitrale* (art. 817 comma 2, c.p.c.), non solo creerebbe un’ingiustificabile disparità di trattamento tra i due giudizi, ma finirebbe per favorire, nel reciproco coordinamento tra le due opzioni rimediali (arbitrato e giustizia statale), *proprio quella che le parti*, mediante la stipulazione del patto arbitrale (che, in assenza di vero e proprio esa-

me sulla sua validità condotto dal giudice statale, si presume in principio valido ed efficace), *avevano inteso evitare*.

Si tratterebbe di soluzione non solo agli antipodi delle scelte di politica legislativa compiute da altri ordinamenti (*in primis*, quello francese), ma altresì “vittima” di antichi pregiudizi circa la natura ontologicamente superiore, per la risoluzione delle controversie, della giurisdizione statale rispetto a quella privata, considerata quale *minus quam iurisdictio*.

Per di più, l’attribuzione, alla condotta omissiva della parte nel giudizio statale, di effetti “esterni” a quel giudizio, rischierebbe di entrare in conflitto con la previsione di cui all’art. 817, comma 2 c.p.c., secondo cui il potere degli arbitri di decidere sulla propria competenza: “(...) *si applica anche se i poteri degli arbitri sono contestati in qualsiasi sede per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento*”. Invero, dato che il verificarsi dell’effetto preclusivo, conseguenza della condotta omissiva della parte in sede statale, non si traduce in un automatismo, potendo risultare controverso e dunque oggetto di contestazione (in sede giudiziale) se l’eccezione sia stata o meno effettivamente proposta, se la proposizione sia stata o meno tempestiva e così via. Stando al dettato di cui all’art. 817, comma 2 c.p.c., gli arbitri dovrebbero conservare intatta la loro autonomia di giudizio circa la (persistente) sussistenza della loro *potestas iudicandi*, pur a fronte della sua contestazione – ad opera del convenuto – in ragione dell’asserita (ma controversa) efficacia estintiva di detta *potestas* conseguente alla condotta omissiva tenuta dalla controparte nel giudizio statale. Nello scenario poc’anzi illustrato, infatti, si sarebbe senz’altro di fronte ad una situazione in cui *i poteri degli arbitri sono contestati per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento*, per cui la *meccanica attribuzione*, alla condotta omissiva di una parte dinanzi al giudice statale, di un’efficacia “paralizzante” la procedibilità del giudizio arbitrale (di talché gli arbitri non potrebbero far altro che constatare il venir meno del loro potere decisorio e, per l’effetto, chiudere in rito il giudizio), svuoterebbe di contenuto e pregnanza la norma di cui all’art. 817, comma 2 c.p.c.

Si potrebbe argomentare che gli arbitri, pur mantenendo, *sotto il profilo formale*, il potere di decidere su quella contestazione (sopravvenuta e in altra sede), sotto il profilo contenutistico avrebbero le mani legate, in quanto vincolati *al fatto* della sopravvenuta perdita di efficacia del patto arbitrale.

Tuttavia, da un lato, tale conclusione scontrerebbe il maggior rilievo giuridico attribuito ad una condotta omissiva (tra l’altro non supportata da un’univoca manifestazione di volontà chiaramente espressa) rispetto a quello tradizionalmente riconosciuto ad una decisione statale sulla questione della competenza arbitrale, sulla cui efficacia ‘esterna’ si è per anni espressa più di una riserva, in virtù dell’asserita incomprimibilità del principio *Kompetenz Kompetenz* (e, più di recente, in base ad un’espressa disposizione introdotta dalla riforma – il comma 2 dell’art.

819 *ter* c.p.c. –, secondo cui, nei rapporti tra arbitrato e processo, non si applicano regole corrispondenti agli artt. 44, 45, 48, 50 e 295; disposizione in seguito invero attenuata, nella sua portata, dall'intervento della Corte costituzionale)²⁰⁶. Dall'altro lato, ove davvero gli arbitri fossero comunque vincolati, sotto il profilo del contenuto, nella loro valutazione sull'efficacia della condotta omissiva di una parte in sede statale, si sarebbe di fronte ad una palese compressione, anzi, a ben vedere, di un vero e proprio svuotamento del principio *Kompetenz Kompetenz*, che invece il disposto di cui al comma 2 dell'art. 817 c.p.c. pare aver voluto non solo riaffermare, ma financo rafforzare²⁰⁷.

Ne segue, pertanto, che la preclusione di cui al comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c. opera unicamente sul piano processuale ed internamente al giudizio statale, rendendo immune la competenza del giudice statale da possibili contestazioni, nella misura in cui preclude l'esperibilità, avverso la sua decisione affermativa, del regolamento di competenza. Ciò senza nulla togliere al potere dell'arbitro di proseguire il giudizio instaurato dinanzi a lui o al potere delle parti di deferire la medesima disputa in arbitrato o di contestare la competenza del giudice in un successivo processo, incardinato eventualmente *ex novo* a seguito dell'estinzione di quello in cui si sia verificata la preclusione.

Le considerazioni che precedono ci pare valgano senz'altro nel caso in cui il procedimento arbitrale *preceda* quello ordinario, dato che, in tal caso, la parte ha già avuto occasione di manifestare la propria volontà di avvalersi della giustizia privata, sicché apparirebbe irragionevole attribuire alla sua passività dinanzi al giudice statale il significato di una rinuncia alla stessa²⁰⁸.

²⁰⁶ Ciò detto, dalla norma non deve concludersi, come ben evidenzia LUISO, *Rapporti fra arbitri e giudice*, cit., 787, che la mancata proposizione dell'eccezione di arbitrato possa essere considerata come una rinuncia, tacita od implicita, al compromesso.

²⁰⁷ G.F. RICCI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 509 ss., per il quale: "(...) se attribuissimo all'art. 819 *ter* il senso per cui la mancata proposizione dell'eccezione di incompetenza di fronte al giudice ordinario si riflette sul giudizio arbitrale impedendo la pronuncia del lodo, sarebbe come se l'arbitro fosse costretto a pronunciare la propria incompetenza senza che di fronte a lui fosse sollevata quella eccezione che l'art. 817, comma 3°, ritiene essenziale per la pronuncia in oggetto".

²⁰⁸ Per l'inapplicabilità della norma al caso in cui l'arbitrato sia stato instaurato preventivamente rispetto al giudizio ordinario, v. E. RIGHETTI, *L'eccezione di compromesso* cit., 640; B. CAPPONI, *Sub art. 819 ter*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, cit., 885. Ove si ritenga che il meccanismo preclusivo sia destinato a operare anche in caso di previa pendenza del giudizio arbitrale, la previsione in questione rappresenterebbe di fatto una vistosa deroga al principio della *perpetuatio iurisdictionis* di cui all'art. 5 c.p.c., principio sulla cui applicabilità in sede arbitrale non dovrebbe residuare alcun dubbio, attesa la qualificazione dell'eccezione di patto compromissorio come eccezione d'incompetenza: R. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, cit., 202 ss.

Ma identica conclusione dovrebbe secondo chi scrive estendersi alla situazione inversa (di previa instaurazione del giudizio statale), alla luce anche del fatto che l'art. 819 *ter* c.p.c. (da interpretare secondo quanto illustrato in precedenza) non distingue tra le due ipotesi.

6.4.2. *Inadeguatezza dell'istituto ex art. 819 ter, comma 3 c.p.c. quale correttivo al meccanismo "puro" del sistema delle "vie parallele", nell'ottica del coordinamento preventivo tra procedura arbitrale e giudizio statale*

Nel terzo capitolo si sono illustrati i tratti salienti dell'istituto di nuovo conio di cui all'art. 819 *ter*, comma 3 c.p.c., che – sulla scia di un orientamento interpretativo già espressosi in tal senso prima della riforma del 2006 – prevede la possibilità di proporre una domanda giudiziale di mero accertamento dell'(in)validità o (in)efficacia di una convenzione arbitrale, ma solo ove non sia già pendente un giudizio arbitrale che si fondi proprio su quella medesima convenzione.

È indubbio che, rispetto alla situazione antecedente alla riforma, tale disposizione rappresenti un significativo passo avanti nel tentativo di realizzare un coordinamento preventivo tra i due sistemi rimediali, rispettivamente, l'arbitrato e la giurisdizione statale.

Se vi sono tutt'ora dispute intorno a quale sia l'effettivo oggetto di un giudizio *ex art. 819 ter*, comma 3 c.p.c.²⁰⁹ (diritto sostanziale o bene della vita processuale; su ciò torneremo, in parte, nella seconda sezione di questo capitolo), non paiono invece esservi dubbi, infatti, sulla portata degli effetti di una decisione resa al termine di quel giudizio e divenuta definitiva, individuabile nel vincolo dell'arbitro – e altresì di qualsivoglia altro giudice statale²¹⁰ – all'accertamento incontrovertibile

²⁰⁹ Per F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, cit., 113 ss., ad esempio, la domanda in questione avrebbe ad oggetto *mediato* la esistenza, validità ed efficacia di una convenzione di arbitrato e come oggetto *immediato* la esistenza o inesistenza del potere decisorio degli arbitri e, correlativamente, la esistenza o inesistenza, per lo stesso oggetto, del potere decisorio del giudice. Questo deriverebbe dal contenuto *esclusivamente processuale* della convenzione di arbitrato. Dal punto di vista qualificatorio, secondo F.P. LUISO, 113, nt. 4: "(...) se la convenzione di arbitrato è un atto che produce solo effetti processuali – uno positivo, in quanto fonda il potere degli arbitri di decidere; uno negativo, in quanto esclude il potere decisorio del giudice – la sentenza che decide sulla convenzione di arbitrato non potrà che avere ad oggetto quegli effetti: e dunque statuire sull'esistenza / inesistenza del potere decisorio dell'arbitro e del giudice". Anche per M. BOVE, *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. civ.* 2002, I, 418: "*Qui [con riferimento agli effetti negativi dello stesso] il patto compromissorio manifesta tutta la sua processualità, perché è evidente che con esso i privati non hanno disposto del rapporto sostanziale, in ipotesi intercorrente tra loro, ma hanno inciso solo sulla 'via' da percorrere al fine di ottenere tutela per quel rapporto*".

²¹⁰ Si pensi, ad esempio, alla contemporanea pendenza tra un processo statale sulla valida esistenza di un patto arbitrale ed un giudizio sul rapporto sostanziale cui si riferisca quel patto. In tale

compiuto dal giudice adito *ex art. 819 ter*, comma 3 c.p.c. circa la (in)validità o (in)efficacia di una convenzione arbitrale (in deroga al principio secondo cui ogni giudice è giudice della propria competenza²¹¹). Argomentando diversamente, del resto, si condannerebbe il nuovo istituto alla più assoluta inutilità.

Eppure, anche ammettendo come pacifici quegli effetti, il giudizio circa l'effettiva idoneità di quest'istituto a consentire un coordinamento preventivo tra arbitrato e giurisdizione statale non può che essere interlocutorio, in ragione (oggi come ieri) della lunghezza dei tempi processuali necessari per pervenire ad un accertamento *incontrovertibile e vincolante* sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale.

Già solo considerando una statuizione giudiziale di primo grado, i tempi fisiologici per pervenirvi annacquano non poco la funzione di coordinamento preventivo su cui si fossero eventualmente poste speranze. Invero, non è da escludere (e, anzi, riteniamo rappresenti il caso più frequente) che, una volta giunti al termine di un giudizio *ex art. 819 ter*, comma 3 c.p.c., con una statuizione del giudice che dichiara la sussistenza o, al contrario, l'insussistenza di una valida pattuizione arbitrale, il giudizio arbitrale, ma anche *altri* giudizi dinanzi all'autorità giudiziaria statale, ad esempio quello vertente sul merito di una lite rientrante nell'ambito di applicazione della pattuizione arbitrale, in cui la pronuncia resa ai sensi dell'*art. 819 ter*, comma 3 c.p.c. avrebbe potuto essere spesa o invocata per puntellare la competenza dell'organo adito o, al contrario, per escluderne la sussistenza, si siano già conclusi (non sussistendo alcuna norma che imponga la sospensione dell'uno o dell'altro).

situazione, secondo F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, cit., 114, la sentenza che deciderà in via principale sulla questione della validità del patto formerà giudicato (proprio) sulla questione dell'esistenza o meno del potere decisorio degli arbitri. E, correlativamente, sulla fondatezza o meno dell'eccezione di arbitrato, proposta in sede giurisdizionale. Secondo l'autore: "Un giudicato su tale oggetto, lo si definisca come si vuole (sostanziale, processuale, strumentale) è pertanto giuridicamente possibile. Ma se, dunque, la sentenza in questione statuisce incontrovertibilmente fra le parti circa i rispettivi diritti ed obblighi con riferimento alla via per tutelare i loro diritti sostanziali, è di tutta evidenza che tale giudicato, una volta dedotto nel processo giurisdizionale o arbitrale che ha ad oggetto un loro diritto sostanziale, non potrà che vincolare il giudice o l'arbitro. L'azione autonoma, pertanto, ha un risultato innegabile: accertando la sussistenza / insussistenza del potere decisorio dell'arbitro o del giudice, vincola il giudice o l'arbitro rispetto a tale presupposto".

²¹¹ Secondo F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, cit., 114, il principio secondo cui ogni giudice è giudice della propria competenza, serve innanzitutto a consentire, in contrasto con quella che sarebbe la soluzione secondo logica, una decisione che ha come oggetto il proprio potere di decidere. Poi il principio non impedisce che la decisione sulla propria competenza possa essere soggetta a vincoli, quando la legge lo preveda. Ed uno dei vincoli che la legge prevede è appunto il giudicato. Così anche M. BOVE, *La giustizia privata*, cit., 67.

Tali scenari, d'altra parte, paiono ancor più realistici e, di fatto, *inaggirabili*, ove si ritenga, com'è logico ritenere, che solo un accertamento non ulteriormente controvertibile – e dunque *formalmente* passato in giudicato – possa essere efficacemente invocato per definitivamente escludere o, viceversa, puntellare, la “competenza” di uno dei due organi (arbitro o giudice) aditi in presenza (asserita, in quanto da dimostrare) di una convenzione arbitrale.

Invero, un qualsivoglia accertamento, per porre fine ad una situazione di incertezza giuridica integrante l'interesse ad agire che ne legittima la proposizione, *o è incontrovertibile o non è*. La spendita di una decisione resa unicamente in primo grado, infatti, in quanto soggetta a potenziale riforma o annullamento nelle fasi di impugnazione, non sarebbe idonea a fungere da efficace e stabile meccanismo di coordinamento preventivo tra i due sistemi rimediali. Nel caso dell'istituto di cui al comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c., le fasi di impugnazione, prima di pervenire ad una decisione incontrovertibile, sarebbero addirittura due, al contrario di quanto sostenuto da un certo orientamento, secondo cui dall'incontestabile riconducibilità dei rapporti arbitro-giudice alla categoria della “competenza”, dalla natura stessa dell'oggetto dedotto in un giudizio *ex art. 819 ter*, comma 3 c.p.c. e dai numerosi riferimenti alla “competenza” contenuti nella norma di legge (l'art. 819 *ter* c.p.c.) al cui interno è stata inserita la disciplina dell'istituto in questione (“la competenza degli arbitri non è esclusa (...)”; “[l]a sentenza, con la quale il giudice afferma o nega la propria competenza”; “l'eccezione di incompetenza del giudice in ragione della convenzione di arbitrato deve essere proposta (...)”; “la mancata proposizione dell'eccezione esclude la competenza arbitrale (...)”) discenderebbe la necessità di esperire il regolamento di competenza (e dunque uno strumento impugnatorio in un unico grado, direttamente dinanzi alla Suprema Corte) per eventualmente contestare una decisione del giudice statale resa ai sensi dell'art. 819 *ter*, comma 3 c.p.c.

Ad opinione di chi scrive, tuttavia, lo strumento impugnatorio esperibile avverso una decisione di primo grado resa dal giudice *ex art. 819 ter*, comma 3 c.p.c. non può identificarsi nel regolamento di competenza, dato che quella decisione non può essere assimilata a nessuna delle fattispecie che la legge prende in considerazione per disciplinare il rimedio del regolamento nelle sue due forme, il regolamento *facoltativo* e il regolamento *necessario*: né al provvedimento che, pronunciando sulla competenza anche ai sensi degli artt. 39 e 40, non decide il merito della causa (art. 42 c.p.c.); né al provvedimento che abbia pronunciato sulla competenza insieme col merito (art. 43 c.p.c.).

Ne deriva che l'unica strada per contestare una decisione di primo grado resa dal giudice *ex art. 819 ter*, comma 3 c.p.c. è quella delle impugnazioni ordinarie (dapprima l'appello e, dipoi, eventualmente, il ricorso per cassazione), che tra la proposizione della domanda iniziale e il conseguimento della certezza incontrovertibile sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale contempla un lasso di

tempo tale da vanificare pressoché integralmente l'obiettivo (non si sa con quanta convinzione perseguito dal legislatore) del coordinamento *preventivo* tra i due sistemi rimediali.

Per di più, nell'eventuale terzo grado di giudizio, che appunto concorre in maniera cospicua al sensibile allungamento dei tempi processuali rispetto alla via alternativa e più rapida dell'esperimento del regolamento di competenza, in relazione alla questione di competenza la Suprema Corte non avrebbe certo gli stessi poteri cognitivi di cui invece gode nel contesto del rimedio da ultimo citato, caratterizzati da una cognizione piena, esaustiva e soprattutto *diretta* sulla convenzione arbitrale; nel primo caso, infatti, la questione relativa alla spettanza della lite agli arbitri piuttosto che al giudice statale potrà essere portata all'attenzione dei giudici di legittimità unicamente negli stessi limiti in cui può essere dedotta in sede di legittimità una qualsiasi altra decisione di merito, dunque nei termini di cui all'art. 360, comma 1, nn. 3 e 5 c.p.c.

In base a questa impostazione, al rimedio del regolamento di competenza rimarrebbe comunque uno spazio residuale di proponibilità avverso una decisione di primo grado resa dal giudice *ex art. 819 ter*, comma 3 c.p.c.: all'esclusivo fine, cioè, di contestare la competenza del giudice adito a pronunciarsi sulla domanda di mero accertamento di (in)validità o (in)efficacia della convenzione arbitrale, alla luce delle norme e dei criteri usuali attributivi della competenza: luogo in cui il contratto (e quindi la convenzione arbitrale) sia stato stipulato, oppure luogo in cui il contratto dovrebbe essere adempiuto, secondo quanto previsto dall'art. 20 c.p.c.

A depotenziare ulteriormente, se possibile, la funzione di coordinamento preventivo dell'istituto, intervengono anche le norme sui termini entro cui rilevare l'incompetenza del giudice adito. Invero, sebbene il punto non sia del tutto pacifico tra gli interpreti, ove, all'interno del giudizio arbitrale o di quello statale sul merito della lite, la questione della competenza sia già preclusa, non essendo più possibile alle parti contestare quella dell'organo adito, il giudicato formatosi nel giudizio *ex art. 819 ter*, comma 3 c.p.c. non potrebbe avere alcun impatto su quei giudizi e su quei giudici, privati o pubblici, potendo semmai svolgere un ruolo "stabilizzatore" solo per il futuro, in relazione cioè ad altre liti che dovessero venire in essere tra le medesime parti e rientrare nell'ambito di applicazione della medesima pattuizione arbitrale (ove si tratti di *clausola* arbitrale – dunque operante per liti *future* – o di convenzione in materia non contrattuale di cui all'art. 808 *ter* c.p.c.).

Nonostante i suddetti rilievi, la norma si fa sicuramente apprezzare sotto il profilo teorico e sistematico, in quanto, sdoganando la possibilità che la questione dell'esistenza, validità ed efficacia di una convenzione di arbitrato e, dunque, della *potestas iudicandi* arbitrale, formi oggetto *esclusivo* di un accertamento giudiziale, destinato a ripercuotersi all'esterno in ragione del vincolo prodotto nei confronti di arbitri e giudici che dovranno in futuro confrontarsi con quella medesima que-

stione, conferisce a quest'ultima un profilo non solo di meritevolezza di tutela, ma di vera e propria autonomia e indipendenza, al contempo assimilando, quantomeno sotto il profilo degli effetti, quella che è indubbiamente una decisione *sul processo* – in quanto attinente alla questione della sussistenza o meno del potere decisorio dell'organo adito (arbitro o giudice) in presenza di una convenzione arbitrale, che non può non dirsi processuale – ad un giudicato su oggetto sostanziale.

6.4.3. *Non configurabilità di un'azione di mero accertamento della esistenza, validità ed efficacia della convenzione arbitrale in sede arbitrale*

Se, dunque, l'istituto introdotto *ex novo* dal legislatore al comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c. non è idoneo a svolgere efficacemente il ruolo di coordinamento preventivo tra le due procedure, ancor meno appare esserlo l'identico istituto ove proposto in arbitrato e dinanzi all'arbitro, per la semplice ragione che prima ancora che inefficace, tale opzione appare *inammissibile*²¹².

Le ragioni, in effetti, sono molteplici.

Da un lato, alla luce della normativa in tema di impugnazione per nullità del lodo (nello specifico, dell'art. 829, comma 1, n. 1 c.p.c.), il giudice statale dell'impugnazione non può mai essere privato, per accordo o comunque iniziativa delle parti, del potere di valutare esso stesso e in piena autonomia se effettivamente sussista un valido patto arbitrale; tale potere verrebbe invece compresso ove fosse consentito alle parti di stipulare convenzioni arbitrali di secondo grado o “al quadrato”, consistenti nell'attribuire agli arbitri il potere di esprimersi in via esclusiva e vincolante sulla questione della sussistenza della loro *potestas iudicandi*, tra cui ben può farsi rientrare la proponibilità all'arbitro di domande di mero accertamento della validità o efficacia di una convenzione arbitrale.

D'altra parte, basterebbe l'art. 24, comma 1 Cost. a sancire l'inefficacia di un simile accordo, dal momento che la deroga alla giurisdizione statale in virtù di una convenzione stipulata dalle parti è consentita, nel nostro ordinamento, solo a patto che vi sia il modo di accertare l'effettiva sussistenza di quella convenzione e, dunque, la sussistenza di un consenso effettivo e validamente manifestatosi²¹³.

Dall'altro lato, l'inammissibilità di un simile istituto in sede arbitrale discende abbastanza chiaramente dal principio *ubi lex voluit, dixit*; invero, mentre la legge ha espressamente previsto l'istituto in sede giudiziale, parlando chiaramente, al comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c., di “domande giudiziali”, non altrettanto ha previsto per la sede arbitrale. Infine, se già il principio *Kompetenz Kompetenz* si fonda su una *finzione giuridica*, perché, a rigore di logica, un arbitro potrebbe conoscere e giudicare di qualsiasi questione giuridica, ivi comprese le questioni attinenti alla

²¹² Così anche M. BOVE, *La giustizia privata*, cit., 67 ss.

²¹³ Così M. BOVE, *La giustizia privata*, cit., 67 ss.

propria “competenza”, solo dopo che sia effettivamente accertata l’esistenza e validità del fondamento del suo potere decisorio (la convenzione di arbitrato), non potendo bastare la supposta sua esistenza, consentirgli addirittura di pronunciarsi su quella questione *in via esclusiva*, con una pronuncia idonea al giudicato o comunque a risultare “all’esterno” vincolante risulterebbe in una notevole forzatura; tanto più se a promuovere un simile accertamento in sede arbitrale fosse la parte interessata a vedere affermata e dichiarata la propria “libertà” dal vincolo costituito dalla convenzione arbitrale, e, di riflesso, il proprio stato di non-soggezione nei confronti di un procedimento arbitrale *instaurando* e di una decisione arbitrale *emananda*.

6.4.4. *Inadeguatezza della trasmigrabilità bilaterale della causa tra arbitrato e processo statale, riconosciuta dalla decisione della Corte costituzionale n. 223 del 2013, a fungere da correttivo al sistema delle “vie parallele” “puro”, ossia privo di meccanismi di coordinamento preventivo. Le questioni irrisolte*

Nel terzo capitolo si è dato ampiamente conto della portata sistematica del comma 2 dell’art. 819 *ter* c.p.c. e dell’impatto, sui rapporti arbitro-giudice, della decisione della Corte costituzionale n. 223 del 2013 che ha aperto le porte alla trasmigrazione bilaterale della causa tra arbitrato e giurisdizione statale (e viceversa), statuendo l’illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui escludeva l’applicazione, ai rapporti arbitro-giudice statale, di regole corrispondenti all’art. 50 c.p.c.

In linea di principio va osservato che l’impatto di tale decisione sui rapporti (e conflitti) tra arbitrato e giurisdizione statale è senz’altro di grande rilievo, perché da essa discende che l’erronea proposizione della domanda giudiziale davanti all’arbitro anziché al giudice statale, e viceversa, *consente sempre all’attore in errore di fare salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda* (tra cui, ad esempio, la decadenza dall’impugnazione di una delibera assembleare), purché quegli effetti si siano correttamente prodotti in base alle norme applicabili davanti al *giudice* (statale o privato) erroneamente adito. Si tratta di una decisione più che apprezzabile, che si fonda su due passaggi principali.

Da un lato, una pronuncia declinatoria pronunciata dal giudice o dall’arbitro, in ragione, rispettivamente, dell’accertata esistenza, validità ed efficacia o inesistenza, invalidità o inefficacia di una convenzione arbitrale, non osta a che l’attore possa riassumere la causa, rispettivamente, dinanzi all’arbitro o al giudice.

Dall’altro, detta riassunzione consente la piena salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda originaria, a patto che la riassunzione avvenga nel termine previsto, che verosimilmente sarà, in mancanza di una specifica norma e avendo la Corte “disapplicato” la non applicabilità del meccanismo di cui all’art. 50 c.p.c., quello previsto da quest’ultima norma (ossia quello stabilito dall’organo che ha declinato la competenza o, in mancanza, quello di tre mesi).

Ne deriva che, ove il procedimento venga tempestivamente riassunto, le parti potranno giovare dell'effetto interruttivo della prescrizione di cui all'art. 2945, comma 2 c.c., dell'effetto prenotativo conseguente alla trascrizione della domanda (non correndo più il rischio che l'alienazione della *res litigiosa* trascritta nel periodo compreso fra la domanda introduttiva del giudizio e la pronuncia declinatoria pregiudichi il loro diritto sulla cosa) o, ancora, della conservazione dell'efficacia del provvedimento cautelare concesso in precedenza.

Nulla quaestio, dunque, sull'importanza sistematica del pronunciamento del Giudice delle Leggi. Esso, tuttavia, non ha minimamente investito la parte rimanente del comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c. (quella, cioè, che esclude l'applicabilità, nei rapporti tra arbitrato e processo, di: "(...) regole corrispondenti agli articoli 44, 45, 48 (...) e 295"), che rimane, dunque, tutt'ora in vigore.

Ne deriva che, la *solo parziale* dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 819 *ter*, comma 2 c.p.c. travolge la norma unicamente nella parte in cui non consente una trasmigrazione della causa dal giudice all'arbitro e viceversa (con contestuale salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda originaria), mentre rimane aperta la questione del *vincolo dell'accertamento contenuto nella decisione, arbitrale o giudiziale*, divenuta definitiva, sulla competenza, rispetto a giudici e arbitri che dovessero successivamente confrontarsi con la medesima problematica. Questo perché, appunto, ammettere la trasmigrazione della causa da un giudizio all'altro, nonché la salvezza, in caso di riassunzione dinanzi all'organo competente, degli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda originariamente proposta all'organo dichiaratosi incompetente non implica, né sotto il profilo teorico, né sotto quello normativo (che sul punto è lacunoso), né sotto quello pratico, un vincolo dell'organo della riassunzione al contenuto dell'accertamento compiuto dall'organo declinante la propria competenza, rimanendo il primo libero, in ossequio al principio *Kompetenz Kompetenz*, di valutare in piena autonomia la questione della esistenza o validità della convenzione di arbitrato. È stata del resto la stessa Corte costituzionale ad affermarlo in una sua precedente decisione, la n. 77 del 2007²¹⁴, in cui ha statuito che una cosa è ammettere la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda, mentre altra cosa è stabilire: "(...) se mantenere in vita il principio per cui ogni giudice è giudice della propria giurisdizione, ovvero adottare l'opposto principio seguito dal codice di procedura civile (art. 44) per la competenza".

Anche all'indomani della decisione della Consulta, dunque, si ripropone inalterato – nonostante la novità rappresentata dalla salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda a seguito della tempestiva riassunzione – il rischio di conflitti negativi²¹⁵. Ma, a ben vedere, e specularmente, anche quello dei conflitti

²¹⁴ In *Foro it.* 2007, I, 1009.

²¹⁵ Osserva F.G. DEL ROSSO, *Note in tema di translatio iudicii tra arbitrato e processo*, cit.,

positivi di competenza tra arbitri e giudici statali²¹⁶. Si pensi, ad esempio, al caso in cui una parte, dopo aver ottenuto tutela di un proprio diritto dal giudice statale (dinanzi al quale la causa fosse stata tempestivamente riassunta a seguito di precedente declinatoria pronunciata dall'arbitro), proceda, in un momento successivo, magari anche a distanza di anni, ad instaurare *un nuovo, ma diverso processo arbitrale*, avente bensì ad oggetto un *petitum* diverso da quello in precedenza dedotto e deciso dal giudice statale, *fondato, tuttavia, sul medesimo patto arbitrale in precedenza azionato*. In tal caso, sarebbe priva di rilievo, per il nuovo collegio arbitrale, la *valutazione negativa*, quanto alla validità ed efficacia della convenzione arbitrale, compiuta dall'arbitro che aveva precedentemente declinato la propria competenza in relazione a quel medesimo patto, non sussistendo ostacolo alcuno, per il nuovo collegio, ad affermare la sussistenza della propria *potestas iudicandi* in base a quella stessa convenzione arbitrale, già oggetto di un'opposta valutazione condotta dal precedente collegio. Ciò – pur a seguito della decisione della Corte costituzionale, e alla luce del combinato disposto di cui agli artt. 817 e 819 *ter* c.p.c., che non contempla per nessun giudizio (arbitrale o statale), iniziato per secondo, la necessità di arrestarsi in ossequio al criterio della prevenzione – potrebbe tradursi in un ennesimo *conflitto positivo di competenza*, ove, a fronte di questo nuovo giudizio arbitrale, la controparte decidesse di azionare un giudizio statale sulla medesima causa, e il giudice statale (“memore” anche delle valutazioni negative circa la validità della pattuizione arbitrale, adottate in precedenza sia dall'arbitro che dal giudice statale, investiti bensì di una causa diversa, ma sulla base di quella medesima pattuizione) concludesse per l'invalidità della convenzione arbitrale.

Ma si pensi anche al caso in cui l'attore in arbitrato, pur essendo riuscito ad ottenere dal giudice statale – a seguito di tempestiva riassunzione dinanzi ad esso, conseguente ad una declinatoria dell'arbitro – la tutela originariamente richiesta in arbitrato, proceda in un momento successivo, magari anche a distanza di anni, ad instaurare un diverso processo dinanzi al giudice statale, avente ad oggetto un

557 che, alla luce dell'inapplicabilità ai rapporti arbitro-giudice dell'art. 44 c.p.c., un eventuale conflitto negativo di competenza: “(...) non può essere risolto né in via preventiva con un meccanismo analogo a quello di cui all'art. 45 c.p.c. (regolamento di competenza di ufficio), né in via successiva, posto che l'art. 362 c.p.c. non trova applicazione nel caso dei rapporti tra arbitro e processo”.

²¹⁶ Osserva G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5ª ed., cit., 27 ss., che l'espunzione dell'art. 50 c.p.c. dal catalogo delle norme non applicabili ai procedimenti arbitrali e ai loro rapporti con i giudizi statali ha ripercussioni sullo stesso principio dell'impermeabilità tra arbitrato e processo statale, essendo quel principio collegato all'applicabilità delle norme sulla litispendenza, sulla continenza, sulla connessione, sulla sospensione per pregiudizialità. Ciò che emerge dal quadro normativo ridefinito dalla Consulta, secondo G. VERDE, e in attesa di un eventuale correttivo introdotto dal legislatore, sarebbe *l'impossibilità di pervenire ad una composizione del conflitto arbitro-giudice in via preventiva*, dovendo, in definitiva, ricercarsi una soluzione nelle regole che disciplinano il conflitto tra giudicati.

petitum radicalmente diverso da quello in precedenza dedotto, che continua tuttavia a rientrare nell'ambito di applicazione del medesimo patto arbitrale in precedenza azionato. Anche in tal caso, alla luce del pronunciamento della Corte costituzionale n. 223 del 2013, il giudice statale non sarebbe vincolato alle valutazioni compiute in precedenza sia dall'arbitro sia dal suo omologo, potendo pertanto ritenere *valido ed efficace* quel medesimo patto in precedenza giudicato *invalido e inefficace* e, per l'effetto, chiudere in rito il giudizio e rinviare le parti in arbitrato.

Si pensi anche al caso in cui le parti non facciano seguito all'indicazione contenuta nel lodo declinatorio degli arbitri circa il giudice statale competente, preferendo adirne un altro, che, non vincolato in alcun modo all'indicazione contenuta nel lodo (in ragione dell'assenza di un vincolo paragonabile a quello predisposto dall'art. 44 c.p.c.), ben potrebbe ritenersi competente. Ove, invece, questo secondo giudice dovesse ritenersi non tanto incompetente, in ragione dell'esistenza di una convenzione arbitrale, ma addirittura sfornito di giurisdizione, ritenendo la causa rientrante nella giurisdizione di un giudice speciale, si porrebbero i presupposti per un'ulteriore *translatio* a favore di quest'ultimo, che però, come visto, potrebbe a sua volta ritenersi privo di giurisdizione e sollevare il conflitto dinanzi alla Cassazione tramite l'attivazione del regolamento di giurisdizione d'ufficio, in una serie infinita di rimpalli da un organo all'altro.

Su questi profili (e altresì su quello, in parte accostabile, dell'efficacia, vincolante o meno, nei confronti degli arbitri, delle sentenze della Cassazione sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale), la decisione della Corte costituzionale non si è dunque minimamente pronunciata²¹⁷. La persistente inapplicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, degli artt. 44, 45, 48 e 295 c.p.c., rende pertanto difficile ravvisarvi l'affermazione della vigenza, nei rapporti arbitro-giudice statale, di una vera e propria *translatio iudicii*²¹⁸ e osta, in ogni caso, all'attribuzione all'istituto della trasmigrazione bilaterale della causa tra arbitrato e giurisdizione statale di un qualsivoglia ruolo di coordinamento preventivo tra le due procedure, rispettivamente, arbitrale e giudiziale.

Prima di occuparci conclusivamente di questi profili, andiamo qui di seguito ad esaminare un ultimo potenziale meccanismo di coordinamento preventivo tra il giudizio statale e quello arbitrale, di fatto quasi del tutto obliterato dalla dottri-

²¹⁷ Non pare invece avere dubbi sulla "fissazione" incontestabile della questione dell'allocatione della *potestas iudicandi*, conseguente ad una pronuncia declinatoria del giudice o, rispettivamente, dell'arbitro, S. BOCCAGNA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., 1413, per il quale: "(...) a seguito della riassunzione, la pronuncia con la quale il giudice o gli arbitri abbiano declinato la propria competenza esplicherà efficacia vincolante nei confronti degli arbitri o, rispettivamente, del giudice indicati come competenti".

²¹⁸ Così anche C. DELLE DONNE, *Sub art. 817 c.p.c.*, cit., in P. COMOGLIO *et al.* (a cura di), *Commento del codice*, cit., 522 ss.

na e financo in giurisprudenza oggetto, a quanto ci consti, di un'unica decisione della Cassazione, la n. 6950 del 1997²¹⁹, coeva, dunque, alle celebri decisioni *Montedison* e *Mascheroni*.

6.4.5. *Assenza di altri meccanismi idonei a fungere da coordinamento preventivo nei rapporti arbitro-giudice. In particolare, la controversia ammissibilità e, in ogni caso, l'inefficacia, ai fini del suddetto coordinamento, dello strumento rappresentato dalla domanda giudiziale, proposta in via condizionata all'eventuale dichiarazione di incompetenza degli arbitri investiti della stessa causa: la decisione della Cassazione n. 6950 del 1997*

Come detto in chiusura del paragrafo che precede, tra i meccanismi, diretti o indiretti, di coordinamento preventivo dei possibili conflitti di competenza tra arbitrato e giurisdizione statale, merita quantomeno una menzione uno *affatto peculiare*, prospettato nel vigore del precedente regime normativo da una serie di decisioni poi confluite nella pronuncia della Suprema Corte n. 6950 del 1997.

Riteniamo opportuno trattarne brevemente in questa sede perché esso coinvolge problematiche di teoria generale del processo di notevole portata, quali l'assoggettabilità a condizione, per volontà delle parti, delle attività processuali in generale, e delle domande giudiziali in particolare, nonché la configurabilità di fattispecie di *litispendenza precaria*, condizionate cioè, per il passaggio ad una dimensione di "stabilità", al verificarsi di eventi futuri o solo eventuali. L'analisi servirà altresì a capire se un tale meccanismo sia riproponibile anche nel contesto normativo inaugurato dalla riforma del 2006.

Nella summenzionata decisione, che è appunto l'unica che ci risulta di questo tipo, la Cassazione era stata chiamata a confrontarsi con una domanda giudiziale, proposta *in via condizionata* all'eventuale pronuncia declinatoria della propria competenza da parte degli arbitri (preventivamente investiti della cognizione della medesima causa); solo nel caso di avveramento dell'evento dedotto in condizione, il giudice statale avrebbe potuto procedere con la trattazione della causa e decidere nel merito.

Nel caso di specie, una parte, dopo aver iniziato un giudizio arbitrale, proponeva la medesima domanda dinanzi al giudice statale, dichiarando peraltro, contestualmente alla proposizione, che riteneva bensì che la competenza spettasse agli arbitri e che intendeva senz'altro proseguire l'arbitrato, ma che aveva comunque deciso di proporre una domanda dinanzi al giudice statale, *in via sospensivamente condizionata*, per: "(...) *mero tuziorismo, nell'eventualità che il collegio arbitrale po-*

²¹⁹ Cass. 25 luglio 1997, n. 6950, *Bizzarri – Gerino c. Comune di Torino*, in *Giust. civ.* 1998, I, 1, 474 ss.

tesse ritenersi incompetente a seguito della dichiarazione comunale di esclusione e al solo fine di evitare ogni possibile decadenza"²²⁰.

La controversia, ulteriormente arricchita dalla pronuncia di due lodi, era approdata dinanzi alla Corte d'appello, che aveva annullato il secondo lodo per incompetenza degli arbitri, in ragione della pendenza di una causa, *ormai non più identica, ma connessa*²²¹, davanti al giudice statale: circostanza che, nel regime previgente alla riforma del 1994 e in virtù della tesi allora in vigore della *vis attractiva*, avrebbe imposto l'assorbimento della causa arbitrale nell'ambito della competenza del giudice ordinario.

La Cassazione, cassando la sentenza della Corte d'appello, precisava che il *carattere condizionato* della domanda proposta in sede giudiziale: "(...) *subordinava il sorgere della potestas decidendi (e del dovere decisorio) del giudice all'avveramento del fatto dedotto in condizione; talché se tale condizione manca, manca anche la domanda di parte la cui efficacia è subordinata all'avverarsi dell'evento posto in condizione. Non si verifica, pertanto, il presupposto della coesistenza di due cause connesse (...) perché la stessa potestas iudicandi non sorge, se non risulti verificata, in esito al provvedimento arbitrale, l'incompetenza degli arbitri stessi*"²²².

²²⁰ Tra le ragioni di una simile condotta processuale va senz'altro individuato il particolare contesto normativo in cui essa era stata posta in essere (la controversia era sorta nel 1986) che, alla pacifica inammissibilità della *translatio iudicii* dal procedimento arbitrale a quello ordinario (e viceversa), univa la tendenziale inidoneità degli atti introduttivi del procedimento arbitrale a produrre gli effetti interruttivo e sospensivo della prescrizione (poi esplicitamente ammessa con l'introduzione, ad opera della riforma del 1994, degli artt. 2943, comma 4 e 2945, n. comma 4 c.c.).

²²¹ La fattispecie di tale sentenza era in effetti particolarmente complessa. Dopo aver ottenuto un lodo a favore che pronunciava condanna del Comune (parte convenuta) al pagamento di un acconto pari al 40% della retribuzione pattuita per l'esecuzione di un progetto per la ristrutturazione e il potenziamento di uno stadio, e dopo aver adito *in via condizionata*, per mero tuziorismo, il giudice statale, la parte vittoriosa instaurava, in mancanza di esecuzione spontanea del lodo da parte del convenuto, un *secondo procedimento arbitrale*, proponendo domanda di risoluzione della convenzione stipulata con il Comune, domanda che veniva rigettata. In sede di giudizio di nullità avverso questo secondo lodo, la Corte d'appello dichiarava la nullità del lodo per incompetenza del Collegio arbitrale, stante la pendenza di una causa connessa dinanzi al giudice statale. La Corte rilevava che, al momento del passaggio in giudicato del primo lodo arbitrale, era pendente davanti al giudice statale un ordinario giudizio di cognizione, avente ad oggetto la domanda di esecuzione della convenzione. Tale giudizio, immutato nel *petitum*, conservava una sua ragion d'essere, avendo il lodo pronunciato *solo* sull'acconto iniziale e restando spazio di contesa per gli ulteriori acconti ed il saldo. Dal momento che la parte vittoriosa, pur avendo nuovamente adito gli arbitri (modificando peraltro la domanda da un'originaria richiesta di adempimento ad una di risoluzione), non aveva rinunciato all'altra pretesa preventivamente avanzata presso il giudice ordinario, essendosi dunque venuta profilando, secondo la Corte, *una relazione di connessione*. Stante il rischio di contraddittorietà tra pronunce che il costante orientamento della giurisprudenza preveniva stabilendo l'assorbimento della competenza arbitrale in quella del giudice ordinario, la Corte procedeva a dichiarare la nullità del secondo lodo, per la violazione della regola della *vis attractiva*.

²²² Cass. 25 luglio 1997, n. 6950, in *Giust. civ.* 1998, I, 1, 476 ss.

La decisione della Corte, come evidenziato da autorevole dottrina²²³, non chiariva se l'espedito utilizzato da parte attrice fosse ammissibile o non integrasse, piuttosto, gli estremi di una domanda da rigettarsi *quale irritualmente proposta*²²⁴.

D'altra parte, anche a voler ritenere ammissibile una tale (irrituale) domanda, non era chiaro (non essendosi la Corte espressa sul punto) cosa avrebbe dovuto fare il giudice statale *nelle more della pendenza del giudizio arbitrale*: se sospendere il procedimento incardinato dinanzi ad esso, in virtù dell'art. 295 c.p.c. "(...) *seppure per mera pregiudizialità di rito*"²²⁵, oppure se dare regolare corso al processo, procedere con la trattazione della causa e financo decidere nel merito, *salvo poter la sua decisione venir impugnata per aver pronunciato in mancanza di una condizione di decidibilità della causa nel merito*, seppure *atipica* (alla stregua di quello che di norma avviene nel caso di inesistenza degli altri tipici presupposti processuali).

6.4.5.1. *Il tradizionale divieto concernente l'apposizione di condizioni alla domanda giudiziale*

Al di là dell'isolato precedente, il tema della domanda giudiziale proposta *in via condizionata* al verificarsi di un evento futuro è stata oggetto di approfonditi studi, soprattutto nell'ambito della dottrina tedesca, che si è sempre espressa per il principio del *divieto della domanda condizionata* (*das Verbot bedingter Klagen*). Ciò in ragione della: "(...) *basilare esigenza che al processo non sia impresso un carattere di instabilità e precarietà, incompatibile con la sua struttura e con l'invocazione, compiuta con la proposizione della domanda, di un giudizio su di una determinata controversia*"²²⁶.

Molto meno spazio tale tematica ha avuto nella riflessione degli autori italiani, che, peraltro, quando se ne sono occupati, si sono anch'essi generalmente schiera-

²²³ Tale approdo è stato in particolare criticato C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario*, cit., 673, ossia l'autore che più di ogni altro ha approfondito lo studio del tema del fenomeno del cumulo condizionale di domande nell'ordinamento italiano.

²²⁴ Per una fattispecie analoga, in epoca più recente, v. Trib. Milano 30 novembre 2012, in *Riv. arb.* 2014, 367, nt. D. AMADEI, *Vie parallele ed efficacia del lodo nel procedimento giurisdizionale*.

²²⁵ C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario*, cit., 673.

²²⁶ Per riferimenti alla dottrina tedesca v. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova 1985, 106. In linea di principio, in condizione può essere dedotto sia un evento *esterno* che un evento *interno* al processo. Esempio del primo tipo può essere una domanda di condanna, proposta a condizione che il debitore non paghi entro un determinato periodo o a condizione che vi sia l'accettazione alla proposizione della domanda da parte di un terzo; esempio del secondo tipo, invece, quello di domanda proposta a condizione che il convenuto non contesti la competenza del giudice adito. Secondo la dottrina tedesca classica, se la condizione è apposta alla proposizione *dell'unica domanda proposta*, entrambe le ipotesi risultano inammissibili.

ti, in linea con l'orientamento tedesco prevalente, in senso contrario alla sua ammissibilità²²⁷.

Tale inammissibilità, tuttavia, riguarderebbe *solo* l'apposizione di condizioni ad una domanda che rappresenti anche *l'unico oggetto del giudizio*, non investendo, invece, fattispecie similari, ma strutturalmente diverse (in cui pure l'aspetto della *condizionalità* rappresenta l'elemento caratterizzante), quali il cumulo, *alternativo*²²⁸ o *condizionale*²²⁹, di domande, in relazione alle quali, a fianco di domande

²²⁷ Nell'ordinamento italiano, tra gli autori decisamente contrari alla sottoposizione a condizione degli atti processuali di parte ricordiamo V. V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., 541 ss., per il quale, formando gli atti processuali di parte – ci si passi il bisticcio – *parte* del processo ed essendo collegati al provvedimento che quel processo conclude, era *in linea di massima* da escludere l'apponibilità ad essi di elementi accidentali, che, se apposti: "(...) determinerebbero, pur con riguardo all'atto finale, una inammissibile situazione di pendenza (v., ad es., l'art. 306 cod. proc. civ., per il quale l'accettazione della rinuncia agli atti del giudizio è inefficace se contiene riserve o condizioni)"; E. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*. Vol. I – *La pronuncia di merito*, Milano 1963, 199, che, definendo l'inesistenza giuridica della domanda non tanto come invalidità derivante dalla mancanza di un elemento essenziale per la sussunzione dell'atto in un certo modello legale, quanto, piuttosto, come *difformità dell'atto stesso da qualsiasi modello d'atto concepito o concepibile in un dato ordinamento processuale*, vi faceva rientrare il caso della domanda la cui efficacia venisse subordinata al verificarsi di un evento futuro ed incerto o anche al decorso di un periodo di tempo: "(...) è infatti connaturale alla meccanica del processo che il suo inizio segua automaticamente alla proposizione della domanda, senza che su ciò possa influire la volontà della parte. La domanda sottoposta a condizione o a termine è in sé contraddittoria, perché pone il processo nello stesso momento che gli nega l'attualità: in realtà, è una non domanda". V anche S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano 1959-1971, I, 331, per il quale: "(...) indefettibile carattere della domanda è l'attualità". Per F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, cit., 527: "(...) rispetto a tutti i provvedimenti e perfino a tutti i negozi processuali (...) la possibilità di sottoporli a condizione volontaria debba essere negata", questo perché: "(...) nel campo intermedio del diritto subiettivo e della potestà processuale non deve recare alcuna meraviglia che la libertà sia minore, onde se la legge si rimette per la determinazione di certi effetti alla volontà dell'agente, non gli consenta però di farli dipendere da una condizione e perciò di lasciarli nell'incertezza". Favorevoli alla sottoposizione a condizione degli atti processuali in generale e della domanda in particolare, purché l'evento dedotto in condizione si verifichi *all'interno del processo*, erano invece G. TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, in *Riv. dir. proc.* 1964, 279; A. CONIGLIO, *La continenza del processo nella dottrina e nel progetto di riforma*, Padova 1929, 38 ss.

²²⁸ La figura dell'abbinamento in via alternativa di due azioni, o cumulo alternativo di domande, è in realtà non poco controversa, sia per quanto riguarda il suo corretto inquadramento dogmatico e sistematico (per le differenze con figure *limitrofe* quali la domanda unica diretta a provocare la condanna della controparte a prestazioni alternative, oppure la domanda di una sentenza alternativa nella motivazione o nel dispositivo, v. G. TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, cit., 252 ss.), sia, d'altra parte, per quanto attiene alla sua ammissibilità e legittimità alla stregua dei principi generali dell'ordinamento. Su ciò v. G. TARZIA, *Appunti sulle domande alternative*, cit., 1964, 291 ss.

²²⁹ La dottrina italiana qualifica in termini di cumulo condizionale tre diverse fattispecie: il cumulo "successivo" (o condizionale in senso stretto), in cui un'azione è proposta sotto condizione che

proposte in via condizionata, ve ne sono altre proposte *incondizionatamente*.

Tra le argomentazioni addotte per giustificare l'ammissibilità degli istituti da ultimo menzionati, v'è la necessità di distinguere tra *rapporto giuridico processuale* (necessariamente *incondizionato*) e *litispendenza* (risolutivamente *condizionabile*)²³⁰.

Nel cumulo eventuale (oggettivo) di domande, infatti, pur in presenza di una domanda la cui pendenza è *risolutivamente condizionata* all'esito della decisione sulla domanda principale²³¹, relativamente *ad almeno una delle domande dedotte in giudizio* (quella principale) il giudice avrebbe un dovere *attuale* di decidere e le parti un'aspettativa altrettanto *attuale* e non condizionata ad una decisione, sicché sarebbe in ogni caso riscontrabile un *unico rapporto giuridico processuale*, del tutto *incondizionato e stabile*. La precarietà della litispendenza, in altri termini, investirebbe *solo una delle domande giudiziali*, senza intaccare la stabilità e certezza *dell'unico rapporto giuridico processuale* nel cui ambito quelle domande siano state dedotte²³².

Nel caso di *un'unica domanda proposta in via condizionata*, invece, la condizione posta (e la conseguente precarietà del) all'unico oggetto *abbracciato* dal rapporto processuale, renderebbe quest'ultimo *instabile e precario*.

Ciò che appariva inaccettabile alla dottrina tedesca maggioritaria – che pur non escludeva, in linea di principio, l'ammissibilità di una *litispendenza precaria*, a patto che la condizione apposta fosse *risolutiva* – era l'idea di una *litispendenza sospensivamente condizionata*, per l'asserita insostenibilità delle implicazioni processuali e sistematiche cui tale fenomeno avrebbe dato luogo²³³. Si pensi al caso in

un'altra sia stata preventivamente accolta; il cumulo "eventuale" (o subordinato) che riguarda il caso di un'azione proposta per l'eventualità, contraria all'ipotesi precedente, che l'altra sia respinta; il cumulo "alternativo", per cui due azioni sono proposte perché o l'una o l'altra accolta. La dottrina tedesca conosce, invece, solo la bipartizione tra cumulo "eventuale" e cumulo "alternativo".

²³⁰ La distinzione, elaborata dalla dottrina tedesca, fra rapporto giuridico processuale e litispendenza, quanto ai relativi presupposti generatori e al momento cronologico di produzione dei rispettivi effetti processuali, era influenzata dal particolare meccanismo di proposizione della domanda giudiziale all'epoca in vigore nell'ordinamento tedesco. Per riferimenti v. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., 51 ss.

²³¹ È in questi termini, infatti, che la dottrina tedesca maggioritaria costruiva l'istituto del cumulo convenzionale di domande. La proposizione di una domanda in via *condizionata* o *subordinata* darebbe cioè luogo ad uno stato di litispendenza pieno ed immediato – idoneo alla produzione immediata di tutti gli effetti processuali e sostanziali ad essa ricollegati dall'ordinamento – ma *precario*, perché *risolutivamente* condizionato al verificarsi dell'evento (costituito dal contenuto della decisione assegnata alla domanda principale incondizionatamente proposta) capace di risolvere integralmente e retroattivamente, *ipso facto*, tale stato di pendenza.

²³² Ciò perché quel rapporto andrebbe riferito non ad ogni singola domanda (come, invece, avviene per la litispendenza), *ma alla relazione complessivamente intesa fra attore e convenuto*.

²³³ Sul punto la dottrina tedesca è unanime. V., per ampi riferimenti in proposito, C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., 41, nt. 21 e 42, nt. 22. Al di là del fatto che con essa si eliminava l'automatismo tra proposizione della domanda e *piena ed effettiva pendenza del giudizio* (nei termini

cui, dopo la proposizione di una domanda *in via sospensivamente condizionata*, una domanda identica stessa venisse proposta successivamente ad un diverso giudice statale: in tal caso, la prosecuzione del secondo giudizio non sarebbe stata impedita dalla litispendenza, in ragione del fatto che, nel primo, la “pendenza della lite” non si era ancora compiutamente realizzata. Anzi, verosimilmente la prima domanda avrebbe dovuto essere rigettata in rito per inammissibilità: “(...) a motivo della intercorsa litispendenza a favore del processo posteriore, ma validamente instauratosi ciò nondimeno”²³⁴ (salvo ammettere una, poco probabile, sopravvenuta inammissibilità della seconda domanda, in virtù dell’efficacia retroattiva del verificarsi della condizione sospensiva nel primo giudizio).

Parimenti problematica sarebbe risultata l’applicabilità di altri istituti processuali, incompatibili con l’idea che un processo, pur iniziato, *non fosse di fatto effettivamente pendente*. Si pensi ai casi di *perpetuatio fori et iurisdictionis* ex art. 5 c.p.c. o di successione a titolo particolare nel diritto controverso ex art. 111 c.p.c. In relazione a quest’ultima ipotesi, ove si prevede che il trasferimento del diritto avvenga “nel corso del processo”, se il processo ancora non penda, pur essendo già stata proposta domanda dalla parte originariamente titolare del diritto controverso, l’avverarsi della condizione sospensiva vedrebbe attore colui che, in virtù del detto trasferimento, sarebbe ormai privo di legittimazione. Una situazione che non potrebbe che sfociare in una pronuncia di rigetto in rito della domanda.

6.4.5.2. La configurabilità di forme di litispendenza “attenuata” e gli esempi ricavabili dall’ordinamento tedesco

L’apparente inconciliabilità strutturale tra le ipotesi (ammissibili) di *cumulo condizionale di domande* e quelle (inammissibili) di *un’unica domanda proposta in via sospensivamente condizionata*, ad un’analisi più attenta, non appare del tutto inaggirabile, sì da non escludere un loro trattamento processuale tendenzialmente omogeneo.

D’altra parte, la precarietà associata alla figura della litispendenza sospensivamente condizionata è talvolta riscontrabile anche in altri fenomeni ed istituti contemplati e regolati dal nostro ordinamento.

e nelle modalità – anche temporali – con cui si manifesta di solito la litispendenza), facendo dipendere quest’ultima dalla volontà dell’attore che poteva incidere sulle relative modalità, limiti ed effetti (ciò che peraltro avveniva in parte anche in relazione all’istituto, pacificamente ammesso dalla dottrina tedesca, del cumulo condizionale di domande, che si fonda anch’essa su una litispendenza soggetta alle condizioni, configurazioni, limiti ed effetti ad essa impressi dalla volontà dell’attore), era la contraddizione tra azione giudiziale e sua attuale inefficacia a rendere inaccettabile l’idea di una *domanda sospensivamente condizionata*. Quanto alla dottrina italiana, sulla stessa linea v. E. GRASSO, *La pronuncia d’ufficio*, cit., 199; S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., 331.

²³⁴ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., 43.

Sotto il primo profilo, va osservato che la concezione secondo cui alla pendenza di una pluralità di domande fra gli stessi soggetti corrisponderebbe lo svolgimento, fra essi, di un rapporto processuale *unitario ed unificatore*, di un rapporto giuridico processuale, cioè, che *non* andrebbe riferito ad ogni singola domanda (come avviene per la litispendenza), *ma alla relazione complessivamente intesa fra attore e convenuto, comprendente tutte le domande proposte*, è stata sottoposta a critica, in particolare per quanto attiene alla nozione di rapporto processuale quale *contenitore unico di più pretese dedotte in giudizio*, legittimante la proposizione di una domanda risolutivamente *condizionata*, che, se contestuale ad almeno un'altra domanda proposta in via *incondizionata*, sarebbe sufficiente a rendere il rapporto, nel suo complesso, *incondizionato*, e dunque *non precario ma stabile*²³⁵.

Come emerso infatti dalle riflessioni di parte della dottrina italiana, il processo con pluralità di autonomi *themata decidenda* è unico *solo in senso formale*, dando vita, in realtà, ad una *pluralità di rapporti giuridici processuali*²³⁶. Solo la prospettiva della pluralità di rapporti contestuali sarebbe infatti in grado di dare conto di tutta una serie di vicende processuali *irriducibili*, altrimenti, *allo schema del rapporto processuale unico*²³⁷.

Tale prospettiva impedirebbe di condividere la tesi della dottrina tedesca, che, pur ribadendo il divieto della proposizione di un'unica domanda condizionata, continua a ritenere ammissibile il cumulo condizionale di domande. Ciò perché non vi sarebbe alcun rapporto giuridico processuale unitario, nell'ambito del quale "riscattare" la precarietà della litispendenza di una domanda in ragione del carattere stabile e incondizionato di una delle altre domande cumulate.

²³⁵ V., per riferimenti, C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., in particolare Cap. I, par. 5, 7.

²³⁶ V. G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli 1965, 91 ss.; ID., *Rapporto giuridico processuale e litispendenza*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1931, 3 ss. e ora in G. CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma 1930, 375 ss., per il quale, ad ogni ipotesi di azione unica con domande plurime, corrispondeva una pluralità di provvedimenti giurisdizionali, ossia una pluralità di doveri decisorii del giudice nei confronti di ciascuna "aspirazione e aspettazione" delle parti. In tale ottica, il rapporto giuridico processuale: "(...) dura finché una parte, a servizio della propria aspirazione, può pretendere un provvedimento dell'autorità giudiziaria", sicché in caso di cumulo oggettivo si sarebbe in presenza di tanti rapporti processuali quante sono le domande.

²³⁷ V. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., in particolare Cap. I, par. 5, 92 ss., che riporta gli esempi dell'estinzione *parziale* del giudizio, sotto il profilo dell'ammissibilità di una rinuncia limitata ad una sola delle varie domande pendenti; della sospensione *parziale* dello stesso, e, soprattutto, delle vicende di successione a titolo particolare nel diritto controverso ("ove poi dovesse ritenersi (...) che la successione afferisca non tanto – o non propriamente – al processo o ad altre entità o situazioni processuali complesse variamente individuabili, ma davvero al rapporto giuridico processuale, dovrà allora concludersi che nel giudizio con cumulo oggettivo sono rintracciabili tanti rapporti processuali quante risultano le liti ivi confluite e trattate": C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., 104).

Se questa impostazione è corretta, bisognerebbe allora cercare *al di fuori della teorica del rapporto unico processuale* i fondamenti teorici dell'ammissibilità di una qualsivoglia *litispendenza precaria*.

Spunti interessanti, a tal fine, possono attingersi da una serie variegata di fattispecie e vicende processuali che il nostro ordinamento ben conosce, e che presentano più di un'analogia con l'istituto che stiamo esaminando.

Tali fattispecie hanno suggerito, ad esempio, a Consolo, la considerazione secondo cui la posizione del giudice nei riguardi dell'oggetto di giudizio sottoposto al suo esame non sarebbe inquadrabile nella rigida alternativa investitura della lite: "(...) *a tutti gli effetti ed a pieno titolo oppure mancanza radicale di ogni contatto fra l'organo giurisdizionale e la controversia*"²³⁸, ossia nella contrapposizione *piena litispendenza / nessuna litispendenza*. Vi sarebbero, infatti, stati di litispendenza caratterizzati da *ridotta capacità di funzionamento*, da una *variazione di intensità*, a seconda che sia o meno sussistente un *requisito* di validità della domanda o di ulteriore perseguibilità del processo; stati in cui: "(...) *al giudice rimangono aperte – perdurante tale fase – solo alcune possibilità quanto al tipo e al contenuto dei provvedimenti da emettere, non invece altre, ed in particolare non quella di pronunciare nel merito della causa*"²³⁹.

Le varie gradazioni di litispendenza "diminuita", "ridotta", "contratta" o "quiescente" sarebbero *altrettante fasi di giudizio* cui corrisponderebbero limitazioni più o meno intense all'esercizio dei poteri del giudice, cui potrebbe rimanere di volta in volta preclusa – con talune eccezioni – ora la sola *decidibilità della causa nel merito*²⁴⁰ (ossia qualsiasi valutazione sulla fondatezza o meno della domanda), ora *qualsivoglia*

²³⁸ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., 110 ss., che però rimane contrario all'ammissibilità della proposizione di *un'unica domanda condizionata*, proprio in ragione del rispetto dell'esigenza che al processo non sia impresso un carattere di instabilità e precarietà incompatibile con la sua struttura.

²³⁹ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., 112. Esempi di una tale litispendenza *ridotta* o di *ridotta intensità* sarebbero, ad esempio, quelli in cui un processo sia instaurato *in mancanza di un presupposto processuale o di una condizione dell'azione*; oppure dinanzi ad un giudice incompetente o nei confronti solo di alcune fra le parti fra cui deve essere pronunciata la decisione di merito (*ex art. 102 c.p.c.*); oppure con notificazione nulla dell'atto introduttivo; o con ricorso, che, già al momento del deposito, può dirsi *parzialmente pendente*, in attesa che, a seguito della notificazione del ricorso alla controparte, lo diventi integralmente. Contrario all'idea che nelle ipotesi menzionate si sarebbe in presenza di una *limitazione* ai poteri del giudice è G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, cit., 115 ss., secondo cui, in tutte le ipotesi di litispendenza *ridotta* o *contratta*, il giudice *non disporrebbe affatto o disporrebbe solo limitatamente* di tutti i poteri necessari per pervenire al provvedimento finale di merito. Secondo G. ARIETA, la mancanza dei requisiti di trattabilità o di perseguibilità della causa inciderebbe: "(...) *non sull'esistenza del dovere decisorio del giudice e sui poteri ad esso connessi, ma solo sul concreto esercizio di questi ultimi*".

²⁴⁰ È questo il caso del processo instaurato in carenza di un presupposto processuale o di una condizione dell'azione (legittimazione ad agire ed interesse ad agire), in cui al giudice è consentito solamente di pronunciare una valida sentenza di rigetto in rito.

*attività decisoria*²⁴¹, anche meramente di rito, ora la trattazione nel merito della causa²⁴², ora, infine, *qualunque attività non solo decisoria, ma altresì processuale*²⁴³.

La proposizione di *un'unica domanda proposta in via sospensivamente condizionata* potrebbe inserirsi a pieno titolo nella categoria delle litispendenze in vario modo *attenuate*; presentando bensì l'anomalia di non svolgersi all'interno di una vicenda processuale già a sua volta pendente (dal momento che ne condiziona lo stesso venire in essere), essendo pur tuttavia foriera di una futura litispendenza potenzialmente molto più solida e stabile di altre, nella misura in cui, una volta avveratasi la condizione, il processo non sarebbe più esposto a rischi di paralisi originanti da fattispecie che integravano il contenuto della condizione originariamente apposta a quella litispendenza (i.e. tutte le problematiche connesse alla controversa sussistenza della *potestas iudicandi* arbitrale).

6.4.5.3. *Gli spunti ricavabili dalle riflessioni della dottrina tedesca in tema di prozessualer Streitgegenstand*

Sotto il secondo profilo, quello, cioè, degli *strumenti rappresentativi* e degli *inquadranti concettuali* di dette ipotesi di litispendenza ridotta, nella la dottrina italiana (che non si è mai tuttavia occupata della questione in maniera sì estesa e con il medesimo grado di approfondimento di quella tedesca) si è tradizionalmente fatto ricorso allo schema del processo *latu sensu* quiescente, e, soprattutto, di quello *instaurato in carenza di presupposti processuali*.

Negli ultimi anni ha peraltro preso piede, nell'ambito di uno sforzo volto ad enucleare strumenti rappresentativi idonei a valutare l'attualità e intensità dei poteri del giudice nei confronti di una determinata causa pendente²⁴⁴, la teorica ela-

²⁴¹ È il caso della posizione del giudice nei confronti della domanda subordinata, proposta *in via condizionata* all'accoglimento o al rigetto della domanda principale, nell'ambito della figura del cumulo condizionale di domande.

²⁴² È il caso in cui sia inizialmente assente una condizione di trattabilità della causa nel merito: assenza rimediabile attraverso adempimenti posti in essere dalle parti, in virtù di disposizioni di legge che permettono all'originaria irritualità di essere sanata in modo tale che il processo possa proseguire senza la necessità di riproposizione della stessa domanda in un distinto processo. Si pensi ai casi di *translatio iudicii* o di domanda proposta pretermettendo la *vocatio in ius* di un litisconsorte necessario. Su tali istituti v. R. VACCARELLA, *Inattività delle parti*, cit., 117; C. MANDRIOLI, *Termine dilatorio per far valere un diritto in giudizio: condizioni dell'azione, presupposti processuali ed altre categorie*, in *Riv. dir. civ.* 1983, I, 14 ss.; ID., *Presupposti processuali*, in *Noviss. Dig. it.*, XIII, Torino, 1966, 784 ss.

²⁴³ Sono i casi dell'interruzione, della sospensione e della cancellazione della causa dal ruolo, che si sostanziano in una radicale cesura nello sviluppo del processo, che non consente il compimento di alcun atto processuale, salva la possibilità del compimento – *extra iudicium* – di attività urgenti ed indilazionabili di istruzione o di cautela.

²⁴⁴ Tra le ulteriori critiche avanzate nei riguardi della nozione di rapporto processuale (su cui v.,

borata negli anni dalla dottrina tedesca in relazione al tema dell'*oggetto del processo* (*Streitgegenstand*), che ha progressivamente soppiantato quella fondata sulla nozione di *rapporto giuridico processuale* (unitario) – pur se inteso nella sua accezione non *di merito*, ma *processuale* (o anche “*d’ordine*”, “*generico*”), *che sorgerebbe comunque anche in caso di carenza dei presupposti processuali*²⁴⁵ e, in quanto tale, *pienamente efficiente e stabile*²⁴⁶ –.

Pur all’interno di un’evoluzione che ha visto la dottrina schierarsi su posizioni anche profondamente divergenti²⁴⁷, ciò che accomuna le diverse tesi succedutesi nel tempo è una tendenza generalizzata, nell’ambito della funzione e dei poteri decisori del giudice, in favore dell’autonomizzazione *dell’aspetto processuale*; in fa-

per riferimenti, C. MANDRIOLI, *Termine dilatorio*, cit., 27 ss.; ID., *Presupposti processuali*, cit., 784 ss.), ricordiamo anche: l’inidoneità di tale concetto a rappresentare l’aspetto *dinamico* del processo (N. PICARDI, *La successione processuale*, Milano 1964, 51); la difficoltà di applicare al processo lo schema di interdipendenza delle posizioni attive e passive (E. FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, 65 ss.); l’impossibilità di considerare detta nozione quale effettivo strumento di sintesi ed elemento unificatore delle attività, dei poteri e delle facoltà che le parti esercitano nel processo (A. ATTARDI, *L’interesse ad agire*, cit., 52; N. PICARDI, *La successione processuale*, Milano, 1964, 50, secondo cui: “(...) una volta scomposto pezzo per pezzo il complesso meccanismo del fenomeno processuale, sfuma ogni possibilità di raccogliere nel rapporto processuale il processo nella sua totalità”); l’impossibilità, infine, di riconoscere al concetto di rapporto processuale l’attitudine a fungere da base teorica per la generale ricostruzione dei vari fenomeni processuali (G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, cit., 111 ss.).

²⁴⁵ Il riferimento è essenzialmente ad E. ALLORIO, *Litisconsorzio alternativo passivo e impugnazione incidentale*, in *Giur. it.* 1947, IV, 73 ss., poi raccolto nel volume *L’ordinamento giuridico nel prisma dell’accertamento giudiziale*, Milano 1957, I, 515 ss.

²⁴⁶ Perché: “(...) la funzione processuale generica, intesa come potestà e, di riflesso, come obbligo di servizio dell’organo processuale esiste sol che vi sia, da parte di una qualsiasi persona, la domanda di un provvedimento ad un organo giurisdizionale”. La stabilità del rapporto sarebbe testimoniata dalla suscettibilità di più ampi e complessi svolgimenti istruttori per accertare la sussistenza o meno del presupposto processuale o della condizione di trattabilità nel merito della domanda e suscettibile di chiudersi mediante un provvedimento decisivo in forma di sentenza. V. E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, Torino 1962, 270 ss.; ID., *Litisconsorzio alternativo passivo*, cit., 73 ss., poi raccolto nel volume *L’ordinamento giuridico nel prisma*, cit., 515 ss.; G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, cit., 107.

²⁴⁷ L’evoluzione del dibattito sull’oggetto del processo nella dottrina tedesca ha conosciuto infatti numerose tappe intermedie. In tempi più risalenti vi era la tesi che concepiva *due distinte fasi procedurali*, la prima *riservata al solo giudizio di ammissibilità*, con carattere preliminare rispetto al giudizio sul merito. V., per una panoramica delle diverse posizioni, CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., 143 ss.; G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, cit., 144 e il richiamo, *ivi*, alla tesi del O. BÜLOW, per il quale lo svolgimento della tutela giurisdizionale di cognizione si articolava in due fasi, aventi differenti oggetti, attraverso le quali risultava segnata una cesura: quella fra un *Vor (bereitungs-) verfahren*, corrispondente ad un procedimento preliminare dedicato alla valutazione dell’ammissibilità della domanda e un *Hauptverfahren*, identificato nel processo vero e proprio volto all’accertamento della causa nel merito.

vore, cioè, del conferimento di un'autonomia concettuale al tema dell'*ammissibilità della domanda*. Tra queste, la tesi del *doppio oggetto del processo*²⁴⁸ – secondo cui, per ogni processo, vi sarebbero necessariamente due distinti oggetti, uno relativo al rito (*prozessualer Streitgegenstand*) e l'altro al merito (*sachlicher Streitgegenstand*), su cui: “(...) il giudice sarebbe chiamato a pronunciarsi secondo un ordine logicamente predeterminato, dovendo la pronuncia di ammissibilità necessariamente precedere l'esame del merito: pur trattandosi di due oggetti di decisione diversi, anche se collegati, entrambi sarebbero sottoposti, con la proposizione della domanda, alla cognizione del giudice”²⁴⁹ –, pur se sottoposta a non poche critiche nell'ordinamento tedesco²⁵⁰, ha fornito, nel nostro ordinamento, un appiglio per una rappresentazione concettuale del cumulo condizionale di domande, e, in particolare, per una ricostruzione della *domanda subordinata condizionata*, in termini profondamente diversi da quelli riconducibili al paradigma della litispendenza risolutivamente condizionata²⁵¹.

In estrema sintesi, dovendosi distinguere, all'interno della generica situazione di litispendenza, *due distinti oggetti di giudizio*, uno sostanziale ed uno processuale²⁵², nel caso di *domanda subordinata condizionata*, solo lo stadio *terminale* della litispendenza, consistente appunto nella situazione di attuale decidibilità dell'oggetto *sostanziale* di giudizio risulterebbe assoggettato a condizione, mentre la pendenza *generica* di tale domanda (ossia la presa di contatto del giudice con essa), si verificherebbe immediatamente *in modo incondizionato* e, pertanto, *del tutto stabile*.

L'oggetto *processuale* di giudizio, vale a dire il *tema* relativo all'esistenza del dovere decisorio di merito nel processo pendente, risulterebbe dunque, *in ogni caso*, sottoposto a cognizione e decisione²⁵³.

²⁴⁸ V., per riferimenti alle diverse correnti della dottrina, G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, cit., 144.

²⁴⁹ Così G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, cit., 144.

²⁵⁰ V., in particolare, W.J. HABSCHIED, *L'oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco*, in *Riv. dir. proc.* 1980, 460 ss.

²⁵¹ Il riferimento è a C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale* cit., *passim*, per il quale il giudizio di ammissibilità, oltre ad essere necessario, non si svolgerebbe: “(...) in uno speciale procedimento *pre ed extra processuale*”, condizionante la possibilità stessa di una valida ed efficace instaurazione di un processo sulla pretesa attrice, ma *nell'ambito del processo stesso* e con le garanzie di questo. Si svolgerebbe, cioè: “(...) un processo ed un fenomeno di accertamento *giurisdizionale anche in mancanza delle condizioni di trattabilità nel merito, benché con oggetto limitato, cioè con esclusione dell'oggetto sostanziale*”.

²⁵² Quest'ultimo “(...) *prodromico e strumentale, di natura e consistenza schiettamente processuale*”, vertente, anch'esso, “(...) *sull'accertamento di una posizione giuridica soggettiva, sia pure regolata dal diritto processuale*”.

²⁵³ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., 106 ss.

Per il giudice adito, si porrà sempre una precisa alternativa decisoria: esame nel merito della fondatezza della domanda stessa, oppure dichiarazione di assorbimento di tale esame, implicante una definizione con decisione di puro rito della pendenza della domanda condizionata²⁵⁴.

Anche a fronte della proposizione di una domanda in via condizionata, dunque, si avrebbe la sottoposizione alla cognizione del giudice di un oggetto “processuale” di giudizio (i.e. la questione circa l’esistenza del proprio dovere decisorio) *stabile e non precario*, che necessiterà, in ogni caso, di una decisione del giudice: non una mera *cognitio*, ma *un giudizio in senso giuridico vero e proprio*. “Con il verificarsi dell’evento condizionante si attualizzerà il dovere decisorio di merito, in precedenza sospeso; con la sua defaillance non si avrà automatica ed irreversibile dissoluzione della litispendenza, ma solo l’esigenza di porre ad essa fine attraverso un’apposita decisione di mero rito”²⁵⁵.

6.4.5.4. *Problematiche applicative nel caso di ritenuta ammissibilità di una domanda giudiziale proposta in via condizionata*

Alla luce delle riflessioni, necessariamente sintetiche, svolte in precedenza, non paiono dunque sussistere, nel nostro ordinamento, insormontabili ostacoli di carattere teorico-dogmatico che ostino all’ammissibilità dell’istituto di *un’unica domanda proposta in via condizionata* (nel caso che ci occupa, alla declinatoria di competenza *pronuncianda* dagli arbitri previamente aditi). Non ci pare, infatti, che possa rappresentare un simile ostacolo, in particolare, l’asserita impossibilità di concepire una *litispendenza precaria*, che attenga all’unica domanda proposta in giudizio, che, appunto, sarebbe smentita dalla possibilità di individuare, nell’ambito di un giudizio, un oggetto processuale, che dovrà essere sempre e comunque conosciuto e deciso dal giudice adito.

La non inconcepibilità di un tale istituto nel nostro ordinamento trova del resto conferma proprio nella vicenda processuale da cui è originata l’unica decisione che ci consta sul tema. Se la Cassazione, allineata all’orientamento maggioritario contrario a detta ammissibilità, osservava che il *carattere condizionato* della domanda, subordinando il sorgere della *potestas decidendi* del giudice all’avveramento del fatto

²⁵⁴ Come nel caso del ricorso alla nozione di rapporto processuale, anche nell’ambito dell’impostazione che si fonda sulla teoria del doppio oggetto del giudizio il mancato verificarsi della condizione non farebbe venir meno, *risolutivamente*, la pendenza dell’unica domanda proposta in via condizionata (secondo quanto sostenuto dalla dottrina tedesca contraria all’ammissibilità in ogni caso di una simile domanda), come se non fosse mai venuta ad esistenza, ma *richiederebbe in ogni caso un provvedimento giudiziale, di rito*, che dichiari l’insussistenza del dovere decisorio del giudice e l’impossibilità, dunque, di pervenire ad una decisione di merito.

²⁵⁵ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., 335.

dedotto in condizione, implicava che, nel frattempo, mancando tale condizione, quella *potestas* non potesse dirsi ancora sorta, la Corte d'appello non rinveniva invece ostacoli a riconoscere, nel giudizio instaurato con la domanda proposta in via condizionata, *tutti i crismi di un'effettiva (e già attuale) litispendenza*. Tanto che, proprio in ragione di tale pendenza (e della conseguente connessione sussistente tra questa e un secondo giudizio arbitrale, instaurato a seguito dell'inadempimento al lodo pronunciato in un precedente giudizio arbitrale), la Corte aveva annullato il lodo contrastante con la regola, allora in vigore, della *vis attractiva*; regola che, disciplinando una situazione di connessione tra due cause, presupponeva una loro *attuale e contestuale pendenza* in sede, rispettivamente, arbitrale e giudiziale.

Certo, le indubbie difficoltà di un inquadramento teorico di detto istituto e le resistenze ad una sua accettazione da parte della dottrina praticamente unanime, non solo nel nostro ordinamento, non possono che incidere sulle prospettive di un suo effettivo (ed efficace) utilizzo (in generale, e con particolare riferimento alla tematica che ci occupa).

Le difficoltà pratico-applicative di un tale istituto non sarebbero, del resto, irrilevanti. Si pensi, ad esempio, ai profili problematici (in termini di possibili contrasti, e modalità della loro composizione, sull'effettivo verificarsi dei requisiti che integrano la condizione) derivanti dal duplice vincolo impresso dalle parti all'esercizio del potere del giudice, cui verrebbe richiesto di decidere sulla domanda condizionata *solo* dopo la decisione degli arbitri sulla propria competenza e *solo se* questa decisione abbia avuto un determinato esito (se gli arbitri, cioè, si dichiarano incompetenti). Oppure alla posizione processuale del convenuto, posto in una situazione di vera e propria soggezione conseguente all'apponibilità *unilaterale* della condizione, cui egli non ha in alcun modo concorso o aderito²⁵⁶. Si pensi

²⁵⁶ A tal proposito, si può rilevare che, mentre nelle ipotesi di rinuncia agli atti di giudizio e di componimento processuale, la legge ne condiziona l'efficacia al consenso o all'accettazione del convenuto, in virtù della basilare esigenza che non si ponga fine alla litispendenza attraverso un atto unilaterale *successivo al suo sorgere* (“(...) *durch eine nachträgliche einseitige Parteihandlung*”), nel caso di domanda *lato sensu* condizionata, la determinazione unilaterale dell'attore di porre fine (al verificarsi di un determinato evento) alla litispendenza, espressa fin dal momento della proposizione, funge da contestuale limitazione all'efficacia della domanda, sicché il convenuto sa *fin dal principio* di non poter vantare un diritto pieno ed illimitato ad una pronuncia sulla domanda. Vi sarebbe, cioè, una corrispondenza tra l'ambito dell'oggetto del giudizio (necessariamente limitato dalla deduzione in via condizionale dei diritti fattivi valere) e l'ampiezza delle aspettative del convenuto ad una decisione al suo riguardo (in tal senso v. H.J. KION, *Eventualverhältnisse im Zivilprozess*, Berlin, 1971, 64). Una simile posizione si richiama indirettamente al principio dispositivo, alla cui stregua è unicamente la parte attrice a determinare *l'inizio* e il *contenuto* del giudizio, con un conseguente vincolo ai poteri del giudice. Ma v., sul punto, C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., 38, per il quale: “(...) *chiedere meno di quel che si potrebbe appare infatti concettualmente diverso dal chiedere qualcosa in modo eventuale*”.

poi anche alla non agevole individuazione degli istituti processuali più appropriati da cui desumere in via analogica il regime normativo per dare effettività alla particolare conformazione che l'attore ha inteso dare alla domanda e al processo; il ricorso all'istituto della sospensione necessaria di cui all'art. 295 c.p.c., ad esempio, sarebbe possibile solo interpretando l'istituto in modo da ricomprendere anche le ipotesi di sospensione per pregiudizialità *di rito*, oltretutto di merito.

Un ulteriore sforzo creativo andrebbe fatto per individuare la sanzione per l'ipotesi in cui il giudice decida nel merito *prima del verificarsi della condizione o nonostante il verificarsi dell'evento contrario a quello che lo legittimerebbe a decidere*, che non è detto debba necessariamente essere quella di norma conseguente alle ipotesi di pronuncia in carenza di un presupposto processuale.

6.4.5.5. *In particolare: l'allungamento dei tempi processuali per pervenire ad una composizione della questione della potestas iudicandi arbitrale*

Al di là del dibattito relativo all'ammissibilità stessa di una domanda giudiziale proposta in via condizionata all'eventuale declinatoria di competenza pronunciata dagli arbitri (in relazione alla quale chi scrive ribadisce la convinzione dell'assenza, in linea di principio, di ostacoli teorici insormontabili nel nostro ordinamento) e detto dei non pochi problemi pratici che un suo riconoscimento implicherebbe, a scoraggiare il ricorso a un tale istituto concorrerebbe, verosimilmente, la sua dubbia efficacia nell'ottica del possibile coordinamento *preventivo* dei conflitti di competenza tra arbitrato e giurisdizione statale: non tanto perché il suo esperimento dipenderebbe sempre e comunque da una scelta di parte (tra l'altro unilaterale), sicché, dal punto di vista della certezza e della prevedibilità del diritto, nessuna garanzia verrebbe offerta in relazione ai fenomeni del parallelismo di procedure e alla doppia declinatoria, potenzialmente foriera di un diniego di giustizia; quanto, piuttosto, perché, sotto il profilo della tempistica necessaria a pervenire ad una soluzione definitiva sulla questione della competenza, l'esperimento di tale rimedio finirebbe semmai per allungare, anziché ridurre, i tempi processuali.

Per cominciare, infatti, per come è configurato tale meccanismo, la possibilità, per il giudice statale, di riesumare il giudizio incardinato, seppur sospensivamente, dinanzi ad esso, dipenderà dal fatto che l'arbitro abbia infine deciso di declinare la propria competenza.

Tale declinatoria potrebbe bensì seguire alla decisione dell'arbitro di concentrarsi, in via preliminare, unicamente sulla questione della competenza, ma non è detto che per ciò solo essa giunga in tempi brevi, come testimoniano casi di *partial awards on jurisdiction* (in tal caso affermativi della competenza arbitrale), ossia decisioni vertenti unicamente sulla questione della *potestas iudicandi* dell'arbitro, resi a distanza anche di anni dall'instaurazione della procedura arbitrale.

La stessa pronuncia declinatoria, d'altra parte, potrebbe essere resa solo dopo

lo svolgimento integrale del processo arbitrale, tutte le volte in cui l'arbitro ritenga preferibile, in ragione della stretta interconnessione esistente tra competenza e merito della disputa, pronunciarsi sulla competenza solo insieme a quest'ultimo, salvo poi realizzare, alla luce di un più approfondito esame dei profili meritali, di essere sfornito della *potestas iudicandi*. In tal caso si sarà atteso lo svolgimento di un intero processo prima che il giudice statale possa riesumare la procedura.

6.4.5.6. *Il problema del vincolo apposto all'esercizio e al contenuto del potere decisorio del giudice statale e la non funzionalità dell'istituto a risolvere i conflitti negativi di competenza*

In ogni caso, poi, e qui sta il vero punto dolente circa la dubbia efficacia di questo strumento, il mero fatto della proposizione della domanda giudiziale in via condizionata *non implica, in sé, alcun obbligo*, per il giudice statale, di attenersi all'accertamento compiuto, sulla questione, da parte dell'arbitro.

Infatti, se l'istituto in questione è idoneo a precludere la trattazione giudiziale nel merito della causa *prima* che gli arbitri si siano pronunciati sulla propria competenza, imponendo al giudice la chiusura in rito una volta che questi abbiano *affermato la propria competenza* (costituendo la pronuncia degli arbitri, *con questo preciso esito*, l'evento che condiziona, *in negativo*, il sorgere del potere decisorio del giudice ed essendo in tal caso venuta meno, *una volta per tutte*, la possibilità del verificarsi della condizione cui la prosecuzione della causa giudiziale era subordinata²⁵⁷), esso non implica che, in caso contrario, ossia nel caso in cui effettivamente gli arbitri pronuncino una decisione *declinatoria della propria competenza*, il giudice sia necessariamente vincolato alla valutazione *negativa* sul patto arbitrale compiuta dagli arbitri.

Il coordinamento favorito dall'istituto della *domanda proposta in via condizionata*, in altre parole, è di tipo esclusivamente *procedurale*, non operando invece sul piano *sostanziale*, ossia rispetto al contenuto dei rispettivi accertamenti sulla

²⁵⁷ Anche se, a ben vedere, come osserva C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., 125, 65: "Il solo fatto che una decisione non sia (più) richiesta ove si verifichi un dato evento non può infatti implicare che il giudice debba altresì posticipare tale pronuncia fino al momento in cui si verificherà – o definitivamente mancherà – l'evento dedotto in condizione". Si porrebbe, dunque, a monte, l'ulteriore problema della giustificazione del *vincolo* all'attività del giudice, avente funzione sospensiva nei riguardi dei singoli poteri, quale quello di decisione di merito, ad esso facenti capo. Bisognerebbe, in altre parole, chiarire se la sottoposizione a condizione degli atti processuali possa costituire una delle possibili espressioni del principio dispositivo, inteso nelle sue varie declinazioni (*principio dispositivo in senso proprio o sostanziale*, detto anche *principio della domanda*, su cui v. M. CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, I, Milano 1962, I, 305 ss.; e *principio dispositivo in senso improprio o processuale*, detto anche *principio modale relativo alla trattazione*: c.d. *Verhandlungs-maxime*, su cui v. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., 268).

potestas iudicandi arbitrale, che, alla luce del principio *Kompetenz Kompetenz*, dovrebbero poter essere svolti *in totale autonomia*.

Si tratta, cioè, di un istituto che non può sopperire alla mancanza di principi o norme che rendano *reciprocamente vincolanti* gli accertamenti in tema di competenza compiuti dagli arbitri e dal giudice ordinario.

L'obbligo del giudice statale di chiudere in rito il giudizio, infatti, discende unicamente dall'avveramento di una condizione cui l'attore aveva sottoposto l'insorgenza del suo dovere decisorio. Ma il giudice statale, se può essere considerato vincolato quanto all'*an* dell'esercizio di detto potere, continuerebbe ad essere libero quanto al *quomodo*, ben potendo egli, una volta riesumato quello stesso potere, concludere per la sussistenza di un valido patto arbitrale e pronunciare, a sua volta, sentenza declinatoria.

In definitiva, l'istituto in questione, se può evitare un *conflitto positivo di competenza* tra arbitrato e giurisdizione statale (invero solo parzialmente, nella misura in cui la condizione venga apposta *solo* in caso di domanda proposta *successivamente* all'instaurazione del giudizio arbitrale, non, invece, nel caso opposto), nulla dispone in relazione al problema dei *conflitti negativi di competenza*.

6.4.5.7. *Conclusione: improponibilità di una tale azione giudiziale nel contesto normativo post-riforma del 2006*

Per quanto riguarda, infine, l'ammissibilità di un tale istituto nel contesto normativo inaugurato dalla riforma del 2006, ci pare che la risposta debba essere tendenzialmente negativa; non tanto in ragione dell'introduzione della norma di cui all'art. 819 *ter*, comma 3 c.p.c., che, riferendosi unicamente al caso della domanda di mero accertamento della validità ed efficacia di un patto arbitrale, non dovrebbe ostare alla proposizione, seppur in via condizionata (non solo *prima dell'instaurazione* di un giudizio arbitrale, ma anche *successivamente*) di una domanda giudiziale avente ad oggetto un merito sostanziale; quanto per la *mancanza di interesse* ad incardinare un giudizio, di cui contestualmente si chieda la sospensione, nell'ambito di un contesto giuridico che oggi prevede la trasmigrabilità della causa dall'arbitro al giudice statale e viceversa.

Se tale domanda aveva un senso nel contesto normativo precedente, in cui, non prevedendosi tale trasmigrazione, l'attore in arbitrato era esposto al rischio di incorrere in prescrizioni e decadenze, conseguenti alla perdita degli effetti sostanziali e processuali della domanda originariamente proposta ad un organo poi dichiaratosi incompetente, tale rischio non sussiste più nel contesto attuale, dopo il più volte menzionato intervento della Corte costituzionale sull'art. 819 *ter*, comma 2 c.p.c.

SEZIONE SECONDA

LA NOSTRA PROPOSTA RICOSTRUTTIVA.
L'ECCEZIONE DI PATTO ARBITRALE COME ECCEZIONE DI
"CARENZA DI COMPETENZA GIURISDIZIONALE" E EFFICACIA
EXTRAPROCESSUALE DELLE DECISIONI DI RITO7. *Premessa*

Nella Sezione precedente si è illustrato come, anche nel contesto normativo post-riforma del 2006, non sia possibile dare risposte soddisfacenti ai problemi originati dai (o collegati ai) conflitti *positivi e negativi* di competenza tra arbitrato e giurisdizione statale (che, nell'ambito di un sistema come quello delle "vie parallele" adottato dal legislatore, risultano non solo possibili, ma addirittura fisiologici, nonché molto frequenti), dato che né le novità introdotte dal legislatore (tra cui spicca la possibilità di proporre un'azione giudiziale di mero accertamento dell'(in)validità o (in)efficacia e della convenzione arbitrale), né gli interventi del Giudice delle Leggi e della Suprema Corte (in particolare quelli del 2013, in tema, rispettivamente, di trasmigrabilità bilaterale della causa dall'arbitro al giudice statale e di esperibilità del regolamento di giurisdizione nell'ambito di un giudizio arbitrale) appaiono risolutivi.

Il problema del conflitto non si pone (o, quanto meno, si pone in maniera attenuata e depotenziata) ove, pur essendo stati contestualmente azionati due giudizi, uno dei due organi aditi si ritenga incompetente, mentre l'altro affermi la propria competenza. In tal caso si sarà evitato un parallelismo di procedure, sussistendo un unico giudizio destinato a proseguire. Continua invece a porsi ove entrambi gli organi aditi ritengano di essere parimenti forniti di competenza o, all'opposto, emettano pronuncia declinatoria, dato che, come visto, in relazione alla prima ipotesi, non si applica l'istituto della litispendenza, né sussistono altri meccanismi di coordinamento tra le procedure *preventivo* rispetto alla spendita, in un giudizio, della decisione sul merito pronunciata (o divenuta definitiva) per prima (di solito il lodo) nell'altro; mentre, in relazione alla seconda, l'applicabilità di norme corrispondenti all'art. 50 c.p.c., sancita dalla Corte costituzionale nella decisione n. 223 del 2013, non implica alcun vincolo, sul punto della validità ed efficacia della convenzione arbitrale, per l'organo (giudice o arbitro) indicato come competente dall'organo che abbia declinato la propria competenza²⁵⁸.

²⁵⁸ Osservano M. BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, cit., 373 e M. BOVE, C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano 2006, 81 come, nonostante le aspettative create dalla

Da qualunque prospettiva li si valuti, sia i conflitti *positivi* che quelli *negativi* di competenza rappresentano un notevole inconveniente per le parti.

Nell'ambito di uno sforzo ricostruttivo volto ad individuare soluzioni conformi al dato normativo, plausibili sotto il profilo teorico-sistematico e soddisfacenti dal punto di vista pratico-applicativo, si è fatto riferimento alla possibile attribuzione di un'efficacia extraprocessuale e vincolante alle decisioni, rispettivamente, del giudice statale e dell'arbitro, sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, quale meccanismo di coordinamento *preventivo* tra due procedure sulla medesima causa, vincolando all'accertamento già compiuto su quella questione arbitri e giudici chiamati a confrontarsi in un momento successivo e in diverse sedi (ad esempio, giudizio di impugnazione per nullità; giudizio di riconoscimento di un lodo estero; tribunale arbitrale chiamato a pronunciarsi su una controversia *diversa* da quella cui si riferiva la precedente pronuncia arbitrale, ma sulla base della *medesima* convenzione arbitrale).

In questa Sezione, prima di illustrare quello che, secondo chi scrive, è il fondamento giuridico della prospettata efficacia "esterna" e vincolante della decisione (positiva o negativa) (anche o solo) sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale – nell'ambito di un dibattito tutt'ora acceso tra gli interpreti, in cui in detta efficacia viene talora ravvisato un fondamento di natura "sostanziale", analogo al giudicato, in virtù della configurazione in termini *sostanzialistici* dell'oggetto della decisione (la convenzione arbitrale); tal'altra, invece, un fondamento di natura eminentemente processuale, in virtù della sussunzione della questione della *potestas iudicandi* arbitrale, oggetto delle decisioni dell'arbitro e del giudice statale, sotto la categoria delle questioni pregiudiziali di rito –, si procederà, in via preliminare, ad un tentativo di inquadramento teorico e qualificatorio dell'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* rispettivamente sollevata, in presenza di una convenzione arbitrale, rispettivamente dinanzi all'arbitro e al giudice statale, alla luce di dati che possiamo dire pressoché acquisiti, quali la natura del meccanismo arbitrale *sostanzialmente giurisdizionale, sostitutiva e fungibile* rispetto alla giurisdizione statale e opinioni che potrebbero apparire invece controverse, quali il carattere tutt'ora *radicalmente alternativo* dell'arbitrato rispetto alla giurisdizione statale.

Nonostante il contesto diverso in cui la questione della *potestas iudicandi* arbitrale può sorgere (il giudizio arbitrale, nell'un caso; il giudizio statale, nell'altro), l'identità di essa nei due ambiti, sotto il profilo dell'oggetto dell'accertamento richiesto all'organo di volta in volta adito, ne suggerisce una trattazione unitaria.

legge delega, il legislatore non sia intervenuto su tali profili, quasi non avesse avuto consapevolezza dei problemi.

8. *L'arbitrato come meccanismo di risoluzione delle controversie sostanzialmente giurisdizionale, integralmente sostitutivo e fungibile rispetto alla giurisdizione statale*

Nel primo capitolo, e nel corso della trattazione, si è avuto modo di illustrare in più occasioni il progressivo inquadramento, sotto il profilo teorico-sistematico, dell'arbitrato nel nostro ordinamento, con particolare riferimento al suo rapporto con la giurisdizione statale.

Dopo altalenanti vicende caratterizzate da significativi e radicali mutamenti legislativi (*in primis* quelli del 1983, del 1994 e del 2006), accesi dibattiti in dottrina e giurisprudenza sulla sua natura giuridica e sulla sua collocazione nell'ordinamento e alcuni fondamentali interventi chiarificatori del Giudice delle Leggi (tra cui, *in primis*, le decisioni n. 376 del 2001 – sulla legittimazione degli arbitri a sollevare questione di legittimità costituzionale – e n. 223 del 2013 – sulla trasmigrabilità bilaterale della causa tra arbitrato e giurisdizione statale –), si può pacificamente affermare che l'arbitrato – dopo il definitivo superamento dell'impostazione meramente *privatistico-negoziale* inaugurata dalle Sezioni Unite con la decisione n. 527 del 2000, per la quale il lodo era *antitetico* alla pronuncia giudiziale, del quale costituiva, addirittura, “negazione” – può essere oggi qualificato come un fenomeno di risoluzione delle controversie civili e commerciali, bensì *alternativo* alla giurisdizione statale e caratterizzato da un'innegabile impronta privatistica, ma, sotto il profilo funzionale e degli effetti, *sostanzialmente giurisdizionale*²⁵⁹.

La pari dignità “istituzionale” acquisita da questo meccanismo, in uno con la sua idoneità a far ottenere alle parti gli stessi risultati conseguibili attraverso la via giudiziale, sotto il profilo della tutela delle rispettive posizioni giuridiche, ne fanno uno strumento perfettamente *sostitutivo e fungibile rispetto alla giurisdizione statale*, come sancito a chiare lettere dall'art. 824 *bis* c.p.c., introdotto dalla riforma del 2006, secondo cui: “(...) il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria”. Tale norma fuga ogni dubbio circa la possibilità di considerare l'arbitrato in termini di *rinuncia all'azione* (o financo di *disposizione del diritto controverso*), dato che, appunto, l'arbitrato rappresenta esso stesso una forma di esercizio dell'azione in senso proprio ed autonomo²⁶⁰.

Tale approdo è il frutto di un progressivo mutamento o, più precisamente, ampliamento, del concetto stesso di giurisdizione, i cui tratti caratterizzanti di-

²⁵⁹ Sulla chiara intenzione del legislatore del 2006 di “giurisdizionalizzare” il processo arbitrale, nell'ottica di renderlo una alternativa realmente appetibile al processo statale, v. F. CARPI, *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, in AA.VV., *Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato*, Milano 2006, 16 ss.

²⁶⁰ Così S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit. 172, spec. nt. 115.

scendono oggi non tanto dalla natura, pubblica o privata, dell'organo giudicante o dalla sua posizione istituzionale, quanto, piuttosto, *dall'attività posta in essere e dalle modalità attraverso cui detta attività viene svolta ed implementata*²⁶¹. A tale ampliamento si accompagna, fatalmente, il progressivo abbandono dell'idea della funzione giurisdizionale come *monopolio dello Stato*, come esercizio di un potere di quest'ultimo sui consociati, in favore di una concezione più "ecumenica" e liberale, che considera tale funzione quale erogazione, non solo da parte di organi dello Stato, di un "servizio" nel loro interesse²⁶².

Insomma, pur rimanendo formalmente *al di fuori del sistema* di tutela dei diritti governato dall'art. 102 Cost., anche la tutela arbitrale si configura come strumento di attuazione della volontà obiettiva della legge attraverso la funzione dell'accertamento dei diritti²⁶³. Come tale, in relazione alla tutela dichiarativa nelle sue varie forme (accertamento, condanna, costitutiva), si pone su un piano di *fungibilità e sostituibilità* rispetto alla giustizia statale per la risoluzione di controversie civili aventi ad oggetto situazioni giuridiche disponibili²⁶⁴.

8.1. *Compatibilità di tale inquadramento del fenomeno arbitrale con i principi costituzionali*

Come già ampiamente illustrato in precedenza (in particolare nel primo capitolo), questo *status* dell'arbitrato come giustizia equiparata, sostitutiva e fungibile con quella pubblica è *del tutto compatibile con il nostro ordinamento costituzionale*.

All'indomani dell'entrata in vigore della legge di riforma del 2006, a fronte, soprattutto, di alcune disposizioni piuttosto radicali quali, *in primis*, quella di cui all'art. 824 *bis* c.p.c., non erano invero mancate voci critiche in dottrina, che avevano financo paventato profili di incostituzionalità della nuova normativa²⁶⁵. Tuttavia, è oggi opinione ampiamente condivisa che non vi sarebbe alcun parametro costituzionale che entri in collisione con l'istituto arbitrale.

²⁶¹ Per maggiori riferimenti v. N. PICARDI, *Manuale del processo civile*, 3^a ed., Milano 2013, 718 ss. Per M. BOVE, *La giustizia privata*, 4^a ed., cit., 32 ss., l'arbitrato rituale è "giurisdizione" per il semplice fatto che in esso si pone capo ad un atto che, seppur non espressione di sovranità, non è tuttavia un negozio giuridico, quanto piuttosto, in termini sostanziali, *un atto di normazione concreta caratterizzato dalla funzione dichiarativa*; con la conseguenza che l'arbitro rituale, sebbene non sia un organo dello stato, può tuttavia essere considerato un "giudice".

²⁶² Su tali profili v. P. CARETTI, *La giustizia arbitrale: un approccio costituzionalistico*, in V. PURTORÌ (a cura di), *La giustizia arbitrale*, Firenze 2015, 289 ss.

²⁶³ C. CAVALLINI, *L'arbitrato rituale*, cit., 136.

²⁶⁴ M. BOVE, *La giustizia privata*, 4^a ed., cit., 1 ss.

²⁶⁵ V., in particolare, E. FAZZALARI, *Questione di legittimità costituzionale* in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, cit., 3 ss.

Nello specifico, come evidenziato da una serie di interventi della Corte costituzionale (si vedano, in particolare, le decisioni nn. 127 del 1977, 488 del 1991, 221 del 2005), dall'art. 24, comma 1 Cost., per il quale: "Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi", discende semplicemente un obbligo dello Stato di approntare rimedi giudiziari per i diritti da esso costituiti, *non, invece un obbligo per i consociati di avvalersi di quei rimedi*. Invero, il diritto di azione non può tramutarsi in un obbligo di azione; pertanto, come il soggetto può decidere di *non agire* in giudizio, così può decidere di *agire diversamente*: ad esempio, tramite l'arbitrato, che rappresenta appunto una *diversa declinazione del diritto di azione*, espletata attraverso l'esercizio dell'autonomia privata²⁶⁶.

Tale conclusione è il riflesso del venir meno della funzione giurisdizionale come monopolio dello Stato, della progressiva affermazione di una concezione dell'ordinamento a democrazia diffusa con piena tutela dei diritti inviolabili dell'uomo "sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove svolge la sua personalità" (art. 2 Cost.)²⁶⁷ e, per l'effetto, della possibilità che il suo esercizio venga affidato a privati (tra cui, appunto, gli arbitri).

Con riferimento all'art. 25, comma 1 Cost., per il quale: "Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge", trattasi di norma "rivolta" alla giurisdizione statale, con raccomandazioni affinché questa si strutturi e operi in modo tale da garantire i valori fondamentali del giusto processo (tra cui, *in primis*, l'indipendenza e l'imparzialità dei suoi giudici)²⁶⁸, senza alcuna valenza "esterna", impediente o preclusiva di altre forme di giurisdizionalità.

In relazione all'art. 102, comma 1 Cost., poi, per il quale: "La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario", una volta data per assodata la cessazione del monopolio statale della giurisdizione, alla luce anche del fenomeno sempre più frequente di giurisdizioni (quali quelle straniere e sovranazionali²⁶⁹) i cui poteri non sono riconducibili alla sovranità statale e le cui sentenze hanno un'efficacia diffusa e territorialmente non limitata²⁷⁰, nessuna preclusione può esserci per il ricorso all'arbitrato, onde ottenere gli stessi risultati di tutela ottenibili con il processo statale²⁷¹.

²⁶⁶ M. BOVE, *La giustizia privata* 4^a ed., cit., 16; F. ALCARO, *L'arbitrato: principi e classificazione*, in V. PUTORTI (a cura di), *La giustizia arbitrale*, Firenze 2015, 37 ss.

²⁶⁷ VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5^a ed. e V. G. VERDE, *Appendice*, Torino 2015, 3.

²⁶⁸ Così M. BOVE, *La giustizia privata*, cit., 34.

²⁶⁹ N. PICARDI, *Manuale del processo civile 2*, cit., 28.

²⁷⁰ N. PICARDI, *Manuale del processo civile 2*, cit., 26; ID., *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano 2007, 14 ss. V. anche G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano e comparato*, Napoli 2012, 182 ss.

²⁷¹ G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 182 ss.; E.F. RICCI, *La "funzione*

Quanto, infine, al comma 2 della medesima disposizione, secondo la quale: “Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali”, di nuovo non appare ostativa al ricorso all’arbitrato, ove si adotti una prospettiva ampia della nozione di giurisdizione, identificabile in un’attività *lato sensu* dichiarativa avente ad oggetto diritti disponibili *non riservata agli organi dello Stato*²⁷².

8.2. *L’arbitrato come meccanismo di risoluzione delle controversie radicalmente alternativo rispetto alla giurisdizione statale*

Il fatto che l’arbitrato sia oggi assunto alla dignità di meccanismo *equivalente o equiparato* (quantomeno sotto il profilo funzionale ed effettuale), nonché *sostitutivo e fungibile* della giurisdizione statale, nel pieno rispetto e, anzi, in attuazione dei dettami costituzionali, non elimina il fatto che si tratti di fenomeno *radicalmente alternativo* rispetto ad essa. Si potrebbe anzi dire che quella stessa *autonomia* che ne rappresenta il fondamento e la legittimazione costituzionale è al contempo *il principale elemento differenziale* tra le due esperienze giurisdizionali: da un lato, la rigida predeterminazione delle regole del processo, dall’altro l’ampia libertà lasciata alle parti; da un lato, i poteri dell’organo decidente di “governare” il processo confinati entro limiti e perimetri ristretti, dall’altro, l’ampia discrezionalità lasciata al tribunale nel condurre il giudizio; da un lato, la pubblicità delle udienze, dall’altro, il valore supremo della riservatezza e così via.

Nonostante l’equiparazione degli effetti, in altri termini, oggi financo sancita dalla legge, il rispettivo percorso (dell’arbitro e del giudice) per giungere a quegli effetti è caratterizzato da una radicale *alterità*, riflesso della loro appartenenza *a due ordinamenti distinti e non assimilabili*.

La progressiva “*giurisdizionalizzazione*” dell’arbitrato (sotto il profilo, soprattutto, della sua sempre più marcata *procedimentalizzazione*), nonché il fatto che l’autorità giudiziaria statale mantenga tutt’ora alcune prerogative esclusive in relazione al funzionamento della procedura arbitrale (la nomina o sostituzione degli arbitri in mancanza di accordo delle parti; il potere di eseguire coattivamente le misure cautelari eventualmente emesse dal collegio arbitrale; la competenza esclusiva a procedere all’annullamento o al riconoscimento ed esecuzione dei lodi arbitrali) non mutano la *natura* del fenomeno arbitrale che, in virtù dei peculiari tratti *pri-*

giudicante” degli arbitri e l’efficacia del lodo, cit., 366. Ma per una diversa opinione v., invece, C. CAVALLINI, *L’arbitrato rituale*, cit., 22, per il quale l’arbitrato si svolge *al di fuori* della previsione dell’art. 102 Cost., ma non per questo viola detta norma.

²⁷² Adottando una prospettiva ampia di giurisdizione, il fenomeno della soluzione delle liti fuori dal processo non va combattuto, ma incentivato: v. P. BIAVATI, *Tendenze recenti della giustizia civile in Europa*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, Napoli 2010, 539; F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto?* In *Riv. dir. proc.* 2009, 357 ss.

vaticistici che tutt'ora ne connotano i principali snodi procedurali (dalla stipulazione di una convenzione come presupposto per la deferibilità della disputa in arbitrato, alla scelta degli arbitri ad opera delle parti; dall'autonomia delle parti nella determinazione delle regole di procedura, alla delimitazione dell'ambito di cognizione del giudice dell'impugnazione del lodo), rimane fenomeno *radicalmente alternativo* rispetto all'opzione di adire l'autorità giudiziaria statale al fine della risoluzione di una controversia tra le parti.

Mediante la stipula di una convenzione arbitrale, in altri termini, le parti optano per una *giustizia* strutturalmente e radicalmente "altra" rispetto a quella statale, sebbene anch'essa finalizzata alla tutela dei diritti e a risolvere in maniera vincolante, le dispute tra le parti, con effetti equiparati a quelli di una decisione del giudice statale. L'arbitrato è sorto *proprio per consentire alle parti di ovviare ai tanti inconvenienti* che, in passato come anche in tempi più recenti, adire il giudice statale comporta (con portata e sfumature diverse a seconda dei diversi periodi storici o delle diverse giurisdizioni interessate): dalla lunghezza della procedura dinanzi al giudice al suo eccessivo formalismo; dall'assenza di riservatezza alla non sempre agevole circolazione della decisione (i.e. del suo riconoscimento ed esecuzione) a livello internazionale.

Proprio il fatto di rappresentare *una radicale alternativa* alla giustizia statale, di muoversi *al di fuori del suo perimetro* e di potersi avvalere di principi, regole nella (quasi integrale) disponibilità delle parti, ha fatto la fortuna di questo istituto, che in relazione a particolari categorie di controversie (soprattutto quelle aventi una dimensione transnazionale) si è progressivamente imposto come lo strumento di riferimento, stabilmente preferito al ricorso agli organi giudiziari statuali.

Considerare *unitariamente* sia l'arbitrato che la giurisdizione statale come strumenti che concorrono entrambi a perseguire la medesima finalità della tutela dei diritti, così che possa senz'altro parlarsi, nel suo complesso, di un *sistema arbitrato – giurisdizione*, ha bensì un senso. Tuttavia, le strade per giungere a quel risultato sono *profondamente diverse*, ed ostano a qualunque tentativo di inglobare, assimilare o esaurire l'una nell'altra; né la progressiva "giurisdizionalizzazione" dell'arbitrato, né l'interferenza dei giudici statali nell'ambito della procedura arbitrale, hanno mutato i connotati di questo istituto. È sin dall'inizio il patto arbitrale a dimostrare la *profonda e radicale alterità* tra l'uno e l'altro percorso di tutela, dato che, salvo diversa pattuizione delle parti e al netto delle problematiche concernenti la sua validità ed efficacia, è per sua natura *esclusivo* della possibilità di ottenere una *risoluzione di natura giudiziale* per le controversie coperte dal suo ambito di applicazione²⁷³.

²⁷³ Vedi, in linea con quanto affermato nel testo, D. GIACOBBE, *Questioni di litispendenza tra giudizio ordinario e giudizio arbitrale*, nt. a Cass. 7 aprile 1997, n. 3001, in *Giust. civ.* 1997, I,

Parimenti, l'estensione all'arbitrato, operata dal legislatore italiano, di alcune norme essenzialmente pensate per regolare i rapporti ("di competenza") tra giudici ordinari, risponde a mere ragioni pratiche, di coordinamento tra le due procedure, senza alcuna pretesa di un rigoroso inquadramento teorico-dogmatico dei rapporti arbitro-giudice (come del resto dimostrano le tante lacune e le numerose deviazioni dal modello codicistico che regola i rapporti tra giudici ordinari), non essendo in ogni caso le due dimensioni (quella arbitrale e quella giudiziale) riconducibili e *riducibili* ad un unico ordinamento.

9. *L'eccezione di patto arbitrale come eccezione eminentemente processuale, di rito*

Così inquadrato il fenomeno arbitrale nell'ambito del nostro ordinamento costituzionale, in particolare nel suo rapporto con la giurisdizione statale, è fondamentale, non solo dal punto di vista teorico-sistematico, ma anche da quello pratico-applicativo, qualificare giuridicamente l'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* dell'organo (arbitro o giudice) adito in presenza di una convenzione arbitrale, che rappresenta lo strumento per eccellenza per governare i rapporti e i conflitti di "competenza" tra arbitri e giudici statali.

Nel primo capitolo, nella seconda Sezione, ci siamo soffermati su questo tema, dando ampio conto di tutte le opinioni elaborate, in dottrina e in giurisprudenza, sia prima che dopo la riforma del 2006. Giunti a questo punto della trattazione, e alla luce di quanto esposto in precedenza, riteniamo di poter trarre alcune conclusioni.

Per cominciare, la convenzione di arbitrato, nelle due tipologie di norma utilizzate (da un lato, la clausola compromissoria, inserita in un contratto e relativa a liti *future ed eventuali*; dall'altro, il compromesso, pattuizione singola e separata, finalizzata ad operare in relazione ad una controversia *già sorta*), di cui il nostro codice non offre una definizione espressa e puntuale, dal punto di vista strutturale

2457, che osserva: "(...) non sembra avere rilevanza la circostanza che, a seguito della riforma, il lodo è, per molti aspetti, equiparabile alla sentenza. Infatti, l'attitudine della domanda giudiziale ad interrompere i termini di prescrizione, la trascrivibilità della stessa, l'impugnabilità del lodo indipendentemente dal deposito – in sostanza, l'ammissibilità per tali aspetti del procedimento arbitrale al giudizio ordinario – non mutano i termini del problema, consistente nell'eventuale coesistenza di un lodo avente efficacia vincolante tra le parti e di una sentenza emanata da un giudice statale. (...) se indubbiamente a seguito della riforma il lodo arbitrale ha acquisito parte degli effetti tipici della decisione arbitrale e se, di conseguenza, il relativo procedimento è qualificabile come giudizio, tuttavia tra quest'ultimo ed il giudizio statale rimane una profonda differenza, derivante dal fatto che il primo si svolge davanti a soggetti privati, scelti liberamente dalle parti. In definitiva, il fondamento negoziale che caratterizza l'arbitrato esclude che possa esservi completa assimilazione con la giurisdizione statale".

è un *atto negoziale* (riconducibile alla categoria dei contratti²⁷⁴, alle cui norme generali risulta dunque soggetto²⁷⁵, salvo per quanto specificamente disposto dagli artt. 806 ss. c.p.c.), tramite il quale, tuttavia, le parti non si accordano per costituire regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico *patrimoniale* o comunque un rapporto *di natura sostanziale*, ma si limitano a disporre delle sue *modalità di tutela*.

Con la stipula di un patto arbitrale, in altri termini, le parti perseguono finalità *esclusivamente processuali* (o comunque strumentali rispetto alla disposizione o regolamentazione dell'oggetto sostanziale²⁷⁶), consistenti nel deferimento delle loro controversie, presenti o future, ad un organo formalmente *esterno* al plesso giurisdizionale statale. Per la precisione, le finalità processuali si collocano strutturalmente su due livelli, dato che consistono, da un lato, nel fondare il potere decisorio degli arbitri in relazione a determinate liti e, dall'altro, nell'impedire che sia il giudice statale a pronunciarsi su quelle stesse liti (consentendo la spendibilità, di fronte al giudice statale, di un'eccezione processuale impediante)²⁷⁷.

Per comodità si potrebbe ricorrere ad un "vestito" qualificatorio buono per molte occasioni: quello di "contratto processuale"²⁷⁸, quell'atto, altrimenti detto: "(...) con cui le parti, nella previsione di un giudizio o nel corso di esso, variamente provvedono alla disciplina di alcune loro relazioni processuali"²⁷⁹.

Senza qui addentrarci in impervi sentieri aventi ad oggetto tentativi di inquadramento giuridico di questo peculiare atto negoziale (rapporto obbligatorio complesso, convenzione con comunione di scopo²⁸⁰ e simili), ci limitiamo ad evidenziare come, alla luce dei suoi tratti caratterizzanti, le eccezioni e decisioni che lo hanno

²⁷⁴ In questo senso v. F. FESTI, *La clausola compromissoria*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti di composizione delle liti*, in P. RESCIGNO, E. GABRIELLI, *Trattato dei contratti*, Torino 2005, 852; ID., *La clausola compromissoria*, Milano 2011, 38 ss. Nello stesso senso, in passato, L. MATTIROLLO, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, Torino, I 1895, 654; G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 2 Napoli 1956, 68. Ma v. la tesi di F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale*, Padova 1936, I, 154 ss., che riconduceva il compromesso alla categoria degli "equivalenti giurisdizionali", senza tuttavia qualificarlo come vero e proprio contratto (limitandosi a qualificarlo in termini di "atto complesso unilaterale (accordo) di diritto processuale".

²⁷⁵ V. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9, Napoli, rist. 1983, 213.

²⁷⁶ S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 97.

²⁷⁷ M. BOVE, *La giustizia privata*, 4^a ed., cit., 35 ss.

²⁷⁸ Figura che comprende una molteplicità di fattispecie a cavallo tra il diritto sostanziale e quello processuale. Si pensi agli accordi di proroga della competenza o della giurisdizione; agli accordi di inversione dell'onere della prova; alle conciliazioni giudiziali; ai *pacta de non petendo* e *de non exequendo*.

²⁷⁹ S. SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano 1931, 50.

²⁸⁰ Su cui rimandiamo, per riferimenti, ad S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 101 ss.

ad oggetto non possono che essere ricondotte alla categoria, rispettivamente, delle eccezioni *di rito* e delle decisioni (su questioni pregiudiziali) *di rito*. Tale conclusione non deriva tanto dal fatto che il legislatore del 2006 abbia qualificato in termini di “competenza” (e, dunque, certamente “di rito”) i rapporti intercorrenti tra l’arbitro e il giudice (e dunque le eccezioni proponibili relative a questo rapporto e le decisioni su di esso: si vedano gli artt. 817 e 819 ter c.p.c.)²⁸¹, né dalla considerazione che, di recente, financo le Sezioni Unite si siano inequivocabilmente espresse in tal senso, statuendo che: “(...) l’eccezione di compromesso, attesa la natura giurisdizionale e sostitutiva della funzione del giudice ordinario da attribuirsi all’arbitrato rituale in conseguenza della disciplina complessivamente ricavabile dalla legge 5 gennaio 1994, n. 25 e dal d. lgs. 2 febbraio 2006 n. 40, deve ricomprendersi, a pieno titolo, nel novero di quelle di rito”²⁸².

La conclusione si fonda su una più ampia valutazione di carattere sistematico.

Si è visto come, pur con tutte le rispettive differenze, l’arbitro e il giudice statale condividano la finalità della loro attività, che è l’esercizio di una funzione *lato sensu* giurisdizionale, ovverossia la risoluzione delle controversie ai sensi delle norme di legge nel rispetto del principio fondamentale del contraddittorio. In considerazione, da un lato, dell’equivalenza funzionale delle rispettive attività e, dall’altro, del carattere alternativo e fungibile dell’arbitrato rispetto alla giurisdizione statale, emerge come la funzione dell’eccezione di arbitrato (o di carenza di *potestas iudicandi* proposta, in presenza di una convenzione arbitrale, dal soggetto convenuto dinanzi, rispettivamente, all’arbitro o al giudice statale), sia quella di *allocare tra due plessi diversi una medesima funzione giurisdizionale* o, in altri termini, di individuare, tra arbitro e giudice statale, l’organo che ha la *potestas iudicandi* di implementare, nel caso specifico e in relazione a determinate domande, quella funzione giurisdizionale, *lasciando del tutto impregiudicata la decisione sul merito di quelle domande*, rispetto alle quali detta eccezione conserva il suo carattere preliminare, prodromico e strumentale.

Ne deriva che, dal punto di vista funzionale e teleologico, una tale eccezione non può che rimanere *sul piano strettamente processuale*: il diritto di autonomia nella scelta del foro ad essa sotteso (invero invocabile *in via di eccezione*, ma azionabile altresì *in via di azione*) non mira all’attuazione di una regola di condotta che tutela posizioni (poteri, facoltà, obblighi, doveri) o interessi di natura personale, economica o patrimoniale, quanto, piuttosto, una facoltà di natura processuale (*la scelta del*

²⁸¹ Ma v. M. BOVE, *La giustizia privata*, 4^a ed., cit., 37, per il quale, alla luce dell’art. 819 ter c.p.c.: “(...) nessuno può più ormai mettere in discussione il fatto che l’eccezione di arbitrato rilevata di fronte al giudice statale sia un’eccezione di rito e non di merito”.

²⁸² Così Cass. S.U. 18 novembre 2016, n. 23463. Nello stesso senso, v. *ex multis*, Cass. S.U. 25 ottobre 2013, n. 24153; Cass. S.U. 20 gennaio 2014, n. 1005; Cass. 6 novembre 2015, n. 22748.

rimedio) che è per sua natura *strumentale* rispetto al merito vero e proprio della controversia (la tutela di un bene della vita di natura sostanziale dedotto in giudizio).

Del resto, a differenza dell'eccezione di merito, con cui una parte deduce fatti impeditivi, modificativi od estintivi del diritto azionato che, ove accertati, conducono ad un rigetto della domanda per infondatezza²⁸³, con l'eccezione di patto arbitrale si deducono fatti ed elementi che incidono sulla *potestas iudicandi* dell'organo adito. L'accoglimento o il rigetto dell'eccezione avente ad oggetto il patto arbitrale non hanno alcuna influenza sul modo in cui il giudice o l'arbitro valuteranno il merito della lite (i.e. la fondatezza o meno del diritto dedotto), ma condizionano unicamente il potere decisorio dell'organo adito al pari di un presupposto processuale negativo²⁸⁴.

La conclusione non muta per il fatto che, onde poter pronunciarsi su un'eccezione avente ad oggetto una convenzione arbitrale, l'organo adito debba valutare una serie di elementi "meritali" o di diritto sostanziale attinenti a quell'atto negoziale quali la sua esistenza, validità, efficacia, ambito soggettivo o oggettivo di applicazione. Si tratta di esami ed accertamenti che non rendono quei profili un autonomo *thema decidendum*, rimanendo prodromici e comunque strumentali all'adozione di una decisione esclusivamente processuale, relativa alla sussistenza o meno del potere decisorio in capo al giudice adito.

L'accoglimento o il rigetto dell'eccezione, pronunciati a seguito di un esame relativo all'esistenza, validità, efficacia, ambito soggettivo o oggettivo di applicazione della convenzione arbitrale, avranno pertanto ripercussioni unicamente rispetto alla procedibilità o meno dell'azione, non, invece, sul merito della lite.

D'altra parte, la necessità di esaminare, in via preliminare, elementi fattuali o *lato sensu* di merito al fine di adottare provvedimenti di carattere puramente processuale, rappresenta forse la *regola*, più che l'eccezione, nell'ambito del processo civile. Si pensi alle decisioni sul difetto di giurisdizione, su taluni criteri di competenza e, più in generale, su quasi tutti i presupposti processuali.

9.1. *Qualificazione dell'eccezione di patto arbitrale come eccezione di "carenza di competenza giurisdizionale"*

Si è già dato conto, nella seconda Sezione del primo capitolo (cui rinviamo per una panoramica più dettagliata della questione), del dibattito sul tema della quali-

²⁸³ Sulla nozione di eccezione v. R. ORIANI, voce *Eccezione*, in *Dig. disc. civ.* VII, Torino 1991, 266 ss.; E. MERLIN *Compensazione e processo*, I Milano 1991, spec. 205 ss.

²⁸⁴ In tal senso v. anche C. CONSOLO, *L'arbitrato con sede estera, la natura della relativa eccezione e l'essenziale compito che rimane affidato al regolamento transnazionale della giurisdizione italiana (parte seconda)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2009, 372.2

ficazione dell'eccezione di incompetenza dell'organo adito per inesistenza/esistenza o invalidità/validità di un patto arbitrale, che ha importanti ricadute sul regime processuale della stessa, nonché su contenuto, impugnabilità ed effetti della decisione pronunciata su di essa, rispettivamente dall'arbitro e dal giudice statale.

Dato il peculiare rapporto intercorrente tra arbitrato e giurisdizione statale, caratterizzato da un insieme di profili e dinamiche che suggeriscono accostamenti *ora* alla categoria dei rapporti di competenza, *ora* a quella dei rapporti di giurisdizione, non è agevole adottare un'unica formula onnicomprensiva ed esaustiva di tutti i profili di volta in volta interessati. Il legislatore ha bensì adottato questo approccio, parlando, senza mezzi termini, di "competenza" ed "eccezione di incompetenza", ma, come si è avuto occasione di mostrare in più occasioni, con non poche lacune, forzature, incongruenze e contraddizioni.

Invero, concettualmente, una tale eccezione non può essere integralmente ascritta alla categoria delle eccezioni di incompetenza, perché con essa non si contesta che l'organo adito non è fornito della porzione di *potestas iudicandi di un unico potere giurisdizionale congiuntamente – sebbene per la rispettiva quota – esercitato con altri giudici* (appartenenti al medesimo ordinamento), tra cui quello cui legittimamente spetterebbe quella porzione di *potestas iudicandi*²⁸⁵. Invero, se la competenza determina la *porzione della giurisdizione* spettante ai singoli giudici che condividono la comune appartenenza ad un ordinamento, non si possono qualificare alla stessa stregua, da un lato, i rapporti che intercorrono tra giudici ordinari, che, oltre ad esercitare una funzione interamente pubblicistica, stanno *all'interno di uno stesso perimetro* (quello della giurisdizione statale) e, dall'altro, i rapporti che intercorrono, invece, tra organi che stanno, rispettivamente, *dentro e fuori quel perimetro*, esercitando gli uni una attività connotata da caratteri pubblicistici e, gli altri, una attività caratterizzata dalla prevalenza di elementi privatistici, come tale incompatibile con (in quanto esclusiva di) quella pubblicistica, pur condividendo, di questa, effetti e finalità. Insomma, il suo essere finalizzata ad ottenere una tutela *lato sensu* giurisdizionale, ma nell'ambito di un processo che si svolge al di fuori della giurisdizione statale, impedisce di ricondurre detta eccezione alla categoria della "competenza".

D'altra parte, una tale eccezione non può nemmeno interamente essere ascritta alla categoria delle eccezioni di *carenza di giurisdizione*, perché con essa non si contesta né che l'organo adito non ha giurisdizione perché ne sarebbe invece fornito un altro (tuttavia, al pari del primo) *stabilmente incardinato in un sistema facente capo alla giurisdizione statale*, sebbene di un paese straniero; né che l'organo adito non ha la giurisdizione perché l'attività richiesta non sarebbe identificabile come, *lato sensu*, giurisdizionale, ma di natura diversa (amministrativa). Dal pun-

²⁸⁵ Così anche C. CAVALLINI, *L'arbitrato rituale*, cit., 135 ss.

to di vista concettuale, infatti, un'eventuale qualificazione dell'*exceptio compromissi* in termini di eccezione di carenza di giurisdizione *tout court* disconoscerebbe l'*alterità* dell'arbitro rispetto alla figura del giudice²⁸⁶, incardinato nelle strutture giudiziarie statuali e molto meno "intriso" dell'esercizio dell'autonomia delle parti di quanto lo possa mai essere il primo. Con l'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* in relazione ad una convenzione arbitrale proposta ad esempio dinanzi al giudice statale, le parti non si limitano a richiedere che la disputa venga rinviata ad un organo *diverso* rispetto a quello adito (l'arbitro anziché il giudice), che tuttavia esercita, *una porzione, frazione o misura della stessa funzione aggiudicatoria*, ma rivendicano l'autonomia di vedere la loro controversia trattata e decisa in una dimensione contenziosa *esterna al perimetro della (e radicalmente alternativo rispetto alla) giurisdizione statale*.

Alla luce di quanto precede, nell'abbozzare una possibile qualificazione dell'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* dell'organo adito in relazione ad una convenzione arbitrale, bisognerebbe "tenere insieme" una serie di elementi, chiaramente emersi nel corso della trattazione, da cui si desume che: l'arbitrato svolge una funzione giurisdizionale; dal punto di vista funzionale ed effettuale, può essere equiparato alla giurisdizione statale, rispetto alla quale si pone come fungibile e sostitutivo e con la quale concorre, a livello ordinamentale, ad assicurare una efficiente tutela dei diritti; il legislatore ha espressamente qualificato il rapporto intercorrente tra giudice ed arbitro in termini di "competenza", pur delineando alla fine, in ragione delle molte eccezioni, riserve ed esclusioni, un regime *ibrido*, difficilmente sovrapponibile a (o interscambiabile con) quello che regola i rapporti tra giudici dello Stato; l'arbitro è bensì "giudice", ma ha un *imprinting* privatistico che lo pone *al di fuori del perimetro dell'organizzazione giudiziaria* dello Stato.

A ciò va aggiunta la considerazione secondo cui ogni definizione o qualificazione giuridica, vista la natura ibrida del fenomeno arbitrale (giudice privato la cui decisione ha ricadute di natura pubblicistica) e i suoi sfuggenti rapporti con l'autorità giudiziaria, è fatalmente destinata (come pianamente dimostra la nozione di "competenza" applicata ai rapporti arbitro-giudice) a subire compressioni, interpretazioni adeguatrici, manipolazioni applicative e così via.

Una possibile qualificazione dell'*exceptio compromissi* potrebbe allora essere "eccezione di carenza di competenza-giurisdizionale", che valorizza il rapporto *ora di contiguità, ora di alterità* dell'arbitro rispetto all'autorità giudiziaria, con la consapevolezza, tuttavia, che si tratta di definizione, ci verrebbe da dire, "situazioni-

²⁸⁶ Coi anche G. VERDE, *La posizione dell'arbitro dopo l'ultima riforma*, in *Riv. arb.* 1996, 475, per il quale, il fatto che il legislatore abbia riconosciuto "la convivenza di due sistemi di giustizia alternativi in maniera sempre convinta, fino ad equiparare il lodo alla "sentenza giurisdizionale" non fa divenire, né rende equiparabile l'arbitro ad un giudice dello stato".

sta”, con “smarrimento volontario della rotta (...) aprendo la mente verso nuovi e inattesi aspetti della realtà”²⁸⁷. Fuor di metafora, alla definizione così formulata non corrisponderà un’omogeneità o coerenza di disciplina normativa, come del resto già avviene in relazione all’eccezione di incompetenza in presenza di una convenzione arbitrale.

Onde assicurare una certa omogeneità concatenazione logica e pratico-applicativa all’impostazione da noi seguita, non si potrà prescindere dalle norme in tema di “competenza” che il legislatore ha coniato per regolare i rapporti arbitro-giudice, cui continueremo a fare indistintamente per mera comodità di esposizione, nel prosieguo della trattazione la nozione di “competenza”, tuttavia, andrà intesa ed interpretata alla luce delle precisazioni qui svolte.

10. *Necessità teorico-sistemica e pratica di risolvere in via preventiva i conflitti, positivi e negativi, di potestas iudicandi tra arbitrato e giurisdizione statale*

Alla luce di quanto precede rispetto al rapporto tra arbitrato e giurisdizione statale e alla qualificazione dell’eccezione con cui una parte contesta la competenza dell’organo adito (arbitro o giudice) in presenza di una convenzione arbitrale, nonché dei tanti elementi problematici emersi nel corso della trattazione rispetto al funzionamento del sistema delle “vie parallele”, si impone, crediamo, con una certa perentorietà, la necessità teorica e pratica di una *risoluzione in via preventiva* dei conflitti, positivi e negativi, di *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale, nel senso che andiamo ora più in dettaglio ad illustrare.

10.1. *Necessità teorico-sistemica discendente dal carattere sostitutivo e fungibile dell’arbitrato rispetto alla giurisdizione statale*

In ragione, da un lato, dell’inquadramento teorico-sistemico del fenomeno arbitrale come *sostitutivo* e *fungibile* della giurisdizione statale, delineato e ribadito dall’attuale cornice normativa e da una serie di recenti e meno recenti fondamentali decisioni del Giudice delle Leggi e della Suprema Corte e, dall’altro, del rapporto di tendenziale esclusione, del giudizio arbitrale rispetto a quello statale con riferimento ad ogni singola e specifica controversia, un ordinamento che si disinteressasse del tutto del reciproco coordinamento di due giudizi svolgentesi contemporaneamente nei due diversi fori sulla medesima causa, oppure dell’impossibilità di incardinare una determinata controversia in uno dei due fori, in

²⁸⁷ Sul movimento del situazionismo v. <http://www.situazionismo.it/situazionismo/>.

conseguenza di contestuali o successivi, ma comunque speculari, rifiuti dei due organi, evidentemente per ragioni opposte, di assumere la competenza e provvedere con la trattazione nel merito, rappresenterebbe la *negazione stessa* di quei principi di sostitutività e fungibilità da esso stesso predicati²⁸⁸.

In effetti, un fenomeno è *sostitutivo* di un altro nella misura in cui è idoneo a *prenderne il posto*, a *rimpiazzarlo* nel caso l'altro venga meno o non sia mai emerso; non, invece, quando ne rappresenta una *inutile duplicazione*, totalmente sordinato rispetto ad esso.

Ne deriva la necessità teorica, ma anche sistematica, di approntare un coordinamento tra i due fori e i due giudizi, tale per cui, da un lato, non risulti di volta in volta impossibile il radicamento di una lite rispetto alla quale si riferisca un patto arbitrale *quantomeno dinanzi ad uno di essi*²⁸⁹ e, dall'altro, sia sempre possibile evitare l'integrale svolgimento parallelo di due giudizi nelle due diverse sedi sulla medesima causa.

In mancanza, il fenomeno arbitrale, da *alternativa* alla giurisdizione statale, si paleserebbe come strumento talora inutile, tra l'altro dilatorio e suscettibile di abusi procedurali²⁹⁰.

10.2. *Necessità pratica discendente dalla non applicabilità di altri istituti nei rapporti arbitro-giudice (né il meccanismo della prevenzione di cui all'art. 39 c.p.c., né la translatio iudicii di cui agli artt. 44 e 45 c.p.c.)*

Nel corso della trattazione si è ribadito in più occasioni come il sistema delle "vie parallele", codificato dal legislatore della riforma sia privo di meccanismi di coordinamento preventivo tra la procedura arbitrale e quella giudiziale, idonei ad evitare il problema dei conflitti *positivi e negativi* di "competenza".

In particolare, per quanto riguarda i primi, si è visto come non sia applicabile, nei rapporti arbitro-giudice, alcun meccanismo di prevenzione *ad instar* di quello che sottende il funzionamento dell'art. 39 c.p.c., alla luce del chiaro disposto normativo di cui al combinato disposto degli artt. 817, commi 1 e 2 e art. 819 *ter*, comma 1 c.p.c. Su questo profilo ci siamo ampiamente soffermati in precedenza.

Per quanto riguarda i secondi, anche in tal caso abbiamo dato ampiamente conto di come lo sdoganamento dell'istituto della trasmigrazione della causa

²⁸⁸ Così anche C. CAVALLINI, *L'arbitrato rituale*, cit., 139.

²⁸⁹ Così anche C. CAVALLINI, *L'arbitrato rituale*, cit., 140, per il quale un definitivo radicamento della lite postula proprio, o dovrebbe postulare, che non si possa mai verificare un conflitto negativo, tra arbitri e giudici, sul potere decisorio in ordine ad un diritto litigioso.

²⁹⁰ Così anche C. CAVALLINI, *L'arbitrato rituale*, cit., 140.

dall'arbitro al giudice statale e viceversa (sancito dal Giudice delle Leggi nella decisione n. 223 del 2013), abbia bensì comportato l'applicazione, nei rapporti arbitro-giudici, della regola della salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda, senza tuttavia implicare una vera e propria *translatio iudicii* tra i due plessi, la quale non può prescindere, nei rapporti tra giudici ordinari, dal vincolo, nei confronti del giudice *ad quem*, dell'accertamento sulla competenza compiuto dal giudice *a quo*.

Che la trasmigrazione della causa tra giudizio arbitrale e giudizio statale sancita dalla Corte costituzionale sia del tutto scissa dalla questione del vincolo dell'organo *ad quem* all'accertamento sulla competenza compiuto dall'organo *a quo*²⁹¹, emerge del resto pianamente dallo stesso *dictum* del Giudice delle Leggi nella decisione n. 223 del 2013, che, nel dichiarare l'incostituzionalità del comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c., nella parte in cui dispone che nei rapporti tra arbitrato e processo non si applicano regole corrispondenti all'art. 50 c.p.c., ha lasciato inalterata la parte della norma che continua a prevedere *la non applicabilità, a quei rapporti, tra le altre norme, degli artt. 44 e 45 c.p.c.* (decidendo di non avvalersi della possibilità di pronunciarsi nel senso dell'illegittimità "conseguenziale" delle norme collegate²⁹², come forse l'inquadramento normativo dei rapporti arbitro-giudice nella categoria della "competenza" avrebbe suggerito²⁹³); ossia proprio delle norme che, nei rapporti tra giudici ordinari, da un lato, *rendono incontestabile l'incompetenza dichiarata e la competenza del giudice in essa indicato* in caso di

²⁹¹ In proposito v. Corte cost. 12 marzo 2007, n. 77, che ha nettamente distinto tra i diversi meccanismi della trasmigrazione del processo e della conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda, rilevando poi come, impregiudicati questi secondi, spettasse al legislatore farsi carico di "(...) disciplinare nel modo ritenuto più opportuno il meccanismo della 'riassunzione', sulla base di una scelta di fondo a lui soltanto demandata: stabilire, cioè, se mantenere in vita il principio per cui ogni giudice è giudice della propria giurisdizione, ovvero adottare l'opposto principio seguito dal c.p.c. (art. 44) per la competenza". Sebbene gli istituti del meccanismo conservativo di cui all'art. 50 c.p.c. e del vincolo all'accertamento sulla competenza siano *concettualmente distinti*, un sistema efficiente di rapporti tra organi giudicanti non può che contemplarli entrambi: v., in tal senso, M. ACONE, *Arbitrato e translatio iudicii*, cit., 14.

²⁹² Ai sensi dell'art. 27 della l. 11 marzo 1953, n. 87 la Corte costituzionale, nell'accogliere le censure sollevate, può superare i "limiti dell'impugnazione" e dichiarare "altresi quali sono le altre disposizioni legislative, la cui illegittimità deriva come conseguenza dalla decisione adottata". Su tale istituto v. A. MORELLI, *Quando la corte decide di non decidere. Mancato ricorso all'illegittimità conseguenziale e selezione discrezionale dei casi*, in www.forumcostituzionale.it, par. 1; ID., *L'illegittimità conseguenziale delle leggi. Certezza delle regole ed effettiva tutela*, Catanzaro 2008, 75.

²⁹³ Così A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano 2012, 285, per il quale "A voler ricostruire i rapporti tra arbitrato e giudizio in termini di competenza, allora l'incostituzionalità degli artt. 44 e 45 – norme in sé legittime – sarebbe discesa dal venire meno di quella impugnata".

tempestiva riassunzione e, dall'altro, contemplanò, in caso di persistente conflitto, il ricorso d'ufficio al regolamento di competenza.

Il "messaggio" che l'ordinamento invia agli operatori pare dunque essere nel senso che non ci debba essere alcun coordinamento tra i giudizi arbitrali e statali, pur se sulla medesima causa. Si tratta, a ben vedere, di un "messaggio" che, da un lato, già emerge chiaramente dal succitato combinato disposto degli artt. 817, commi 1 e 2 e art. 819 *ter*, comma 1 c.p.c., in base al quale la pendenza di una controversia in un foro non osta alla deduzione, nell'altro, di quella medesima controversia o di una controversia connessa; dall'altro, pare chiudere la porta ad ogni tentativo di ravvisare una qualche efficacia extraprocessuale e vincolante nelle decisioni, del giudice e dell'arbitro, sulla propria *potestas iudicandi* in presenza di una convenzione arbitrale.

Su questo profilo, che svolge un ruolo centrale nell'ambito dell'impostazione da noi adottata, è opportuno volgere ora la nostra attenzione.

Dal dato normativo attuale, come "riletto" dalla decisione della Corte costituzionale, emerge una duplice necessità per governare efficacemente i rapporti arbitro-giudice: da un lato, individuare, in via interpretativa, in attesa di un auspicabile intervento del legislatore²⁹⁴, una regola "corrispondente" all'art. 50 c.p.c., per consentire la prosecuzione, *nell'altra sede*, del giudizio arrestato per dichiarata "incompetenza" dell'organo adito, garantendo così la salvezza degli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda originaria; dall'altro, individuare un meccanismo, a questo punto "alternativo" a quello contemplato dagli artt. 44 e 45 c.p.c., per evitare il fenomeno della duplice declinatoria e, sullo sfondo, il rischio di un diniego di giustizia.

Partendo da quest'ultimo profilo, va osservato che, in ogni caso, *un'applicazione analogica* degli artt. 44 e 45 c.p.c. ai rapporti fra arbitrato e giudizio statale sarebbe irta di difficoltà e foriera di non pochi problemi pratico-applicativi. Si pensi alla definizione dei limiti da attribuire alla pronuncia declinatoria (e alla sua vincolatività) sulla scorta di quelli esistenti nei rapporti tra giudici (competenza funzionale *ex art.* 28 c.p.c. o competenza per materia); alla questione della legittimazione degli arbitri a sollevare un conflitto negativo di competenza ai sensi dell'art. 45 c.p.c.; al contenuto della contestazione della competenza ai fini dell'operatività della *translatio*, che nei rapporti tra giudici ordinari impone la menzione delle ragioni dell'incompetenza in relazione ad ogni singolo criterio attributivo della competenza e (come anche per il provvedimento declinatorio) l'indicazione del giudice ritenuto competente e dinanzi al quale dovrebbe proseguire il processo previa riassunzione della causa, con conseguente integrazione adeguatrice degli artt. 817 e 819 *ter* c.p.c. quanto alla contestazio-

²⁹⁴ Auspicato da M. ACONE, *Giurisdizione e translatio iufici aspettando godot...* in *Riv. dir. proc.* 2007, 1603.

ne della competenza dell'organo adito; alla possibile ingerenza degli arbitri nella ripartizione della competenza in seno all'ordinamento giudiziario ove fossero legittimati, contestualmente alla pronuncia del provvedimento declinatorio, ad indicare in maniera vincolante il giudice ritenuto competente per la prosecuzione del giudizio.

Sotto il primo dei profili summenzionati, invece, (la necessità, cioè, di individuare, in via interpretativa, una regola "corrispondente" all'art. 50 c.p.c.), condidiamo la posizione di quella dottrina che ritiene impraticabile adottare, nei rapporti arbitro-giudice, sulla scia dell'art. 50 c.p.c., lo schema della *riassunzione della causa* onde far salvi gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda originaria, ritenendo decisamente preferibile quello, alternativo, della *riproposizione della domanda*²⁹⁵, attraverso cioè l'instaurazione di un *nuovo e distinto processo* (mediante l'utilizzo di un *nuovo* atto introduttivo), nell'ambito del quale il convenuto ben potrebbe nuovamente sollevare l'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* dell'organo adito, dato che, come detto, il vincolo a quanto dichiarato dall'organo *a quo* non è garantito dall'operatività di una norma corrispondente all'art. 50 c.p.c., ma dovrà essere fondato *alio modo*. Uno schema, dunque, che si fonda sulla "giustapposizione" di due diversi processi (uno "vecchio" ed uno "nuovo") in luogo – secondo quello che è, invece, lo schema della riassunzione – della prosecuzione di un unico giudizio.

La ragione della preferenza per il meccanismo della *riproposizione* rispetto a quello della *riassunzione* risiede nell'eccessiva eterogeneità fra il procedimento arbitrale e quello giurisdizionale ordinario, che (nonostante recenti sviluppi nel senso del sempre maggior avvicinamento tra le due dimensioni²⁹⁶) rende estremamente disagiata ragionare in termini di "continuità" tra le attività svolte, rispettivamente, nell'ambito dell'uno e dell'altro giudizio. Si pensi al problema della trasmissione del fascicolo d'ufficio ai sensi dell'art. 126 disp. att. c.p.c.; a quello della diversa natura degli atti che compongono il fascicolo d'ufficio²⁹⁷; all'impatto

²⁹⁵ In tal senso v. M. BOVE, *Giurisdizione e competenza nella recente riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 1303; E.F. RICCI, *Declinatoria di giurisdizione e (così detta) translatio iudicii*, in *Riv. dir. proc.* 2008, 697; S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*. cit., 168; M. FORNACIARI, *Conservazione degli effetti dell'atto introduttivo anche nei rapporti fra giudice e arbitro: sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 819 ter, 2° comma, c.p.c.*, nt. Trib. Catania 21 giugno 2012, in *Riv. arb.* 2012, 899.

²⁹⁶ V. le disposizioni contenute nell'art. 1 d.l. n. 132 del 2014 in materia di "arbitrato deflattivo".

²⁹⁷ Quelli del processo civile sono atti redatti da pubblici ufficiali, muniti della pubblica fede, mentre quelli del procedimento arbitrale sono atti, che, come indirettamente chiarito dall'art. 813, 2° comma, c.p.c., sono qualificabili come scritture private. Ebbene, con riferimento al caso in cui la declinatoria sia resa in sede arbitrale, appare piuttosto improbabile che il fascicolo dell'ufficio del nuovo giudizio possa essere costituito anche dai secondi.

della dimensione telematica del processo (molto presente e regolamentata in quello civile, molto più carente in quello arbitrale).

Alla luce di quanto precede, appare dunque preferibile ragionare in termini di conclusione di un primo giudizio ed inizio di un secondo del tutto nuovo, secondo le norme e riti applicabili in quest'ultimo (a cominciare dalla tipologia dell'atto introduttivo, atto di citazione notificato o ricorso depositato, per il giudizio ordinario; domanda di arbitrato notificata, per il giudizio arbitrale), piuttosto che di prosecuzione, tramite riassunzione, del precedente processo nello stato in cui si trovava al momento della declaratoria²⁹⁸.

Lo schema della riproposizione è per più di un verso analogo a quello applicabile in caso di declinatoria di giurisdizione²⁹⁹. Il riferimento non è casuale, perché, secondo chi scrive, la norma "corrispondente" a quella di cui all'art. 50 c.p.c., da utilizzare come parametro normativo per disciplinare, (*in relazione al profilo della salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda*), la trasmigrazione della causa dal giudice all'arbitro e viceversa, sarebbe proprio l'art. 59 della l. n. 69 del 2009, che disciplina la decisione delle questioni di giurisdizione.

Di questa norma, e del peculiare meccanismo di "continuazione" del processo da un organo all'altro, sono state fornite diverse letture (per taluni, essa si limiterebbe a garantire la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda attraverso la riproposizione della stessa e, dunque, l'instaurazione di un nuovo giudizio³⁰⁰. Per altri, si tratterebbe di vera e propria *translatio iudicii* con continuazione del medesimo processo da una sede all'altra³⁰¹. Per altri ancora, sarebbe una combinazione delle due precedenti fattispecie, a seconda che la decisione sulla giurisdizione sia o meno passata in giudicato³⁰²).

²⁹⁸ A. BRIGUGLIO, nt. Corte cost. 19 luglio 2013, n. 223, cit., 95; S. MENCHINI, nt. Corte cost. 19 luglio 2013, n. 223, cit., 106 e 107; B. SASSANI, nt. Corte cost. 19 luglio 2013, n. 223, cit., 111

²⁹⁹ S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 406; S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 162.

³⁰⁰ M. BOVE, *Giurisdizione e competenza*, cit., 1295 ss.; E.F. RICCI, *La nuova disciplina della declinatoria di giurisdizione tra intuizioni felici e confusione di idee*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 1535 ss.

³⁰¹ C. CONSOLO, *La translatio iudicii tra giurisdizioni nel nuovo art. 59 della legge di riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 1267.

³⁰² G. RUFFINI, *Difetto di giurisdizione e translatio iudicii fra confusione del legislatore ed equivoci degli interpreti*, in *Giur. it.* 2013, 214; M. ACONE, *Arbitrato e translatio iudicii*, cit., 8; G. VERDE, *Ancora sulla pendenza*, cit., 220, per i quali, nel caso in cui la sentenza sulla giurisdizione sia passata in giudicato, il collegamento fra i due giudizi sarebbe rappresentato unicamente dalla salvezza degli effetti della domanda e dal mantenimento delle preclusioni inerenti alla decisione sulla questione di giurisdizione, mentre, quando la sentenza declinatoria non sia ancora passata in giudicato, si avrebbe la riassunzione della causa, con la possibilità, però, per il giudice *ad quem*, di sollevare d'ufficio la questione di giurisdizione dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (v. Cass. 21 febbraio 2013, n. 4484; Cass. S.U. 22 novembre 2010, n. 23596).

La soluzione preferibile, che meglio si attaglia non solo ai rapporti tra autorità appartenenti, nell'ambito dello stesso ambito nazionale, ad ordinamenti differenti (giudici ordinari e giudici speciali), ma anche, *mutatis mutandis*, ai rapporti tra arbitri e giudici statali, ci pare quella di considerarlo uno strumento che *si limita a garantire la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda attraverso la sua riproposizione nell'altra sede*. Ciò, però, lascia irrisolto il tema del fondamento dell'efficacia extraprocessuale e reciprocamente vincolante all'accertamento contenuto nella decisione (positiva o negativa) (anche o solo) sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, pronunciata dal giudice statale e dall'arbitro, come strumento per consentire un coordinamento in via preventiva dei conflitti tra arbitro e giudice statale.

A questo tema andiamo ora a rivolgere la nostra attenzione.

11. *Fondamento teorico-dogmatico dell'attribuzione di un'efficacia extraprocessuale e reciprocamente vincolante all'accertamento contenuto nella decisione (positiva o negativa) (anche o solo) sulla questione della potestas iudicandi arbitrale, pronunciata dal giudice statale e dall'arbitro, come strumento per consentire un coordinamento in via preventiva dei conflitti tra arbitro e giudice statale*

Si è più volte ribadito come, secondo chi scrive, la miglior ricostruzione del dato normativo vigente sia quella che, nell'ambito del sistema delle "vie parallele", colleghi alla decisione, rispettivamente, del giudice e dell'arbitro sulla propria *potestas iudicandi* in presenza di una convenzione arbitrale, divenuta definitiva, un'efficacia extraprocessuale e vincolante, da spendere nell'altro giudizio o comunque dinanzi a qualunque altro organo che dovesse successivamente confrontarsi con quella medesima questione.

Prima però di affrontare questo tema, è opportuno fare due premesse.

Per cominciare, tratteremo *unitariamente* le due fattispecie rappresentate dalla decisione, rispettivamente, dell'arbitro e del giudice sulla convenzione di arbitrato, non solo in ragione dell'assoluta identità della questione posta ad oggetto delle determinazioni dell'arbitro e del giudice (rappresentata dalla questione della esistenza, validità ed efficacia di un atto negoziale qual è la convenzione di arbitrato); ma anche in virtù dell'ormai dato acquisito e pacifico della perfetta fungibilità delle due dimensioni aggiudicatorie, dotate di pari "dignità istituzionale", sancita non solo dalla norma di cui all'art. 824 *bis* c.p.c., ma anche dall'intervento del Giudice delle Leggi sul comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c., che ha rimosso un decisivo ostacolo a che la scelta della via arbitrale non risultasse più problematica, onerosa o comunque meno vantaggiosa rispetto all'opzione per il giudice statale.

In secondo luogo, va precisato che la configurabilità di un'efficacia esterna della pronuncia, arbitrale e giudiziale, sulla questione della esistenza, validità ed efficacia della convenzione di arbitrato è del tutto compatibile con la persistente *inapplicabilità*, ai rapporti arbitro-giudice (pur dopo l'intervento della Corte costituzionale n. 223 del 2013) di: "(...) regole corrispondenti agli articoli 44, 45, 48 (...) e 295 (...)". Invero, il vincolo da noi prospettato (alla dichiarazione di incompetenza pronunciata dal giudice *a quo*) si differenzia sensibilmente da quello disciplinato dalla norma di cui all'art. 44 c.p.c., dato che, da un lato, non presupporrebbe, come invece è possibile nel contesto dell'art. 44 c.p.c., una sua diversa "tenuta" a seconda della tipologia e del contenuto della pronuncia (incompetenza *debole* o incompetenza *forte*); dall'altro, non contempla in alcun modo la possibilità di azionare un meccanismo analogo a quello del regolamento di competenza d'ufficio; dall'altro ancora, ambisce ad una stabilità dell'accertamento della questione di competenza che (salvo casi eccezionali) generalmente impedisce la produzione del vincolo extraprocessuale prima che la decisione sia passata in giudicato.

Ciò premesso, in ragione dell'inquadramento da noi adottato dell'oggetto, da un lato, dell'eccezione proponibile in arbitrato e nel giudizio ordinario e, dall'altro, della decisione (separata o insieme al merito) dell'arbitro e del giudice su di essa, in termini di *questione (pregiudiziale) di rito*, è al tema degli effetti delle decisioni di rito che dobbiamo ora volgere il nostro sguardo, al fine di ravvisare il possibile fondamento della loro efficacia extraprocessuale e reciprocamente vincolante nei rapporti arbitro-giudice statale.

11.1. *Premessa. La tradizionale esclusione di qualsivoglia efficacia extraprocessuale e vincolante alle decisioni su questioni di rito nell'ordinamento italiano*

Si è più volte fatto cenno, nel corso della trattazione, al fatto che, nell'ordinamento italiano, è convinzione piuttosto diffusa che l'incontrovertibilità del giudicato e la conseguente vincolatività dell'accertamento divenuto definitivo siano prerogative unicamente delle decisioni di merito, aventi cioè ad oggetto diritti e rapporti giuridici sostanziali, ma non delle decisioni di natura processuale, aventi cioè ad oggetto questioni di mero rito.

L'opinione assolutamente maggioritaria, sia in dottrina che in giurisprudenza, infatti, sulla scia delle note tesi di Chiovena³⁰³, è sempre stata nel senso che:

³⁰³ V., in tal senso, A. SEGNI, *Regiudicata civile*, in *Scritti giuridici*, I Torino, 1965, 626 ss.; E. HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova 1937, 16 ss.; L. MONTESANO, *In tema di accertamento incidentale e di limiti oggettivi del giudicato*, in *Riv. dir. proc.* 1951, I, 329 ss.; E. ALLORIO, *Efficacia vincolante della decisione in tema di legitimatio ad processum*, in *Temi*, 1960, 56 ss., in part. 59.

“(...) l’autorità del giudicato copre la sola statuizione finale, capace di incidere nella sfera giuridica – patrimoniale delle parti, mentre non si estende alle decisioni strumentali e preparatorie adottate nel processo in funzione dell’emanazione della sentenza definitiva di merito; pertanto, le decisioni sui presupposti del processo, sugli elementi dello stesso, non acquistano autorità di cosa giudicata, ma restano atti strumentali”³⁰⁴. Insomma, il “giudicato” si formerebbe solo in relazione a decisioni aventi ad oggetto l’affermazione di una volontà di legge che garantisca *l’attribuzione di un bene della vita*, ad esclusione di quelle aventi ad oggetto solo situazioni giuridiche e rapporti, quali quelli di rito, destinati a consumarsi nel processo³⁰⁵.

A supportare tale posizione, da un lato, v’è la convinzione che le questioni di rito non possano mai ripresentarsi in modo identico in un successivo giudizio³⁰⁶, di talché le pronunce di rito non potrebbero: “(...) essere impiegate nell’ambito di un diverso giudizio vuoi nello Stato di origine, vuoi in altri Stati”³⁰⁷. Dall’altro, si ritiene che il principio *Kompetenz Kompetenz*, secondo cui ciascun giudice è giudice della propria competenza, sottragga il giudice al vincolo all’accertamento compiuto da altri giudici in merito alla questione della sussistenza o meno del suo potere decisorio; dall’altro ancora, si invocano due indici normativi ritenuti probanti: da una parte, il combinato disposto degli artt. 310, comma 2 c.p.c. e 129, comma 3, disp. att. c.p.c. (in base al quale la capacità di produrre effetti *al di fuori* del processo in cui sono emanate è prevista *solo* per le sentenze di merito e *per quelle sulla competenza pronunciate dalla Suprema Corte*³⁰⁸) e, dall’altra parte, l’art.

³⁰⁴ V., per tutte, Cass. 8 marzo 1995, n. 2697, in *RFI*, 1995, n. 6.

³⁰⁵ G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e competenza*, in *Studi in onore di Carlo Fadda*, 1905, ripubblicato in *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma, 1930, 412.

³⁰⁶ Tesi, questa, sostenuta in particolare da E. ALLORIO, *Critica alla teoria del giudicato implicito*, in *Riv. dir. proc.* 1938, I, 246 ss., specie 254, nt. 3; ID., *Efficacia vincolante della decisione in tema di legittimatio ad processum*, in *Temi* 1960, 59.

³⁰⁷ Così E. D’ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino 2007, XVI. Tale “ostacolo” risulterebbe ancor meno aggirabile in ambito transnazionale, in forza di un altro principio, quello di *equivalenza*, secondo cui – per citare il Report P. JANARD (27 settembre 1968 – OJ 1979 C 59, p. 1), il regime del riconoscimento di cui alla Convenzione di Bruxelles mira a conferire alle decisioni: “(...) *the authority and effectiveness accorded to them in the State in which they were given*”. In forza di tale principio, dunque, possono produrre effetti extraprocessuali all’interno dello spazio giuridico europeo solo le pronunce declinatorie che *già nel loro paese d’origine siano idonee a produrre tali effetti*.

³⁰⁸ Poiché l’art. 310, comma 2, c.p.c. riporta l’espressione “(...) sentenze che *regolano* la competenza”, la giurisprudenza ritiene – più sulla scorta dell’assonanza tra l’espressione “che *regolano*” e l’istituto del regolamento di competenza, che non di una vera e propria interpretazione letterale – che munite di efficacia extraprocessuale siano solo le sentenze della Cassazione *emesse in sede di regolamento di competenza*, e non quelle, pronunciate sempre dallo stesso organo, emesse però in sede di ricorso ordinario *ex art. 360, n. 2, c.p.c.* Per riferimenti v. D. TURRONI, *La sentenza civile sul*

44 c.p.c. (ai sensi del quale, producendo la sentenza dichiarativa di incompetenza non impugnata l'incontestabilità dell'incompetenza dichiarata e della competenza del giudice in essa designato, *solamente quando il processo sia riassunto tempestivamente dinanzi il giudice dichiarato competente*, indirettamente implica che una simile pronuncia è destinata a *perdere efficacia* ove il processo si estingua, in quanto non idonea alla produzione di alcun effetto extraprocessuale³⁰⁹).

Vedremo, a breve, come questa impostazione non sia l'unica contemplata nel nostro ordinamento. Anticipiamo anzi che riteniamo senz'altro più plausibili le argomentazioni di quell'orientamento, pur se tutt'ora minoritario, per cui sarebbe improprio distinguere, ai fini dell'attribuzione della forza del giudicato, tra decisioni di merito e decisioni di rito.

Prima, però, di affrontare questo tema nell'ambito dell'ordinamento italiano, riteniamo opportuno condividere con il lettore alcuni spunti che provengono dall'esperienza dell'ordinamento tedesco, dove il dibattito su questi profili ha raggiunto negli anni notevoli livelli di sofisticatezza, confidando che essi possano contribuire ad allargare un po' l'orizzonte delle possibili ricostruzioni alternative, svincolando il dibattito da rigide e a volte stucchevoli polarizzazioni tra rito e merito.

11.2. *Spunti derivanti dall'ordinamento tedesco (sentenza sul processo come sentenza sull'Anspruch; estensione analogica della disciplina del giudicato materiale; la natura "meritale" di talune decisioni di rito; le tesi sul "doppio oggetto del processo"). La ripresa della teoria del doppio oggetto del processo da parte della dottrina italiana*

Nell'ordinamento tedesco si è sempre vista con un certo favore l'attribuzione di un'efficacia extraprocessuale alle sentenze su questioni di rito, considerate idonee a produrre un vincolo per i giudici chiamati in un momento successivo a confrontarsi con la medesima questione³¹⁰.

processo, cit., 205 ss. La dottrina maggioritaria, però, facendo leva, da una parte, sulla *ratio* della norma in esame e rilevando, d'altra parte, che la legge parla in più punti (cfr. art. 382, comma 1, c.p.c.) di *statuizione sulla competenza* con riferimento alla pronuncia della Cassazione pronunciata non solo in sede di regolamento, ma anche in sede di ricorso ordinario, giunge alla conclusione che l'efficacia *panprocessuale* trova la propria giustificazione nella posizione istituzionale dell'organo da cui promana più che nel tipo di procedimento a cui essa si riferisce, cosicché una tale efficacia e la conseguente sopravvivenza all'estinzione vanno riferite a tutte le sentenze della Cassazione in materia di competenza: cfr., in particolare, anche per gli ampi riferimenti ivi contenuti, S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, cit., 265; G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, cit., 370 ss.

³⁰⁹ V., per tutti, V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 1964, 163 ss.; R. VACCARELLA, *Inattività delle parti*, cit., 344 ss.

³¹⁰ Così L. ROSENBERG, K.H. SCHWAB, P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 16^a ed., Muenchen,

In particolare, con riferimento alla Sez. 322 ZPO, ossia alla norma che disciplina la cosa giudicata materiale o sostanziale (*Materielle Rechtskraft*)³¹¹, è andata nel tempo affermandosi la tesi secondo cui il giudice statale può sì rigettare nuovamente in rito, per carenza di un presupposto processuale, una domanda già in precedenza rigettata (sempre in rito, ma) per carenza di un presupposto processuale diverso (non implicando la pronuncia di una decisione in rito l'accertamento della sussistenza *di tutti gli altri presupposti processuali*)³¹². Ove, tuttavia, sia la stessa questione già decisa dal primo giudice ad essere portata all'attenzione del secondo giudice (adito con la medesima – o diversa – domanda nel merito), costui *non potrebbe più esaminarla* per l'intervenuta preclusione del giudicato.

I fondamenti teorici su cui la dottrina tedesca basa tale conclusione non sono omogenei.

Un orientamento ne ravvisa il fondamento nel fatto che *anche la sentenza sul processo* sarebbe sentenza sull'*Anspruch*, come tale idonea al *giudicato materiale* in virtù della Sez. 322 ZPO, che attribuisce tale forza alle sentenze: "(...) *nur insoweit als ueber den erhobenen Anspruch...entschieden ist...*". In questo senso, ad esempio, si è espresso Habscheid³¹³. L'autore, nella proposizione della domanda al giudice statale, individuava due distinte affermazioni (o *Behauptungen*), l'una di merito e l'altra, appunto, di rito.

Per altra parte della dottrina, non potendosi assimilare una decisione su una questione di rito ad una decisione sull'*Anspruch* (non attenendo le questioni processuali, in senso proprio, allo *Streitgegenstand*) l'attribuzione ad essa di un'efficacia

2004, 920 ss.; P.M. HUBER, *Das Zivilurteil* 2^a ed., Muenchen 2003, 212; W. GRUNSKY, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, Bielefeld 1974, 486; ID., *Prozess und Sachurteil*, in ZJP 1967, 80, 61; W. ZEISS, *Zivilprozessrecht*, 7a ed., Tuebingen 1989, 203. *Contra* G. FURTNER, *Das Urteil im Zivilprozess*, Muenchen 1978, 146 ss., per il quale il giudicato materiale sarebbe proprio delle sole *Sachbeweisenden Urteilen*, mentre la sentenza che respinge la domanda come inammissibile (*als unzulässig*): "(...) *erwaechtest nur in formelle Rechtskraft*". Per ulteriori riferimenti alla dottrina e giurisprudenza rilevanti in relazione ai temi trattati in questo e nei successivi paragrafi, si rimanda a C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*. Vol. I, Padova 1995, 77 ss., 143 ss.; G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, cit., 111 ss.; 144 ss.

³¹¹ La norma, rubricata *Materielle Rechtskraft*, recita testualmente: "(1) *Urteile sind der Rechtskraft nur insoweit fähig, als über den durch die Klage oder durch die Widerklage erhobenen Anspruch entschieden ist. (2) Hat der Beklagte die Aufrechnung einer Gegenforderung geltend gemacht, so ist die Entscheidung, dass die Gegenforderung nicht besteht, bis zur Höhe des Betrages, für den die Aufrechnung geltend gemacht worden ist, der Rechtskraft fähig*".

³¹² V. H.J. MUSIELAK, *Kommentar zur Zivilprozessordnung. Mit Gerichtsverfassungsgesetz Gebundene Ausgabe*, Muenchen 2002, par. 130, 1018; WOLLKOMMER, *Sub S. 322 ZPO*, in R. ZOELLER, *Zivilprozessordnung*, 26a ed., Köln 2007, 977; BGH 6 marzo 1985 n. IV, in SZ, 76/83.

³¹³ W.J. HABSCHIED, *Zur materiellen Rechtskraft des Urteils gegen den siegreichen Kläeger im internationalem Zivilprozessrecht*, in ZJP 1962, 205 ss.

“esterna” veniva fatta derivare da un’*estensione analogica* della disciplina del giudicato materiale³¹⁴.

Argomenti a sostegno dell’efficacia extraprocessuale e vincolante di decisioni su questioni processuali possono altresì essere ricavati da quell’orientamento che, nella dottrina tedesca, tende ad individuare, nell’ambito del processo cognitivo e decisionale del giudice, un *doppio oggetto* del processo. La formulazione originaria di questo orientamento risale al Blomeyer, per il quale le questioni attinenti all’ammissibilità della domanda nel merito sarebbero *parte della domanda stessa*, nonché destinatarie dei medesimi effetti giuridici della domanda intesa come decisione. In tale ottica, una decisione sul merito, di accoglimento o di rigetto, conterrebbe *sempre il positivo accertamento della sua ammissibilità*³¹⁵.

La ricostruzione del Blomeyer³¹⁶ si inserisce nell’ambito di un “movimento”

³¹⁴ Così K. HELLWIG, *Anspruch und Klagerecht. Beitrage zum buergerlichen und zum Prozessrecht*, Leipzig 1924, 157; A.P. NIKISCH, *Der Streigegegenstand im Zivilprozess*, Tuebingen 1935, 54.

³¹⁵ Così A. BLOMEYER, *Zivilprozessrecht*, Berlin 1985, 332; ID., *Beitrage zur Lehre vom Streitgegenstand*, in *Festschrift der juristischen Fakultat der Freien Universitaet Berlin zum 41. Deutschen Juristentag in Berlin vom 7-10.9.1955*, Berlin 1955, par. 40 III, 2. L’autore confina all’interno del singolo processo l’efficacia dell’accertamento positivo di ammissibilità della domanda. Sulla stessa linea, nella dottrina italiana, con specifico riguardo alle sentenze del giudice di merito sulla competenza e sulla giurisdizione, v. R. VACCARELLA, *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, Napoli 1975, 341 ss.; A. SALETTI, voce *Estinzione del processo*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg., XIII, Roma, 1994, 14; F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, 2 ed., I, 142. V. anche R. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, cit., 575 ss. che, rispetto alla competenza internazionale, statuisce che la sentenza sul merito contiene sempre una decisione sull’ammissibilità della domanda, in particolare sulla sussistenza della competenza internazionale del giudice. Non si tratta di una mera questione pregiudiziale, che come tale non farebbe parte della cosa giudicata, ma di una parte autonoma della decisione, anche se non contemplata espressamente nel dispositivo. *Contra* v. D. LEIPOLD, *Sub art. 322 ZPO*, in F. STEIN, M. JONAS, *Kommentar ZPO*, Tuebingen, 1984, IV, 1, 226 ss., per il quale la pronuncia implicita sulla ammissibilità della domanda spiega efficacia extraprocessuale in un nuovo giudizio sulla *eadem re*.

³¹⁶ Sottoposta a non poche critiche da una parte della dottrina italiana: v. A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova 1973, 167 ss.; A. PROTO PISANI, *Dell’esercizio dell’azione*, in E. ALLORIO (a cura di), *Commentario al codice di procedura civile*, Torino I, 1, 1973, 1060 ss.; G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, Padova 1990, 139 ss. spec. 162; M. FORNACIARI, *Presupposti processuali e giudizio di merito*, Torino 1996, 96. La tesi del doppio oggetto del processo è stata ripresa in tempi recenti, nel nostro ordinamento, da C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., I 225, 231 ss.; ID., voce *Domanda giudiziale (Dir. proc. civ.)*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, VII Torino 1991, 52 ss. L’autore tende tuttavia a negare un’efficacia esterna delle sentenze processuali definitive, in base alla considerazione che oggetto dell’accertamento non sarebbe l’obbligazione a ritenere sussistenti i presupposti processuali (che fisiologicamente sussiste in capo a qualsivoglia giudice statale, discendendo in via generale dalla esigenza di osservare i precetti del diritto processuale), quanto piuttosto: “(...) lo specifico dovere di conoscere la causa nel merito, sorto ed individuatosi per effetto della proposizione di una determinata domanda, in capo al giudice con

volto a sottoporre a critica la figura del rapporto processuale e la sua efficacia di riferimento dogmatico per valutare l'intensità e l'attualità dei poteri del giudice nei confronti di una determinata causa pendente³¹⁷, nell'ambito di una tendenza ad autonomizzare *l'aspetto processuale*, con il ritenere la pretesa dell'attore comprensiva non solo del merito della domanda, *ma anche della sua ammissibilità*.

Più precisamente, dapprima si sono concepite due distinte fasi procedimentali, la prima delle quali riservata al solo giudizio di ammissibilità, *con carattere preliminare rispetto al giudizio sul merito*³¹⁸. Si è poi ipotizzato un duplice rapporto processuale avente ad oggetto, rispettivamente, *ammissibilità e merito*. Si è configurato, quindi, un unico rapporto processuale, frazionato in diversi stadi di sviluppo, per consentire l'esame sia del rito, sia del merito. Si è infine pervenuti – relegando sullo sfondo il riferimento al rapporto processuale, che in precedenza rivestiva un ruolo essenziale nelle suesposte teorizzazioni – all'enucleazione della teoria del *doppio oggetto del processo*³¹⁹, secondo cui, per ogni processo, vi sarebbero necessariamente due distinti oggetti, uno relativo al rito (*prozessualer Streitgegenstand*) e l'altro al merito (*sachlicher Streitgegenstand*), su cui: "(...) il giudice

essa adito (...)". La questione processuale riguardante un dato presupposto processuale non assurgerebbe mai ad *oggetto diretto di accertamento e decisione*, rimanendo la stessa confinata: "(...) *nel campo delle cognizioni pregiudiziali*", integrando l'oggetto della sentenza definitiva sul processo: "(...) un *unicum* irripetibile, il cui accertamento è costituito non già dalla singola questione processuale, quanto dall'effetto giuridico processuale oggetto di preliminare immancabile accertamento (...)". Su tali profili v. anche S. RECCHIONI, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Padova 1999, 91 ss.

³¹⁷ V., *supra*, par. 6.4.5.3.

³¹⁸ V., sul punto, C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., 143 ss.; G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, cit., 144. Entrambi gli autori rimandano alle posizioni del O. BÜLOW, per il quale lo svolgimento della tutela giurisdizionale di cognizione si articolerebbe in due fasi, aventi differenti oggetti, attraverso le quali risulterebbe segnata una cesura: quella fra un *Vor (bereitungs-) verfahren*, corrispondente ad un procedimento preliminare dedicato alla valutazione dell'ammissibilità della domanda e un *Hauptverfahren*, identificato nel processo *vero e proprio*, finalizzato all'accertamento della causa nel merito. Il *Vor (bereitungs-) verfahren* avrebbe un *oggetto autonomo*, (la sussistenza dei presupposti processuali), l'esito del cui accertamento condizionerebbe il passaggio alla successiva fase costituita dallo *Hauptverfahren*. Fondatezza del *rapporto processuale* e fondatezza della *pretesa processuale* sarebbero dunque le due fasi in cui si articolerebbe ogni giudizio. L'autore tedesco instaurava (un po' apoditticamente) una sorta di parallelismo tra, da un lato, il *Vor-verfahren* e la fase *in iure* del processo formulare romano classico e, dall'altro, tra l'*Hauptverfahren* e la fase *apud iudicem*, alla luce della consapevolezza che, nell'ordinamento tedesco, l'espressione "processo" avrebbe dovuto utilizzarsi solo in relazione alla fase della trattazione e decisione della pretesa sostanziale, finendo l'attività (pur essa *giudiziale*) di accertamento della sussistenza del rapporto processuale alla fine relegata in una dimensione quasi *extraprocessuale*.

³¹⁹ Per ampi e dettagliati riferimenti alla dottrina tedesca menzionata nel testo si rimanda a C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., 147.

sarebbe chiamato a pronunciarsi secondo un ordine logicamente predeterminato, dovendo la pronuncia di ammissibilità necessariamente precedere l'esame del merito: pur trattandosi di due oggetti di decisione diversi, anche se collegati, *entrambi sarebbero sottoposti, con la proposizione della domanda, alla cognizione del giudice*"³²⁰.

Non pochi autori, tuttavia (pur annoverabili tra quelli intenzionati ad attribuire un preciso rilievo alla componente processuale dell'oggetto del giudizio), hanno criticato la radicale duplicazione dell'oggetto del giudizio che emergeva dalla ricostruzione poc'anzi illustrata³²¹, preferendo continuare ad attenersi ad una rappresentazione almeno *formalmente* unitaria dell'oggetto del giudizio e così in-

³²⁰ Così G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, cit., 144.

³²¹ V., tra gli altri, W.J. HABSCHIED, *L'oggetto del processo nel diritto processuale civile tedesco*, in *Riv. dir. proc.* 1980, 460 ss. Anche nell'ambito della dottrina italiana (su cui v. *infra*, nel testo e nelle note) molte sono state le voci critiche rispetto alla tesi del doppio oggetto del processo. Per A. ATTARDI, *L'interesse ad agire*, cit., 58, le valutazioni condotte dal giudice statale sulle condizioni di trattabilità della causa nel merito (ossia sul c.d. *oggetto processuale del giudizio*) sarebbero nulla più che: "(...) giudizi (...) preliminari allo svolgimento delle attività necessarie alla emanazione di quel giudizio principale, provocato dall'attore sulla base dell'affermazione contenuta nella domanda che rappresenta la finalità del processo. E pertanto ci sembra di dover limitare al giudizio principale l'ambito entro cui fissare l'oggetto del processo e, conseguentemente, precisare la natura della funzione processuale". Per A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili*, cit., 167 ss. (che critica la teorica del doppio oggetto per assenza di rigore descrittivo e assenza di riscontri sul piano applicativo), non sarebbe possibile distinguere ed isolare le due nozioni del *prozessualer* e del *sachlicher Streitgegenstand*, in quanto a determinare la prima concorrerebbe necessariamente la seconda, cui viene assegnata una: "(...) funzione più estesa, come il momento unitario cui si ispirano i diversi tipi di pronuncia" e che identificerebbe la norma giuridica da applicare, abbia essa natura processuale o sostanziale. Anche G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, cit., 156 sottolinea l'inscindibile connessione tra i profili, rispettivamente, dell'ammissibilità e della fondatezza della domanda, che troverebbe riscontro nel fatto che l'attore non può chiedere al giudice l'accertamento di tutti o di alcuni requisiti di ammissibilità della domanda, ma solo la pronuncia sul diritto o rapporto sostanziale fatto valere. Ne deriva che, all'atto della pendenza del processo, esiste un solo oggetto del giudizio, *unitario ed inscindibile*, che riflette l'unitarietà ed inscindibilità della domanda, rispetto al quale il processo e tutti i suoi requisiti i pongono come meramente strumentali. In dottrina si è altresì fatto riferimento alla difficoltà di derivare un autonomo oggetto processuale dall'esame della domanda, non potendosi cristallizzare, all'atto della pendenza del processo, tutti i profili di ammissibilità della domanda. In proposito nota G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, cit., 154 ss. come il rapporto tra oggetto processuale e oggetto processuale sia: "(...) legato ad una serie di variabili anche indipendenti tra loro, ma che, nello stesso tempo, non consentono l'autonomizzazione degli stessi e la conseguente valutazione, in termini di necessaria separazione, dell'oggetto del processo". A ciò aggiungansi le considerazioni di A. PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in E. ALLORIO (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, II, Torino, 1973, 1060 ss., per il quale: "(...) il nostro ordinamento positivo è tendenzialmente congegnato in modo da evitare che il processo si concluda con un provvedimento meramente processuale" e i presupposti processuali non costituiscono: "propriamente oggetto della domanda *ex art. 99 e 112 c.p.c.*".

dividendo, nella domanda giudiziale, accanto ad un'affermazione giuridica avente ad oggetto un diritto sostanziale (*Rechtsfolgebehauptung*), un'affermazione di natura propriamente processuale (c.d. *Verfahrensbehauptung*), vertente appunto sull'ammissibilità dell'esame del merito della domanda nel processo instaurato. Si riteneva che entrambe le affermazioni confluissero nella generale *Rechtsbehauptung* costituente l'oggetto del giudizio.

Sebbene da prospettive diverse, entrambe le ricostruzioni teoriche finivano per conferire una *dignità e dimensione autonome* alla fase processuale del processo, assunta, da mero snodo prodromico e preparatorio, ad oggetto in qualche modo autonomo di cognizione e decisione rispetto a quello più propriamente meritale.

Lungo le direttrici tracciate dalla dottrina tedesca, pur con inevitabili divergenze legate all'utilizzo di differenti categorie concettuali e terminologiche³²², si è mossa altresì la dottrina italiana, tradizionalmente poco propensa allo studio dedicato all'oggetto del processo e ai rapporti fra rito e merito, che si è in particolare interessata al fenomeno delle *sentenze di rito* (che della problematica del duplice oggetto del giudizio è, in un certo senso, l'espressione di più immediata evidenza), sull'assunto che: "(...) l'oggetto del processo [è] costituito non soltanto dalla questione finale di merito, ma anche dalle *questioni di rito* che possono nascere nel corso della vicenda processuale"³²³.

Prendendo le mosse dalla teoria del *doppio oggetto di giudizio*, ad esempio, Consolo ha fornito una rappresentazione concettuale del cumulo condizionale di domande, e, in particolare, una ricostruzione della *domanda subordinata condizionata* in termini profondamente diversi da quelli riconducibili al paradigma del-

³²² Si pensi, ad es., allo sforzo di una consistente parte della dottrina tedesca (quasi assente, invece, presso la dottrina italiana): "(...) di identificare già nella domanda dell'attore – e nelle richieste in essa espresse – una duplicità di contenuto, sul filo della distinzione rito/merito, che corrisponda e giustifichi quella che si ravvisa nell'oggetto della cognizione e della decisione giudiziale" (così C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., 162, nt. 96). In sostanza, dando quasi per scontata la pariteticità di posizione e valore dei due oggetti di giudizio, quello sostanziale e quello processuale, l'uno esprimendosi in una richiesta (di un provvedimento di merito), l'altro consistente in una affermazione giuridico sostanziale, parte della dottrina tedesca individua due distinti profili già all'interno della domanda giudiziale, su entrambi i quali verrebbe richiesto dall'attore un giudizio. In conseguenza dell'adesione alla teorica del *Prozessanspruch* e alla tesi della duplicità degli oggetti di giudizio, si è stati talvolta indotti a duplicare le affermazioni o le pretese incluse nella domanda giudiziale, giustapponendo, accanto all'affermazione di diritto sostanziale, una richiesta a contenuto processuale. Per una critica a tale impostazione, v. C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., 220, nt. 166.

³²³ Così G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, cit., 151, al quale si rimanda per ampi riferimenti alla dottrina italiana. Per E. FAZZALARI, *La sentenza in rapporto alla struttura e all'oggetto del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1986, 431, il processo non consisterebbe nel contraddittorio in ordine al merito, ma, più in generale: "(...) nel contraddittorio su tutte le questioni, anche di rito, che il processo pone".

la litispendenza risolutivamente condizionata cui era ricorsa la dottrina tedesca maggioritaria³²⁴. In estrema sintesi, il riferimento ad un impiego analitico della nozione di pendenza della lite, in particolare distinguendo la sottoposizione ad accertamento di *due diversi temi*; ha permesso all'autore di richiamare l'attenzione sul fatto che, all'interno della generica situazione di litispendenza, si possano distinguere *due distinti oggetti di giudizio*, uno sostanziale ed uno processuale, quest'ultimo: "(...) prodromico e strumentale, di natura e consistenza schiettamente processuale"³²⁵, vertente, anch'esso: "(...) sull'accertamento di una posizione giuridica soggettiva, sia pure regolata dal diritto processuale"³²⁶.

Nel caso di *domanda subordinata condizionata*, assoggettato a condizione risulterebbe allora solo lo stadio "terminale" della litispendenza, consistente, appunto, nella situazione di attuale decidibilità dell'oggetto "sostanziale" di giudizio, del merito della causa introdotta dalla domanda subordinata. La pendenza "generica" di tale domanda, all'opposto, ossia la presa di contatto del giudice con essa, si *verificherebbe immediatamente in modo incondizionato e, pertanto, del tutto stabile*. E ciò perché risulterebbe *senz'altro sottoposto a cognizione e decisione* – la quale non potrà comunque mancare, incidendo la soluzione data alla domanda principale solo sul suo esito – *l'oggetto "processuale" di giudizio*; vale a dire, il *tema* – anch'esso, come ampiamente veduto, oggetto di accertamento e decisione – *relativo all'esistenza del dovere decisorio di merito nel processo pendente*³²⁷.

In ordine alla domanda condizionata, peraltro, si porrebbe comunque una

³²⁴ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., a seguito di approfondita analisi delle posizioni della dottrina tedesca e italiana, cui abbiamo riassuntivamente accennato in precedenza, evidenzia come il giudizio di ammissibilità, oltre ad essere necessario, non si svolga tuttavia: "(...) in uno speciale procedimento pre ed extra processuale" condizionante la possibilità stessa di una valida ed efficace instaurazione di un processo sulla pretesa attrice, ma *nell'ambito del processo stesso e con le garanzie di questo*, previo accertamento giudiziale dei requisiti e condizioni che regolano l'ammissibilità della domanda. Nello stesso senso v. anche G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, cit., 151.

³²⁵ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., 106.

³²⁶ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale*, cit., 106.

³²⁷ Ci pare di poter qui rilevare una possibile contraddizione nella ricostruzione dell'illustre autore. Se, infatti, per sapere se dovrà decidere o meno la causa nel merito, il giudice statale deve attendere l'avverarsi della condizione, non potrà evidentemente nemmeno decidere della sussistenza o meno del proprio potere decisorio (ossia *dell'oggetto processuale* di giudizio) sino a che quell'avveramento non si sia verificato; in altri termini, così come la cognizione del merito della lite, anche la cognizione dell'oggetto processuale dovrebbe rimanere nel frattempo sospesa. È lo stesso autore a statuire, a margine delle riflessioni concernenti la particolare ipotesi di cumulo condizionale di domande: "(...) essendo sottoposto ad accertamento il solo oggetto "processuale", *che potrà venire deciso solo alla stregua della soluzione data alla domanda proposta in via principale*".

precisa alternativa decisoria, cui il giudice non potrebbe sottrarsi in nessun caso: esame nel merito della fondatezza della domanda stessa, oppure dichiarazione di assorbimento di tale esame, implicante una definizione, con decisione di puro rito, della pendenza della domanda condizionata. A parte il mancato impiego della nozione di rapporto processuale, l'esito di questo orientamento è corrispondente a quello visto in precedenza. In entrambi i casi, in particolare, il mancato verificarsi della condizione non farebbe venir meno *risolutivamente* la pendenza della domanda condizionata (secondo quanto sostenuto dalla dottrina tedesca) – quasi svanire come se non fosse mai venuta ad esistenza –, ma richiederebbe un provvedimento giudiziale di rito che dichiari l'insussistenza del dovere decisorio del giudice e l'impossibilità, dunque, di pervenire ad una decisione di merito. Con la conseguenza che l'indagine sull'oggetto processuale (o questione di rito) non integrebbe una forma di mera *cognitio*, ma *un giudizio in senso giuridico vero e proprio*, tanto da poter affermarsi la sussistenza, in capo al giudice, di un preciso *onere di pronuncia giurisdizionale*, sancito, nel nostro ordinamento, dall'art. 279, comma 2, n. 2 e 4 c.p.c.

Prendendo, ad esempio, il caso della domanda condizionata, la questione circa l'esistenza del proprio dovere decisorio verrebbe dunque *immediatamente sottoposta alla cognizione del giudice*, dando così luogo ad un *processo* e ad un fenomeno di accertamento giurisdizionale, benché con oggetto limitato.

Su tematiche così complesse si potrebbe andare avanti all'infinito. Ci basti, in questa sede, aver prospettato, a grandi linee e "a maglie larghe", un inquadramento del tema della natura delle questioni di rito, che in qualche modo possa contribuire a restituire ad esse la dignità di autonomi oggetti del processo, evitando di relegarle a semplici snodi o passaggi prodromici nell'ambito del processo, che al più impegnano il giudice in un'attività di carattere logico-cognitivo.

11.3. *La tesi dell'unitarietà degli effetti del giudicato e la replica ai tradizionali argomenti contrari ad attribuire efficacia extraprocessuale e vincolante alle decisioni su questioni di rito. Recenti significative evoluzioni sul piano interno e internazionale*

Tornando all'ordinamento italiano, va detto che, all'orientamento dominante, che ha sempre escluso qualsivoglia efficacia extraprocessuale alle decisioni su questioni di rito, è andato contrapponendosi un orientamento a favore della tesi della c.d. *unitarietà degli effetti del giudicato*, bensì minoritario, ma molto autorevole, vantando tra i suoi studiosi figure quali Liebman³²⁸, Betti³²⁹, Carnelut-

³²⁸ E.T. LIEBMAN, *Giudicato civile*, in *Enc. giur.*, Milano, 1983, 3 ss.; ID., *Ancora sulla sentenza*

ti³³⁰, Pugliese³³¹, Vocino³³², Cerino Canova³³³, Attardi³³⁴ e altri³³⁵.

Secondo questo orientamento, non vi sarebbe, nel nostro ordinamento, alcuna norma che osti a che, anche alle sentenze meramente processuali, venga ricollegata la *stessa efficacia vincolante propria delle sentenze di merito, divenute definitive*³³⁶.

In particolare, nessuna indicazione in senso ostativo potrebbe desumersi dalla lettera dell'art. 2909 c.c., in quanto: "(...) *tale norma (...) non specifica quale oggetto debba avere tale accertamento per potere essere autoritativo*"³³⁷. In tale ottica, le decisioni di rito e quelle di merito andrebbero accomunate sotto il profilo degli effetti di *immutabilità e di efficacia extraprocessuale vincolante* del *dictum* giudiziale (non solo, quindi, sotto il profilo del principio del *ne bis in idem* endo-processuale, ma anche sotto quello del *vincolo extraprocessuale*), per quanto detti effetti non necessariamente debbano essere ricondotti alla nozione di "giudicato", potendosi eventualmente parlare di efficacia anche solo pan-processuale³³⁸.

Al di là di questa diversa prospettiva sul tema degli effetti extraprocessuali delle decisioni di rito, va detto che molti degli argomenti tradizionalmente addotti dall'orientamento tradizionale, contrario ad attribuire efficacia extraprocessuale e vincolante alle decisioni su questioni di rito, ad un esame un poco più approfondito, non appaiono per nulla dirimenti.

Infatti, con riferimento all'asserita impossibilità, o quantomeno improbabilità, che la questione processuale si ripresenti identica in un altro giudizio, va osservato

e sulla cosa giudicata, in *Riv. dir. proc. civ.* 1936, I p. 237 ss.; ID., *Efficacia e autorità della sentenza (e altri scritti sulla cosa giudicata)*, Milano 1983.

³²⁹ E. BETTI, *Se il passaggio in giudicato d'una sentenza interlocutoria precluda al contumace l'eccezione di incompetenza territoriale*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1927 II, 13

³³⁰ F. CARNELUTTI, *Efficacia, autorità ed immutabilità della sentenza*, in *Riv. dir. proc.* 1935, 212.

³³¹ G. PUGLIESE, voce *Giudicato civile*, cit., 841 ss.

³³² C. VOCINO, *Considerazioni sul giudicato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1962, 23 ss.

³³³ A. CERINO CANOVA, *La garanzia costituzionale del giudicato civile (meditazioni sull'art. 111, secondo comma)*, in *Riv. dir. civ.* 1977, I, 418 ss.

³³⁴ A. ATTARDI, *La cosa giudicata*, in *Jus* 1961, I 29 ss. e II, 189 ss. spec. 193 ss.; ID., *Il giudicato e un recente progetto di riforma*, in *Riv. dir. civ.* 1979, I p. 301.

³³⁵ In questo senso v. anche C. FERRI, *Sentenze a contenuto processuale*, cit., 432 ss.; A. CHIZZINI, *La revoca dei provvedimenti di volontaria giurisdizione*, Padova, 1994, 34 ss. Per ulteriori riferimenti v. S. MENCHINI, I, *Regiudicata civile*, cit., 417 ss.

³³⁶ Per S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile*, cit., 414 nt. 36, ad esempio, nessuna indicazione in senso ostativo sarebbe dato desumere dalla lettera dell'art. 2909 c.c., in quanto: "*tale norma (...) non specifica quale oggetto debba avere tale accertamento per potere essere autoritativo*".

³³⁷ S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile*, cit., 418.

³³⁸ V., in questo senso, per tutti, E. BETTI, *Se il passaggio in giudicato d'una sentenza interlocutoria*, cit., 13.

che *proprio* la questione *di rito* di cui ci stiamo occupando (il problema dell'esistenza, validità ed efficacia di una convenzione arbitrale) rappresenta una smentita di quell'assunto, dato che si pone *esattamente negli stessi termini* sia dinanzi al giudice statale che dinanzi all'arbitro. Ciò che potrebbe al più variare sono gli *specifici profili fattuali della controversia* che vanno ad incidere sul tipo di valutazione richiesto all'organo adito. Si pensi, ad esempio, al problema di stabilire *l'ambito oggettivo* di una convenzione arbitrale, che dipenderà, evidentemente, non solo dalla formulazione di quest'ultima (immutabile nel passaggio dal giudizio statale a quello arbitrale e viceversa), ma anche dalla *specificità controversia dedotta* e dalle *specifiche domande formulate* dalle parti. Con riferimento, invece, ai *themata decidenda* tipici e ricorrenti di tale questione, quali l'esistenza o la validità della convenzione arbitrale, l'asserita *inidoneità* dell'accertamento contenuto nella decisione pronunciata da un organo *a vincolare l'altro organo* non può certo essere giustificata allegando l'impossibilità che la questione controversa (di rito) si ripresenti identica nell'uno e nell'altro contesto, dato che è esattamente quello che, nel caso di specie, accade³³⁹. D'altra parte, se davvero la "*riproducibilità*", in successivi processi, di questioni attinenti al processo, identiche a quelle già decise, fosse impossibile, una norma come l'art. 310, comma 2 c.p.c. non avrebbe ragion d'essere.

Quanto all'altra affermazione molto ricorrente, secondo cui il principio *Kompetenz Kompetenz* osterebbe alla soggezione, di un organo giudicante, al vincolo discendente dall'accertamento compiuto da un altro organo giudicante su una questione processuale impattante sul potere decisorio del primo, va osservato che il principio in questione, come dimostrano anche numerose norme del codice di rito, *non è assoluto*, ma subisce spesso limitazioni e compressioni più o meno intense in dipendenza di esigenze di coordinamento fra giudizi, che l'ordinamento considera prioritarie rispetto alla necessità di rispettare l'autonomia e indipendenza dell'organo adito. Ne sono dimostrazione proprio gli artt. 44, 310 comma 2 e 382, commi 1 e 3 c.p.c.

Ai sensi della prima norma (l'art. 44 c.p.c.), l'ordinanza che dichiara l'incompetenza del giudice che l'ha pronunciata, se non è impugnata con l'istanza di regolamento, *rende incontestabile l'incompetenza dichiarata e la competenza del giudice in essa indicato*, se la causa è riassunta nei termini di cui all'art. 50 c.p.c. (salvo che si tratti di incompetenza per materia o di incompetenza per territorio nei casi previsti nell'art. 28).

Ai sensi della seconda norma (l'art. 310, comma 2 c.p.c.), l'estinzione del giu-

³³⁹ G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza*, cit., 324, nt. 23, riteneva che fosse comunque possibile parlare di "identità relativa" o "equivalenza", nel senso che il nuovo esercizio del potere d'azione relativamente alla stessa situazione sostanziale poteva determinare situazioni sostanzialmente "identiche" alle precedenti, "*la regolamentazione delle quali ben potrebbe ricondursi ad una precedente decisione*": V. DENTI, *I giudicati sulla fattispecie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 1342.

dizio rende inefficaci gli atti compiuti, ma non (*inter alia*) le pronunce che regolano la competenza.

Ai sensi della terza disposizione (l'art. 382, commi 1 e 3 c.p.c.), la Corte di Cassazione, quando decide una questione di giurisdizione, *statuisce su questa, determinando, quando occorre, il giudice competente* e quando cassa per violazione delle norme sulla competenza, *statuisce su questa*. Con particolare riferimento, poi, all'efficacia (extraprocessuale) delle pronunce sulla giurisdizione³⁴⁰ (tema di notevole pregnanza in relazione al problema dei rapporti arbitro-giudice, dato che, al pari di quanto accade con riferimento ai rapporti tra giudici ordinari e speciali, o tra giudici italiani e stranieri, si tratta similmente di indagare l'efficacia, nei confronti di organi giudicanti appartenenti ad un dato ordinamento, degli accertamenti sulla giurisdizione compiuti *da un altro giudice*, accomunato dal fatto di esercitare *la medesima funzione giurisdizionale*, ma distinto in quanto appartenente ad *un diverso ordinamento giuridico*), l'orientamento assolutamente dominante è sempre stato nel senso di negare alle decisioni emesse dai giudici di merito o dai giudici speciali (definitive e non definitive, pronunciate ai sensi degli art. 187, comma 3 o 279, n. 1 e 4 c.p.c.) *una qualsivoglia efficacia vincolante nei confronti dei giudici di un diverso processo sulla stessa causa*. Se, in relazione ad esse, era concepibile il giudicato formale, in nessun caso potevano avere l'autorità e la *forza* (vincolante) del giudicato sostanziale³⁴¹.

Con particolare riferimento alle pronunce declinatorie della giurisdizione, tale impostazione faceva sì non solo che esse non producessero alcun vincolo "esterno", ma altresì che fossero inidonee ad avere un qualsivoglia impatto all'interno del processo in cui erano state pronunciate³⁴².

A tale regime facevano eccezione le decisioni della Cassazione pronunciate in sede di regolamento di giurisdizione o di ricorso per cassazione *ex art. 360 n. 1 c.p.c.*, in quanto idonee a vincolare tutti i giudici dell'ordinamento. Per quanto

³⁴⁰ Su cui v. G. GIOIA, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, Torino 2009, 1 ss.

³⁴¹ In tal senso v. Cass. 20 febbraio 1965, n. 284, in *Giust. civ.* 1965, I, 561; Cass. 30 ottobre 1962 n. 2827, in *Giur. it.*, I 1, 39; Cass. 15 marzo 1960, n. 547, in *Foro it.*, 1961, I, 485; Cass. 30 maggio 1958, n. 1820.

³⁴² Per quanto riguarda l'efficacia vincolante "interna" o "endo-processuale", un orientamento financo negava che le decisioni sulla sola giurisdizione pronunciate dai giudici di merito o dai giudice speciali fossero idonee al giudicato *anche solo internamente*, assumendo che, in ragione della rilevabilità del difetto di giurisdizione in qualsiasi stato e grado del processo (art. 37), la decisione non poteva precludere l'esame della questione sulla giurisdizione nemmeno nel successivo corso del processo. Solo una sentenza che avesse pronunciato sulla giurisdizione e sul merito, e fosse passata in giudicato su entrambi i punti, poteva precludere tale esame. V., in tal senso, Cass. 13 ottobre 1959, n. 2819; Cass. 11 aprile 1959, n. 1072; Cass. 24 marzo 1959, n. 918; Cass. 7 ottobre 1953, n. 3183; Cass. 30 maggio 1958, n. 1820, in *Giust. civ.* 1958, I, 1778 e Cass. 20 febbraio 1965, n. 284, *ivi*, 1965 I 651.

riguardava le decisioni sulla sola giurisdizione pronunciate dai giudici di merito (o dai giudici speciali), non solo esse erano ritenute inidonee a produrre una qualsivoglia efficacia extra-processuale e vincolante, ma, in relazione ad esse, non era nemmeno concepibile (in virtù del principio dell'*incomunicabilità tra giudici appartenenti ad ordini diversi*³⁴³, al contrario di quanto da sempre avvenuto per le pronunce sulla competenza) una trasmigrazione della causa (con la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda) da un giudice ordinario o da un giudice speciale, verso, rispettivamente, un giudice speciale o un giudice ordinario. Si riteneva, in proposito, che: “[s]olo se la riassunzione innanzi al giudice ad quem fosse avvenuta nell’ambito di una ‘unica’ giurisdizione, si sarebbero potuti fare salvi gli effetti della domanda e di tutti gli atti in precedenza compiuti”³⁴⁴.

Questo quadro è stato tuttavia investito da una serie di sviluppi che hanno interessato i rapporti tra giurisdizioni a livello sia nazionale, che transnazionale.

In primo luogo, per rimanere all’interno dell’ordinamento italiano, il principio di incomunicabilità tra le giurisdizioni è andato progressivamente sgretolandosi: dapprima, a seguito di alcuni interventi della Suprema Corte (n. 4109 del 22 febbraio 2007³⁴⁵) e della Corte costituzionale (n. 77 del 12 marzo 2007) – seguite poi da altre pronunce dello stesso tenore³⁴⁶ –, dipoi, sulla scia delle summenzionate pronunce, a seguito dell’introduzione della l. n. 18 giugno 2009 n. 69 e, in particolare, del suo art. 59 (“decisione delle questioni di giurisdizione”),

³⁴³ V. C. CONSOLO, M. DE CRISTOFARO, *Evoluzioni processuali fra translatio iudicij e riduzione della proliferazione dei riti e dei ritualismi*, in *Corr. giur.* 2007, 745; R. MARTINO (a cura di), *La giurisdizione nell’esperienza giurisprudenziale contemporanea*, Milano 2008, 114 ss.

³⁴⁴ Così G. BATTAGLIA, *Il riparto di giurisdizioni e translatio iudicij*, in *Riv. dir. proc.* 2012, 81 ss.

³⁴⁵ Con questa decisione la Suprema Corte proponeva una lettura *costituzionalmente orientata* della materia, rilevando come non esistesse nell’ordinamento un espresso divieto di *translatio iudicij* tra il giudice ordinario e il giudice speciale; ciò al contrario della Corte costituzionale (vedi infra, nel testo), per la quale, invece, l’art. 30 l. 6 dicembre 1971, n. 1034 era incostituzionale: “(...) nella parte in cui non prevede che gli effetti sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione, si conservino, a seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione”. La Corte rilevava bensì che la Costituzione ha assegnato all’intero sistema giurisdizionale la funzione di assicurare la tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi (“questa essendo la essenziale ragion d’essere dei giudici, ordinari o speciali, la loro pluralità non può risolversi in una minore effettività, o addirittura in una vanificazione della tutela giurisdizionale”). Lasciava però al legislatore il compito di disciplinare espressamente il meccanismo attraverso il quale potesse operare la *translatio*, per tutto ciò che riguardava profili quali la forma dell’atto, il termine di decadenza, le modalità di notifica e o di deposito, l’eventuale integrazione del contributo unificato, ecc.

³⁴⁶ Segnaliamo, *ex multis*, Corte cost. 7 novembre 2008, n. 363; Corte cost. 30 luglio 2009, n. 257; Cass. 4 giugno 2007, n. 13048; Cons. Stato, sez. VI, 28 giugno 2007, n. 3801, in *Giust. amm.* 2007, IV, 223; Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2008, n. 1605, in *Foro amm.*, 2008, 1111.

che ha rivoluzionato i rapporti tra giurisdizioni, approntando una disciplina generale per regolare la sorte del processo erroneamente avviato innanzi ad un giudice privo di giurisdizione³⁴⁷.

È bensì vero che si tratta di disposizioni, a detta della maggior parte dei commentatori, piuttosto ambigue e contraddittorie³⁴⁸. Inoltre, dal punto di vista pratico-applicativo, esse *non conferiscono una vera e propria efficacia extraprocessuale e vincolante alla pronuncia declinatoria di giurisdizione*, dato che l'indicazione, in essa contenuta, del giudice nazionale ritenuto munito di giurisdizione, è bensì vincolante per le parti che riassumano la causa dinanzi al giudice indicato entro tre mesi dal passaggio in giudicato della pronuncia declinatoria (con la contestuale salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda), *ma non per il giudice ad quem*, che rimane comunque libero, ove non aderisca all'indicazione formulata dal giudice *a quo*, di sollevare d'ufficio la questione della spettanza della giurisdizione dinanzi alla Cassazione (attraverso lo strumento del regolamento di giurisdizione d'ufficio)³⁴⁹. Ciò che ha indotto una parte della dottrina a concludere che nulla sia davvero cambiato nei rapporti tra ordini giurisdizionali diversi³⁵⁰, come dimostrerebbero, da un lato, la piena vigenza del principio per cui ogni giudice è giudice della propria giurisdizione (pianamente discendente dalla previsione che consente al giudice *ad quem*, che non condivide l'indicazione fatta dal giudice *a quo*, di azionare lo strumento del regolamento di giurisdizione d'ufficio per devolvere alla Cassazione la risoluzione del conflitto di giurisdizione con quest'ultimo³⁵¹); dall'altro, il fatto che la sentenza affermativa della giurisdizione

³⁴⁷ Per un'analisi della normativa v., tra gli altri, C. CONSOLO, *La legge di riforma 18 giugno 2009, n. 69: altri profili significativi a prima lettura*, in *Corr. giur.* 2009, 877 ss.; F. CIPRIANI, *La translatio tra giurisdizioni italiane*, in *Foro it.* 2009, V, 252; B. RAGANELLI, *L'evoluzione della giurisprudenza e il recente intervento del legislatore in tema di translatio*, in *Dir. proc. amm.* 2010, 2, 789 ss.

³⁴⁸ Così, in particolare, S. MENCHINI, *Eccezione di giurisdizione, regolamento preventivo e translatio: il codice di rito e il nuovo codice della giustizia amministrativa*, in *Giur. it.* 2011, 217 ss.; G. MONTELEONE, *Difetto di giurisdizione e prosecuzione del processo: una confusa pagina di anomalie processuali*, in *Riv. dir. proc.* 2010, 271 ss.

³⁴⁹ Facendo riferimento, da un lato, alla "riproposizione" della domanda (nei suoi commi 2 e 5) e, dall'altro, alla "riassunzione" (nei commi 3 e 4), la norma non scioglie il dubbio se il giudizio ritualmente "riproposto" sia un nuovo processo, cui si accompagna la retroattività degli effetti della domanda, oppure se esso sia piuttosto la prosecuzione del processo originario a seguito di riassunzione (non del tutto chiara risulta la formula utilizzata dal legislatore a chiusura del primo periodo del comma 2 dell'art. 59: "ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute")

³⁵⁰ Così E.F. RICCI, *La nuova disciplina della declinatoria di giurisdizione tra intuizioni felici e confusioni di idee*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 1537 ss.

³⁵¹ La previsione del regolamento di giurisdizione d'ufficio, finalizzato a risolvere i conflitti reali, positivi o negativi, di giurisdizione, ribadisce in sostanza il principio secondo cui *ogni giudice è giudice della propria giurisdizione*, e rappresenta, allo stato, un significativo ostacolo alla *translatio*

da parte di un giudice non sarebbe mai vincolante per un giudice appartenente ad un ordine giurisdizionale diverso.

Ciò detto, è tuttavia indiscutibile che tale normativa abbia incominciato a fare breccia in quel *muro di incomunicabilità* che da sempre caratterizza i rapporti tra giudici appartenenti a diverse giurisdizioni, su cui si è in parte fondata la tesi dell'inidoneità delle decisioni sulla giurisdizione pronunciate dal giudice di merito a produrre una qualsivoglia *efficacia extraprocessuale*. Ora, senza voler per forza di cose condividere le posizioni radicali di chi, nel suddetto art. 59, ravvisa, *in nuce*, il principio di una: "(...) imminente assimilazione degli effetti della declinatoria pronunciata da un giudice di merito alla sentenza regolatrice della Cassazione"³⁵², deve però ammettersi che quella disposizione ha abbattuto alcuni dei tradizionali paletti ostativi a configurare un'efficacia extraprocessuale delle decisioni in tema di giurisdizione, ravvisabili ad esempio: nell'impossibilità, per il giudice *a quo*, di "indicare" un altro giudice, *al di fuori* del suo perimetro giurisdizionale, quale organo fornito di giurisdizione; nella difficoltà, ove non impossibilità, che una questione processuale si riproponga in termini identici da un processo all'altro; nell'esclusione di qualsivoglia salvezza degli effetti processuali e sostanziali prodotti dalla domanda rigettata per carenza di giurisdizione; nell'impossibilità di pensare ad una continuazione o prosecuzione della trattazione di una causa da un ordinamento giudiziario ad un altro; nell'incomprimibilità, nei rapporti tra giurisdizioni, del principio *Kompetenz Kompetenz* come conseguenza della passività del giudice *ad quem* (la cui giurisdizione, nell'ambito della nuova normativa, rimane ferma, e non più discutibile, nei termini statuiti dalla sentenza declinatoria, ove il giudice *ad quem* non abbia contestato l'indicazione del giudice *a quo*, sollevando il conflitto entro il termine della prima udienza fissata per la trattazione del merito e proponendo, per l'effetto, il regolamento di giurisdizione d'ufficio).

L'aspetto della nuova normativa di maggior rilievo per il tema che ci occupa

iudicii conseguente alla declinatoria pronunciata da un giudice del merito. È opinione condivisa che le nuove disposizioni siano redatte in termini contraddittori, tali da non consentire una piana interpretazione delle regole dettate.

³⁵² Così G. GIOIA, *La decisione sulla questione di giurisdizione*, cit., 263 ss., per la quale la decisione sulla giurisdizione resa dal giudice di merito e ormai stabilizzatasi per effetto del giudicato formale potrebbe produrre effetti *anche fuori dal processo in cui sia stata resa*. L'autrice sostiene che non avrebbe senso ammettere la *translatio iudicii* solo in presenza di un intervento della Corte di Cassazione e negarlo in caso di declinatoria della giurisdizione da parte del giudice di merito: "Si verificherebbero situazioni davvero curiose: l'attore, resosi consapevole di avere sbagliato e quindi pienamente consenziente con la declinatoria di giurisdizione (...), è costretto a proporre prima appello e poi ricorso per cassazione non al fine di lamentarsi della pronuncia (che invece condivide), ma al solo scopo di ottenere dopo alcuni anni il nullaosta della Suprema Corte, unico organo giurisdizionale abilitato a permettere la trasmigrazione del processo. (...). Uno spreco davvero intollerabile di tempo e attività".

consiste in ciò, che l'appartenenza di due organi giudicanti ad ordinamenti diversi (giudice ordinario-giudice speciale; giudice italiano-giudice straniero) non osta a che la decisione di uno dei due organi, sul profilo che determina la rispettiva porzione di funzione giurisdizionale esercitata, *esplichi effetti nei confronti del giudizio dell'altro*, sebbene, potremmo dire, allo stato ancora timidi e precari.

In secondo luogo (e volgendo ora lo sguardo alla dimensione transnazionale dei rapporti tra giurisdizioni), due sono i recenti sviluppi cui guardare con interesse nell'ambito di un tentativo ricostruttivo che metta al centro il tema della efficacia extraprocessuale e vincolante di decisioni pronunciate su questioni di mero rito, come indubbiamente è la questione dei rapporti tra giurisdizioni (sia in ambito nazionale, sia in ambito transnazionale).

Il riferimento è, da un lato, al tema della circolazione, nello spazio giudiziario europeo, di provvedimenti e decisioni processuali³⁵³; dall'altro, alla radicale (e recente) presa di posizione della Corte di Giustizia, con la celebre decisione resa nel caso *Gothaer v. Samkip*, quanto alla sussistenza di un vincolo, non solo extraprocessuale, ma altresì extra-nazionale ("paneuropeo" potremmo dire), di tutti i giudici UE alla pronuncia declinatoria emessa dal giudice di uno Stato UE.

Quanto al primo degli sviluppi menzionati, va osservato che, a fronte della tradizionale "chiusura", sia del codice del 1865³⁵⁴, sia del codice del 1940³⁵⁵, ad ammettere qualsivoglia efficacia extraprocessuale e vincolante, in ottica di un possibile riconoscimento nell'ordinamento italiano, ad una decisione giudiziale straniera di mero rito, già la Convenzione di Bruxelles del 1968 apriva uno spiraglio in questa direzione, mediante l'adozione di una norma estremamente generica quale l'art. 25, che definiva "decisione": "(...) a prescindere dalla denominazione usata, qualsiasi decisione resa da un organo giurisdizionale di uno Stato contraente, quale ad esempio decreto, sentenza, ordinanza o mandato di esecuzione, non-

³⁵³ V., sul tema, R. MARTINO, *La giurisdizione italiana nelle controversie civili transnazionali*, Padova 2000, 373 ss.; M.A. LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizione*, Milano 2002.

³⁵⁴ Il codice di rito del 1865, trattando dell'efficacia dei provvedimenti stranieri nelle previsioni di cui agli artt. 559 e 941, già delineava la distinzione tra *iurisdiction* (autorità della sentenza, riconoscimento della sua efficacia di giudicato sostanziale) e *imperio* (esecutività della stessa), da cui si tendeva a trarre la conclusione che, poiché una simile distinzione poteva applicarsi solo alle *pronunce straniere sul merito*, a quelle di contenuto meramente processuale non potesse applicarsi la disciplina della delibazione.

³⁵⁵ Nel vigore del codice del 1940, la giurisprudenza definì provvedimenti suscettibili di riconoscimento solo quelli: "(...) che avevano ad oggetto l'accertamento, la costituzione, la modifica o l'estinzione di un diritto soggettivo, di una capacità o di una situazione personale, e quindi decisioni incidenti su situazioni giuridiche contrapposte di diritto soggettivo, con un provvedimento idoneo ad acquistare autorità di giudicato": così Cass. 12 maggio 1979, n. 2727, in *Foro it.* 1979, I, 1366. V., in proposito, L. CONDORELLI, *La funzione del riconoscimento di sentenze straniere*, Milano 1967, 164; M. CAPPELLETTI, *Il valore delle sentenze straniere in Italia*, in *Riv. dir. proc.* 1965, 196.

ché la determinazione da parte del cancelliere delle spese giudiziali”. Era la stessa relazione Schlosser a chiarire che la nozione ampia di “decisione” di cui alla Convenzione, mentre non comprendeva decisioni meramente interlocutorie relative allo svolgimento del giudizio (quali quelle relative all’assunzione delle prove)³⁵⁶, poteva includere, invece, le decisioni declinatorie della competenza giurisdizionale (vincolanti, tuttavia, nei confronti dei giudici degli altri Stati membri della Convenzione unicamente quanto alla statuizione circa la carenza di competenza giurisdizionale del giudice declinante³⁵⁷).

Tale impostazione, risolutamente negata dalla successiva l. n. 218 del 1995, il cui art. 64 adotta il termine “sentenza” anziché “decisione”, limitando così il riconoscimento – anche tramite il requisito dell’avvenuto passaggio in giudicato – a provvedimenti con carattere decisorio contenenti la definizione di una controversia *sul merito* (i.e. su posizioni giuridiche e diritti soggettivi), veniva ripresa – pur nell’ambito di un orientamento decisamente prevalente nel senso che l’istituto del riconoscimento delle sentenze riguardava *solo le sentenze straniere di merito*, fossero esse di accoglimento o di rigetto, non, invece, quelle di rito³⁵⁸ – da una parte della dottrina a margine dell’entrata in vigore del Regolamento n. 44 del 2001, favore-

³⁵⁶ P. SCHLOSSER, *Heidelberg Report* (Relazione alla Convenzione di adesione alla CEE di Danimarca, Irlanda e Regno Unito), par. 187.

³⁵⁷ In senso conforme v. J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar zum EuGVÜ*, 9 Aufl., Frankfurt 2011, 532 ss.; P. GOTTWALD, in *Muenchener Kommentar zur ZPO*, Band III, Muenchen, 2000, sub art. 26, EuGVU, 2096; D. MARTINY, *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, III, 2, Tuebingen 1984, 32. Tale ricostruzione è altresì condivisa da parte della dottrina italiana: v. S. BARIATTI, *What are judgments under the 1968 Brussels Convention?*, in *Riv. dir. int. priv. proc.* 2001, 9 ss.; P. FRANZINA, *Successive proceedings over the same cause of action*, in F. POCAR, I. VIARENGO, F.C. VILLATA, *Recasting Brussels I*, Padova 2012, I 253 ss.; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001: (la revisione della Convenzione di Bruxelles del 1968)*, 3ª ed., Padova 2006, 247 ss. Sulla vocazione extraprocessuale delle pronunce sulla giurisdizione emanate dai giudici tedeschi e francesi di merito v. L. ROSENBERG, K.H. SCHWAB, P. GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, 17 Aufl., Muenchen 2010, 873; M. FORNACIARI, *Presupposti processuali e giudizio di merito: l’ordine di esame delle questioni nel processo*, Padova 1996, 45, nt. 91.

³⁵⁸ Così S.M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo*, cit., 219 ss. Questo non solo perché in molti ordinamenti, come visto in precedenza, le pronunce di rito hanno solamente un’efficacia endo-processuale, ma anche perché: “(...) anche laddove la pronuncia di rito sia munita di efficacia extraprocessuale, la sua circolazione in altri Stati, seppur tecnicamente possibile, non servirebbe a realizzare l’obiettivo della coerenza tra gli ordinamenti giuridici a livello di beni della vita sostanziale attribuiti ossia la finalità che (...) da sempre costituisce l’unica ragione per cui lo Stato richiesto volontariamente rinuncia ad esercitare l’attività giurisdizionale” (E. D’ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino 2007, XVI). In questo senso v. anche A. ATTARDI, *La nuova disciplina in tema di giurisdizione italiana e di riconoscimento di sentenze straniere*, in *Riv. dir. civ.* 1995, 762; S. BARIATTI, *Sentenza straniera*, in *Dig. civ.*, XVIII, Torino, 1998, 330 ss.

vole alla riconoscibilità delle decisioni declinatorie della competenza giurisdizionale, con vincolo, tuttavia, limitato all'effetto negativo scaturente dalla declinatoria³⁵⁹ (funzionali a scongiurare il conflitto negativo di giurisdizione), pur condizionando l'efficacia extraprocessuale al fatto che essa fosse già prevista nel paese di origine della sentenza (c.d. teoria della "estensione degli effetti")³⁶⁰.

Questa impostazione della dottrina più "aperturista" (e qui veniamo al secondo degli "sviluppi" cui si faceva poc'anzi cenno) ha di recente ricevuto l'avallo da parte della Corte di Giustizia nella decisione *Gothaer v. Samkip*³⁶¹, ove si è statuito che la declinatoria di giurisdizione pronunciata da un giudice di uno Stato membro, per accertata esistenza e validità di un patto di proroga della giurisdizione a favore del giudice di un altro Stato membro, non può essere più messa in discussione, e dunque, a tutti gli effetti, "vincola" i giudici di tutti gli altri Stati membri, non solo (sotto il profilo negativo) quanto all'insussistenza della giurisdizione in capo al giudice declinante, ma anche (sotto il profilo positivo) quanto alla sussistenza della giurisdizione in capo al giudice prorogato³⁶².

A supporto di tale conclusione la Corte di Giustizia richiama, da un lato,

³⁵⁹ In tal senso, sull'assunto secondo cui con il riconoscimento si recepirebbe la sentenza innanzitutto come *atto, sul piano, dunque, prima di tutto processuale* e non solo come rapporto obbligatorio – (E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino 2007, 49 ss.) e, pur nel rispetto del principio per cui non si possono riconoscere ad una decisione effetti diversi da quelli che ha nell'ordinamento di provenienza (v. E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, cit., 50; ID., *Pronunce declinatorie di giurisdizione: la Corte di Giustizia impone limiti di efficacia europei*, in *Foro it.* 2013, IV, 42), con l'auspicio di un intervento che desse fondamento comunitario ad un'efficacia extraprocessuale delle declinatorie di competenza giurisdizionale, almeno limitatamente all'effetto negativo, per prevenire conflitti di giurisdizione.

³⁶⁰ Per riferimenti e approfondimenti v. E. D'ALESSANDRO, *Il riconoscimento delle sentenze straniere*, Torino 2007, 49 ss.; A. CARRATTA, *La sentenza civile straniera fra «riconoscimento» ed «estensione dell'efficacia»*, cit., 1165.

³⁶¹ Corte di Giustizia 15 novembre 2012, C-456/11, in *Raccolta*, 2012, I-9520, *Gothaer Allgemeine Versicherung*, in *Int'l Lis* 2014, 16 ss., nt. D. DALFINO, *Un giudicato «europeo» sulla competenza giurisdizionale?* e postilla di C. CONSOLO, L. PENASA, M. STELLA; in *Foro it.* 2013, IV, 32 ss., nt. D'ALESSANDRO, *Pronunce declinatorie di giurisdizione: la Corte di Giustizia impone limiti di efficacia europei*, e in *Dir. comm. int.* 2013, 1077 ss., nt. A. HENKE, *Verso una nozione europea di res iudicata: l'efficacia extraprocessuale della declinatoria di giurisdizione e il giudicato sui motivi*.

³⁶² Con l'entrata in vigore di Reg. UE n. 1215 del 2012, la questione è oggi superata, in quanto, relativamente agli accordi di scelta del foro, è stato introdotto l'art. 31, il quale, introducendo una deroga alla regola generale di litispendenza, conferisce in ogni caso la priorità al giudice prorogato nel decidere sulla validità dell'accordo (v. art. 31, parr. 2 e 3 Reg.). Su tali modifiche, v. SALVADORI, *Gli accordi di scelta del foro nello spazio giudiziario europeo*, Torino 2018; L. PENASA, *La nuova disciplina degli accordi sulla giurisdizione alla luce del Reg. 1215/2012 (Bruxelles I bis)*, in *Int'l Lis* 2013, 122; M. WELLER, *Choice of court agreements under Brussels Ia and under the Hague convention: coherences and clashes*, in *Journal of Private International Law*, 2017, 13,1, 91-129.

l'ampia nozione di "decisione" contenuta nel Regolamento (all'epoca si trattava ancora del n. 44 del 2001) e, dall'altro, gli obiettivi di quest'ultimo, tra cui, in particolare, quello menzionato dal Considerando 2, consistente nel "semplificare le formalità affinché le decisioni emesse dagli Stati membri vincolati dal presente regolamento siano riconosciute ed eseguite in modo rapido e semplice". La Corte, tuttavia, omette di considerare il problema dell'"estensione degli effetti" e così di definire se, nell'ordinamento di origine, quella pronuncia sia dotata di efficacia extraprocessuale o pan-processuale, senza risolvere il quale difficilmente si potrebbe attribuire ad una sentenza, all'atto della sua esecuzione *in un altro ordinamento UE*, effetti che non le spettano nemmeno nello Stato membro d'origine (o effetti che una sentenza dello stesso tipo, pronunciata direttamente nello Stato membro richiesto, non produrrebbe)³⁶³.

Al di là delle tante problematiche sollevate da questa decisione, il "messaggio" di fondo che essa veicola è tuttavia molto chiaro. La natura *meramente processuale di una decisione* non è in linea di principio incompatibile con la prospettazione di una sua efficacia extraprocessuale e vincolante nei confronti di altri giudici.

Tale conclusione è di particolare rilievo per il tema che ci occupa, in quanto il rapporto intercorrente tra i giudici degli Stati membri della UE presenta più di un'analogia rispetto al rapporto intercorrente tra arbitri e giudici nell'ambito di un medesimo ordinamento. Invero, il rapporto del primo tipo è bensì di giurisdizione, ma *sui generis*, in quanto intercorre tra giudici che, pur avendo in comune la stretta interconnessione tra gli ordinamenti di rispettiva appartenenza, finalizzata all'uniforme attuazione del diritto europeo, *formalmente continuano ad appartenere ad ordinamenti diversi* (quelli dei rispettivi Stati nazionali). Anche nel caso del rapporto tra arbitri e giudici statali si ravvisa un elemento di *convergenza funzionale*, trattandosi di organi parimenti investiti del potere di *ius dicere* e integranti, secondo la recente impostazione seguita dalla Corte costituzionale, l'unitario e complessivo "sistema arbitrato-giurisdizione", finalizzato al comune obiettivo della tutela dei diritti; nonostante ciò, arbitri e giudici *continuano formalmente ad appartenere ad ordinamenti diversi* (la giurisdizione ordinaria, da un lato; la giustizia privata fondata sull'autonomia riconosciuta e garantita dalla Costituzione, dall'altro).

³⁶³ La questione viene un po' semplicisticamente liquidata, da un lato, sostenendo che la nozione di decisione accolta dal Regolamento *non terrebbe conto della qualificazione data dal diritto di uno Stato membro ad un atto emesso da un giudice nazionale*, sia esso quello dello Stato membro d'origine o quello dello Stato membro richiesto (punto 26: "*un'interpretazione di tale nozione fondata sulle particolarità di ciascun diritto nazionale costituirebbe un ostacolo rilevante alla realizzazione di tale obiettivo*"); dall'altro, concentrandosi più sul far rientrare la pronuncia nel concetto di *decisione* riconoscibile che sul significato del *riconoscimento* degli effetti stessa, così aggirando del tutto il nodo della verifica degli effetti extraprocessuali della pronuncia di rito.

Se dunque, in ambito europeo, si è arrivati al punto di riconoscere efficacia extraprocessuale e vincolante, nei confronti di tutti gli altri giudici UE, ad una *decisione di rito* (nello specifico, sulla giurisdizione) pronunciata da un giudice UE, non appare irragionevole estendere, per analogia e *mutatis mutandis*, le medesime considerazioni ai rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale nell'ambito di uno stesso Paese.

Infine, in linea con questa prospettiva, va segnalata una decisione piuttosto risalente della Cassazione (18 giugno 1987, n. 5357³⁶⁴), la quale – in contrasto con la *communis opinio* circa l'assenza di vincolatività *cross borders* delle decisioni sulla giurisdizione (alla base, tra l'altro, delle critiche riservate da una parte della dottrina e della giurisprudenza al meccanismo del regolamento di giurisdizione ogniqualvolta utilizzato per denunciare il difetto di giurisdizione nei confronti dello straniero³⁶⁵) – affermava l'applicazione analogica dell'art. 50 c.p.c. ove la domanda fosse stata tempestivamente riassunta davanti al giudice italiano, nel termine di sei mesi dalla pronuncia declinatoria della giurisdizione emessa dal giudice straniero³⁶⁶. Ora, sino alla svolta introdotta dalla l. n. 69 del 2009 (e, in particolare, dal suo art. 59), era generalmente inconcepibile che, a seguito della dichiarazione di difetto di giurisdizione

³⁶⁴ Riportata in *Giust. civ.* 1987, I, 2210, nt. M. PINTO COMENALE, in *Foro it.*, 1988, I, 1203 ss., nt. DONATI e in *Giur. it.* 1989, I, 1, 1214 ss., nt. G. CAMPEIS, A. DE PAULI. La Corte richiama come precedenti Cass. 24 gennaio 1950, n. 213, in *Foro it.* 1951, I, 602 e Cass. 14 febbraio 1977, n. 646, in *Foro it.* 1978, I, 484, anche se non sembrano riferimenti del tutto pertinenti.

³⁶⁵ Si rifugge, in altri termini, l'idea che il giudice si privi della causa *senza che vi sia un altro giudice cui affidarne la trattazione*; circostanza che avviene sempre nel caso in cui la Cassazione, rilevata la carenza di giurisdizione del giudice italiano rispetto allo straniero, debba invalidare l'intero processo con la cassazione senza rinvio della eventuale sentenza di merito, di fatto azzerando tutta l'attività processuale, rimanendo la situazione giuridica vantata priva di tutela davanti alla giurisdizione interna: così C. CONSOLO, *La buona fede internazionale processualistica e il nostro 'ricaruburato' regolamento di giurisdizione*, in *Giur. it.* 2003, 2056 ss.

³⁶⁶ Il caso deciso dalla Corte è, in sintesi, il seguente. Dinanzi ad un giudice francese vengono convenuti una società di navigazione italiana ritenuta responsabile di un ammanco nella merce trasportata e la sua compagnia assicurazioni francese. Il giudice condanna la compagnia assicuratrice, ma si dichiara privo di giurisdizione con riferimento alla parte convenuta italiana. La compagnia di assicurazioni, per ottenere la restituzione di quanto pagato, propone in Italia un'azione di regresso contro la società di navigazione, pur essendo ormai trascorso il termine annuale entro cui, in conformità all'art. 3, n. 6 della convenzione di Bruxelles del 1924, è previsto che si faccia valere la responsabilità del vettore per perdita o danneggiamento della merce. Il convenuto italiano eccepisce la decadenza dell'azione dell'attore. Il Tribunale di Genova accoglie l'eccezione. La Corte d'appello e la Cassazione riformano la sentenza di primo grado, in quanto, secondo queste ultime, la *ratio* e la lettera della norma consentirebbero di ritenere impedita la decadenza ad opera di una qualsiasi azione giudiziale diretta a far valer la responsabilità del vettore, *anche se in ipotesi rivolta ad un giudice privo di competenza giurisdizionale*: l'istituto della riassunzione del processo ex art. 50 c.p.c. di fronte al giudice competente andrebbe, infatti, applicato, in questa prospettiva, anche al caso di rapporti tra due giudici stranieri coinvolti.

zione, il processo potesse essere riassunto e proseguire dinanzi a un giudice diverso da quello ordinario: l'art. 50 trova(va) infatti applicazione soltanto in materia di competenza, sicché ove la declinatoria riguardasse non la competenza del giudice adito, ma la giurisdizione del giudice ordinario a favore di quella di un giudice diverso, la causa avrebbe dovuto essere riproposta *ex novo* dinanzi a questo³⁶⁷.

L'aspetto forse più significativo di questa decisione della Cassazione ci pare risieda nel fatto che, ad indurla ad estendere l'applicazione dell'art. 50 c.p.c. *anche* ai rapporti tra giudici di ordinamenti diversi³⁶⁸, sia stata la considerazione dell'esistenza di uno "spazio giuridico europeo", *sostanzialmente equivalente ad un "unico ordinamento interno"*, nel quale ricondurre i rapporti fra giudici allo schema piuttosto della *competenza* che di quello della *giurisdizione*.

Nello specifico, la Corte statuiva che: "(...) nell'area in cui detta convenzione è operante, resta superata la sostanziale distinzione fra esercizio della giurisdizione ed esercizio della competenza (...), con l'ulteriore conseguenza che (...), avendo l'atto impeditivo della decadenza (determinato dalla domanda giudiziale proposta dinanzi a giudice di Stato *membro*) carattere permanente, non dissimilmente dall'ipotesi di proposizione della domanda dinanzi a giudice italiano non competente, la decadenza non può più verificarsi se, dopo la declinazione di competenza pronunciata dal predetto giudice straniero, la causa venga riassunta – nel termine previsto dall'art. 50 c.p.c. – innanzi al giudice italiano competente"³⁶⁹.

È anche muovendosi su questo crinale delle analogie e divergenze tra i rapporti di giurisdizione e i rapporti di competenza che alcuni sviluppi verificatisi nei rapporti tra giudici (come quelli poc'anzi illustrati e discussi in questo paragrafo) potrebbero essere estesi, per analogia, anche ai rapporti arbitro-giudice, in particolare per quanto attiene all'efficacia delle rispettive decisioni su una questione processuale qual è la sussistenza della loro *potestas iudicandi* in presenza di una convenzione di arbitrato.

11.4. *L'importanza sistematica della norma di cui all'art. 819 ter, comma 3 c.p.c.*

Per concludere questo *excursus* sui fondamenti teorico-sistematici della tesi qui sostenuta circa l'efficacia extraprocessuale e vincolante delle decisioni di rito, non

³⁶⁷ Così A. MASSARI, *Del regolamento di giurisdizione e di competenza*, in E. ALLORIO (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile diretto*, Torino 1973, 613.

³⁶⁸ Su cui v., in senso critico, G. CAMPEIS, A. DE PAULI, *Trasferimento della lite fra i giudici di paesi C. E. E. ed effetto impeditivo della decadenza*, cit., I, 1214.

³⁶⁹ Cass. 18 giugno 1987, n. 5357, in *Foro it.* 1988, I, 1, 1203. In dottrina una simile impostazione – quanto ai rapporti tra giudici nell'ambito di applicazione della Convenzione di Bruxelles – è condivisa, pare, da S.M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo. Le Convenzioni di Bruxelles e di Lugano*, cit., 169 ss.

possiamo omettere un cenno all'importanza sistematica della norma di cui all'art. 819 *ter*, comma 3 c.p.c.

Si tratta di un istituto che, come visto, è stato fatto oggetto di molteplici inquadramenti teorici e che da senz'altro adito a diverse letture ed interpretazioni.

Al di là di non pochi problemi teorici tutt'ora irrisolti (se il fatto che la questione della invalidità o inefficacia di una convenzione di arbitrato possa essere dedotta in giudizio in via principale implichi la sua riconducibilità alla categoria dei diritti soggettivi influenzando sulla sua qualifica in termini di questione – pregiudiziale o preliminare – di merito anziché di mero rito; se il vincolo di altri giudici e arbitri all'accertamento compiuto dal giudice adito con questa domanda proposta in via principale possa essere predicato anche, ed eventualmente in che misura e a che condizioni, per gli accertamenti compiuti, *sulla medesima questione*, ma nell'ambito di un giudizio, statale o arbitrale, vertente sul merito della lite), ci pare però innegabile che l'introduzione di questo istituto abbia fugato ogni dubbio sul fatto che sia possibile un accertamento autonomo (quantomeno giudiziale) sulla convenzione arbitrale e, di riflesso, sulla questione della sussistenza o meno della *potestas iudicandi* arbitrale e che tale accertamento autonomo sia idoneo ad esplicare effetti extraprocessuali.

Tanto basta per arricchire il quadro dei fondamenti teorico-sistematici che possono sorreggere la ricostruzione qui adottata.

11.5. *Considerazioni conclusive sul fondamento dell'efficacia extraprocessuale dell'accertamento contenuto nella decisione (del giudice e dell'arbitro) sulla questione della potestas iudicandi arbitrale*

Tirando le fila di quanto sin qui esposto, possiamo quindi affermare che l'inquadramento teorico cui si è ritenuto di aderire, rappresentato dalla qualifica della questione della *potestas iudicandi* arbitrale in termini di questione pregiudiziale di rito, non è ontologicamente incompatibile con la possibilità che le decisioni rese su di essa, dal giudice e dall'arbitro, una volta divenute formalmente definitive, vincolino all'accertamento in esse contenuto chi (arbitro o giudice) dovesse trovarsi a pronunciare su quella medesima questione in un momento successivo.

Da un lato, ricostruzioni alternative all'orientamento interpretativo ad oggi ancora maggioritario hanno mostrato come l'efficacia extraprocessuale e vincolante non spetti solo a decisioni di merito su diritti o rapporti giuridici sostanziali, ma anche, in linea di principio, a decisioni su questioni processuali.

Dall'altro lato, molte delle tradizionali obiezioni mosse alla possibilità di concepire un "giudicato vincolante" anche per le decisioni su questioni processuali (impossibilità che una questione processuale si ripresenti identica da un processo all'altro; incompatibilità con il principio per cui ogni giudice è giudice della pro-

pria competenza) appaiono destinate a cadere ad un'analisi più approfondita delle fattispecie e alla luce di incontestabili dati normativi e sistematici.

Dall'altro ancora, il fatto che due organi giudicanti appartengano ad ordinamenti diversi non osta a che la decisione resa dall'uno sulla questione di rito per eccellenza che riguarda la sussistenza o meno del proprio potere decisorio, possa avere, in tempi, modi e misure diversi, ripercussioni ed effetti sull'altro o sul giudizio condotto dall'altro, come dimostrano, da una parte, la trasmigrazione della causa tra giudici ordinari e giudici speciali e tra questi ultimi, con un fascio di vincoli sebbene non assoluti ma prima impensabili tra giudici, parti e giudizi, oltre che con la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda; dall'altra, l'efficacia extraprocessuale e vincolante delle decisioni sulla questione di giurisdizione nello spazio giuridico europeo.

Infine, l'introduzione della norma di cui al comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c. ci pare abbia definitivamente sdoganato l'idea, avanzata già prima della riforma del 2006, ma all'epoca rigettata dalla maggior parte di dottrina e giurisprudenza, che una decisione avente esclusivamente ad oggetto la convenzione arbitrale, la sua esistenza, validità ed efficacia e, dunque, indirettamente, la *potestas iudicandi* arbitrale, una volta definitiva, sia idonea a "fare stato ad ogni effetto" sull'allocatione del potere decisorio tra arbitro e giudice statale in presenza di una pattuizione arbitrale.

SEZIONE TERZA

LE CONDIZIONI DI OPERATIVITÀ DEL VINCOLO
EXTRAPROCESSUALE DELL'ACCERTAMENTO SULLA
QUESTIONE DELLA *POTESTAS IUDICANDI* ARBITRALE12. *Premessa*

In questa Sezione si procederà ad illustrare come, in concreto, operi il vincolo di un organo all'accertamento *sulla potestas iudicandi arbitrale* compiuto dall'altro, alla luce di tutti i possibili snodi e scenari che potrebbero profilarsi.

Per cominciare, ci si soffermerà sull'individuazioni di quali, tra le decisioni dell'arbitro e del giudice statale sulla *potestas iudicandi* arbitrale, siano effettivamente idonee ad acquisire detta efficacia extraprocessuale e vincolante e sulla necessità o meno che, alla base di quelle decisioni, per esplicitare quella particolare efficacia, vi sia una espressa richiesta, della parte interessata, di accertare *principialiter* la questione.

Ci si soffermerà, poi, sulla questione, anch'essa controversa, dell'individuazione del momento a partire dal quale si dovrebbe produrre la menzionata efficacia extraprocessuale e vincolante, inevitabilmente intrecciata con il tema dell'impugnabilità, immediata o meno, delle decisioni dell'arbitro e del giudice statale verenti sulla *potestas iudicandi* arbitrale e dell'individuazione del rimedio impugnatorio esperibile.

Invero, se la questione dell'impugnabilità delle decisioni del giudice statale che si sia pronunciato sulla convenzione di arbitrato non pone soverchi problemi, dato che è stato lo stesso legislatore della riforma del 2006 a prevedere espressamente l'utilizzo del regolamento di competenza ai sensi degli artt. 42 e 43 c.p.c. (rimanendo semmai da chiarire profili quali l'oggetto e l'estensione della cognizione della Suprema Corte, gli effetti della sua decisione, il coordinamento con le comunque esperibili impugnazioni ordinarie dell'appello e del ricorso per cassazione e il rapporto con vicende contenziose parallelamente pendenti dinanzi al giudice o all'arbitro), il tema dell'impugnabilità del lodo che abbia deciso (solo o anche) sulla propria *potestas iudicandi* risulta decisamente più problematico, in ragione di un apparente disallineamento del regime della sua impugnazione rispetto a quello applicabile alla decisione del giudice statale sul medesimo oggetto e di un dato normativo oggettivamente non del tutto lineare ed univoco.

Discostandosi dall'orientamento interpretativo ad oggi prevalente, la nostra tesi prevede che il lodo arbitrale, che si pronunci (anche o solo) sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale (in relazione ai tanti e diversi profili di contestazione possibili), non solo sia impugnabile con il regolamento di competenza, ma sia al-

tresi (con particolare riferimento all'ipotesi – rimasta apparentemente “scoperta” dal dato normativo – della pronuncia, vertente esclusivamente sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale e affermativa della stessa), impugnabile *immediatamente*, senza cioè la necessità di attendere la pronuncia del lodo definitivo.

L'accoglimento di tale tesi pone inevitabilmente dei problemi di coordinamento tra l'esperibilità del regolamento di competenza e il rimedio dell'impugnazione per nullità del lodo arbitrale disciplinato dall'art. 829 ss. c.p.c., dato che taluni dei motivi da esso contemplati si sovrappongono alle censure in linea di principio deducibili attraverso il regolamento.

13. *Le decisioni dell'arbitro e del giudice statale sulla potestas iudicandi arbitrale idonee ad acquisire un'efficacia extraprocessuale e vincolante*

Nel corso del giudizio, sia arbitrale che giudiziale, l'arbitro ed il giudice statale possono adottare una variegata serie di provvedimenti, che si differenziano, *ora*, per l'effettiva diversità dei rispettivi contenuti, *ora*, per la diversità delle forme e del regime cui sono soggetti, pur potendo essere, in tale ultimo caso, accomunati dall'aver ad oggetto il medesimo contenuto. Ciò vale anche per le decisioni dell'arbitro e del giudice statale aventi ad oggetto la questione della *potestas iudicandi* arbitrale, di cui andiamo qui di seguito ad illustrare i tratti caratteristici, incominciando dal giudizio arbitrale.

La norma di cui all'art. 817 c.p.c., rubricata “Eccezione d'incompetenza”, regolamenta bensì alcuni profili collegati alla rilevazione della questione della “competenza” arbitrale nell'ambito del giudizio arbitrale, ma non contiene una disciplina organica, completa ed esaustiva di tutti i profili problematici relativi alla cognizione e decisione (e relativi effetti) sulla questione, non contenendo, in particolare, alcun dettaglio circa la tempistica e la forma della relativa decisione arbitrale.

Sotto il primo profilo, la norma non fornisce indicazioni precise sul momento in cui, a partire da cui o entro cui l'arbitro debba adottare una decisione sulla propria “competenza” (se cioè essa debba avvenire entro un determinato termine, oppure subito dopo la proposizione della relativa eccezione, oppure sempre a discrezione dell'arbitro nel corso del procedimento, oppure solo – o anche – insieme al merito).

Ciò differenzia l'ordinamento italiano rispetto ad altri ordinamenti, tra cui quello tedesco (ma anche quello delineato dalla Legge Modello dell'UNCITRAL), caratterizzato da una decisa preferenza per una decisione immediata dell'arbitro sulla propria competenza (collegata, in quegli ordinamenti, alla possibilità di impugnare immediatamente la decisione in questione), finalizzata ad evitare l'inutile

dispendio di attività processuale derivante dall'eventuale annullamento del lodo di merito in ragione di un accertamento solo *ex post* dell'insussistenza della *potestas iudicandi* arbitrale. Il fatto che non vi siano regole rigide riguardo alla tempistica della decisione dell'arbitro sulla propria competenza conferisce senz'altro maggiore flessibilità ed autonomia sia all'arbitro che alla procedura (che si fanno magari apprezzare in controversie di particolare complessità, ove le questioni attinenti alla competenza arbitrale possono risultare strettamente interconnesse con i profili sostanziali della causa, imponendo dunque un esame di questi congiuntamente all'esame di quelle). Tuttavia, potrebbe non poco frustrare le aspettative delle parti quanto alla prevedibilità dello svolgimento della procedura arbitrale nonché, assecondando la tendenza di molti tribunali a posticipare la risoluzione di questioni spinose solo al momento in cui avranno oggettivamente il tempo, per la prima volta, di esaminare le carte del processo, favorire lo svolgimento integrale di giudizi arbitrali sotto la spada di Damocle di un loro possibile annullamento, in ragione del (*solo successivo*) accertamento dell'insussistenza della competenza arbitrale.

Sotto il secondo profilo, la norma non fornisce alcuna indicazione specifica sulla *forma* con cui una decisione dell'arbitro sulla propria *potestas iudicandi* debba essere adottata.

A venire in rilievo per la questione che ci occupa, prima ancora che una distinzione tra i diversi tipi di lodi (lodo definitivo di merito, lodo (definitivo) di rito, lodo parziale di merito, lodo non definitivo di rito), vi è la distinzione tra provvedimenti adottati con la forma dell'*ordinanza* e provvedimenti adottati con la forma del *lodo*.

Nel contesto normativo delineato dalla riforma del 1994, la norma di riferimento emergeva dal combinato disposto, da un lato, dell'art. 816, ult. comma, c.p.c., ai sensi del quale, su tutte le questioni che si fossero presentate nel corso del procedimento prima della pronuncia del lodo, gli arbitri avrebbero provveduto "con ordinanza non soggetta a deposito e revocabile tranne che nel caso previsto dall'art. 819"; dall'altro, dell'art. 827 c.p.c., che distingueva, sotto il profilo del regime impugnatorio, il "lodo che decide parzialmente il merito della controversia" e il "lodo che risolve alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio arbitrale".

A fronte di questo dato normativo, l'orientamento assolutamente prevalente tra gli interpreti era nel senso che la forma "lodo" avrebbe dovuto essere utilizzata per la decisione di tutte le domande e delle questioni potenzialmente idonee a definire il giudizio (indi domande, questioni preliminari di merito, questioni pregiudiziali di rito), mentre la forma "ordinanza" per la risoluzione di tutte le questioni di carattere ordinatorio o istruttorio³⁷⁰. La questione relativa alla sussisten-

³⁷⁰ V., per riferimenti, C. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., II, 2000, 71; C. CAVALLINI, *Questioni preliminari di merito e lodo non definitivo nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 1995, 1151 ss.

za o meno della *potestas iudicandi* arbitrale veniva fatta senz'altro rientrare nel primo gruppo di casi, da decidere, quindi, necessariamente, con lodo³⁷¹, indipendentemente dal suo contenuto³⁷².

Sul regime di cui sopra ha parzialmente inciso la riforma del 2006.

Invero, a fronte della quasi integrale riproduzione del testo dell'art. 827 c.p.c., la disciplina delle ordinanze prevede ora, ai sensi dell'art. 816 *bis* c.p.c. (nel quale è confluito il precedente art. 816 c.p.c.), che: "(...) su tutte le questioni che si presentano nel corso del procedimento, gli arbitri, se non ritengono di provvedere con lodo non definitivo, provvedono con ordinanza revocabile non soggetta a deposito". Prendendo spunto da tale ultima disposizione, una parte della dottrina ha ritenuto che il legislatore della riforma avrebbe rimesso agli arbitri ogni valutazione circa l'opportunità di adottare la forma del lodo piuttosto che quella dell'ordinanza, rispetto a tutte le questioni che emergono nel corso del giudizio, sancendo così la piena fungibilità di entrambe le forme in relazione a decisioni financo su questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito³⁷³. Adottando tale impostazione, la risoluzione della questione della competenza arbitrale potrebbe avvenire dapprima in modo "precario" mediante ordinanza, soggetta a successiva conferma o riforma con lodo non definitivo, parziale o definitivo³⁷⁴. Un'altra parte della dottrina, invece, valorizzando, tra l'altro, il dato testuale di cui al comma 1 dell'art. 817 c.p.c. (per il quale, sulle contestazioni alla loro *potestas iudicandi*, sollevate nel corso del giudizio arbitrale, gli arbitri: "(...) decidono sulla propria competenza", lasciando intendere la non revocabilità o modificabilità delle disposizioni arbitrali, caratteristiche, invece, di un provvedimento qual è l'ordinanza³⁷⁵), continua a ritenere che la scelta se adottare la forma del lodo o quella dell'ordinanza non possa essere lasciata integralmente alla valutazione discrezionale dell'arbitro, ma dipenda dalla natura della questione decisa, con la conseguenza che le questioni in linea di principio idonee a definire il giudizio (tra cui quella sulla *potestas iudicandi* degli arbitri) dovrebbero essere adottate con lo-

³⁷¹ V. M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 243.

³⁷² V. F. DANOVI, *La pregiudizialità*, cit., 111.

³⁷³ In tal senso v. C. PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2012, 386; ID., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, III, 2ª ed., Torino, 2010, 212; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 3ª ed., Torino 2010, 148; S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, 4ª ed., Milano, 2011, 232; S. BOCCAGNA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in S. MENCHINI, *La nuova disciplina*, cit., 452 e 453; F. TOMMASEO, *Le impugnazioni del lodo arbitrale nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. arb.* 2008, 202.

³⁷⁴ Così anche C. CAVALLINI, *L'arbitrato rituale*, cit., 151 ss.

³⁷⁵ G.F. RICCI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 2007, 477. In senso favorevole a che la decisione venga resa con lodo anche E. RIGHIETTI, cit., 638; F.P. LUISO, *Rapporti tra arbitro*, cit., 780.

do³⁷⁶. A quest'ultima conclusione giunge anche chi ritiene che una "decisione" sulla questione della *potestas iudicandi* degli arbitri non possa limitarsi ad una cognizione incidentale della stessa³⁷⁷.

La scelta della forma del provvedimento non è evidentemente senza ripercussioni, e va ad incidere essenzialmente su due aspetti: la stabilità del provvedimento nel prosieguo del giudizio arbitrale e il regime impugnatorio. Infatti, un'ordinanza non solo non è immediatamente impugnabile, ma è revocabile in ogni momento dagli stessi arbitri che l'hanno pronunciata. Il lodo, invece, a determinate condizioni (quelle indicate dall'art. 827 c.p.c.), può essere impugnato immediatamente e, in ogni caso, non può essere oggetto di revoca o modifica nel prosieguo del procedimento.

Secondo chi scrive, il tenore letterale dell'art. 816 *bis* c.p.c. appare abbastanza inequivoco nel senso di contemplare la *tendenziale fungibilità tra ordinanza e lodo*, dipendendo la scelta tra l'una e l'altra forma dalla discrezionalità dell'arbitro, alla luce della volontà e condotta delle parti e non, invece, dal contenuto del provvedimento.

Ciò si evince abbastanza chiaramente dal dettato normativo, ove si statuisce, da un lato, che, in assenza di norme stabilite dalle parti cui gli arbitri debbano attenersi nel procedimento, questi hanno facoltà: "(...) di regolare lo svolgimento del giudizio (...) nel modo che ritengono più opportuno", a patto che siano rispettati il diritto di difesa delle parti ed il principio del contraddittorio; dall'altro, che: "[l]e parti o gli altri arbitri possono autorizzare il presidente del collegio arbitrale a deliberare le ordinanze circa lo svolgimento del procedimento"; dall'altro ancora, che, appunto, la decisione su tutte le questioni che si presentano nel corso del procedimento avviene alternativamente (in quanto manca una espressa gerarchia tra essi) tramite ordinanza revocabile non soggetta a deposito o tramite lodo non definitivo. Il fatto che, nel giudizio ordinario, decisioni aventi ad oggetto il

³⁷⁶ Così, tra gli altri, P. COMOGLIO, *Lodo parziale e lodo non definitivo dopo l'ultima riforma*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 609; D. DALFINO, *Lodi non definitivi su questioni preliminari di merito*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli 2010, 315 ss., ad avviso del quale, contro la tesi maggioritaria, militerebbe il combinato disposto fra il nuovo art. 816 *bis* c.p.c. e l'art. 827, 3° comma, c.p.c., la cui formulazione è rimasta invariata. Secondo l'A., inserendo l'inciso "se non ritengono di provvedere con lodo non definitivo", il legislatore non avrebbe fatto altro che sancire il potere degli arbitri di scegliere se risolvere immediatamente la questione (di rito o di merito) con lodo non definitivo, oppure rinviarne la decisione insieme al lodo definitivo (ma per la sussistenza di un simile potere anche prima della riforma v. F.P. LUISO, *Intorno agli effetti dei lodi non definitivi o parzialmente definitivi* (nota a Arbitro unico Vercelli, 20 febbraio 1997), in *Riv. arb.* 1998, 595 ss.), con la conseguenza che, una volta optato per la prima alternativa, nessuna discrezionalità residuerebbe in capo agli arbitri, i quali sarebbero vincolati all'emanazione di un lodo non definitivo.

³⁷⁷ Così G. RUFFINI, *Sub art. 817*, in S. MENCHINI, *La nuova disciplina*, cit., 285.

medesimo contenuto siano sempre adottate, per espressa previsione di legge, con la forma della sentenza, ossia con il provvedimento decisorio per eccellenza, non può essere invocato contro l'asserita fungibilità tra lodo ed ordinanza nel contesto arbitrale, dato che una delle caratteristiche tipiche di quest'ultimo, che lo fa preferire al giudizio statale, consiste proprio nella maggiore flessibilità ed informalità della procedura.

In relazione al tema che ci occupa, il limite della volontà delle parti alla discrezionalità degli arbitri potrebbe allora assumere la fisionomia di una richiesta di decisione sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale con effetti "stabili", ossia non modificabili e revocabili nel corso dello stesso giudizio arbitrale³⁷⁸. Da ciò potrebbero discendere diversi scenari "decisori" della questione della *potestas iudicandi* arbitrale. Ove, a fronte dell'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* dell'arbitro sollevata dal convenuto (per inesistenza, invalidità o inefficacia del patto arbitrale), l'attore non deduca alcunché, oppure si limiti a chiedere il rigetto dell'eccezione per asserita esistenza di un patto arbitrale valido ed efficace, l'arbitro dovrebbe essere libero di optare per pronunciarsi su detta eccezione e risolvere quella controversia, alternativamente, tramite ordinanza (non immediatamente impugnabile e revocabile), rinviando ad un momento successivo la vera e propria "decisione" sulla questione (tramite lodo non definitivo, parziale o definitivo), oppure direttamente tramite lodo (definitivo o non definitivo, a seconda delle circostanze). Ove, invece, a fronte dell'eccezione di carenza di *potestas iudicandi* dell'arbitro sollevata dal convenuto (per inesistenza, invalidità o inefficacia del patto arbitrale), l'attore non solo prenda posizione chiedendone il rigetto, ma chieda altresì all'arbitro di pronunciarsi espressamente sulla convenzione arbitrale, l'arbitro non potrà optare, a discrezione, per un'ordinanza o per un lodo, ma dovrà necessariamente risolvere la questione controversa adottando la forma del lodo.

Come vedremo nel paragrafo che segue, riteniamo che l'espressa richiesta di una o di entrambe le parti per una "decisione" – non revocabile – dell'arbitro sulla questione della sua *potestas iudicandi*, non solo abbia l'effetto di imporre all'arbitro la forma della decisione, ma integri, altresì, una delle condizioni perché la successiva decisione espliciti effetti extraprocessuali e vincolanti.

Prima, però, di soffermarci su questo profilo, volgiamo lo sguardo alla decisione del giudice statale sull'*exceptio compromissi*. L'art. 819 *ter*, comma 1 c.p.c. contiene maggiori indicazioni, rispetto alla norma parzialmente omologa di cui all'art. 817 c.p.c., relative alla forma, tempistica e contenuto della decisione con cui il giudice statale afferma o nega la propria competenza.

Essa stabilisce, innanzitutto, che la decisione del giudice statale sull'*exceptio compromissi* sia resa con sentenza. Come si è già avuto modo di illustrare, non è

³⁷⁸ Così anche F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, 2009, cit., 411.

chiaro se l'espressione utilizzata sia da interpretarsi in senso rigoroso, o se, invece, in considerazione del particolare contenuto della decisione (l'affermazione o negazione – per utilizzare il linguaggio del legislatore – “della propria competenza”) e alla luce delle modifiche introdotte dalla l. n. 69 del 2009 (secondo cui è prevista, in via generale, la forma dell'ordinanza per la risoluzione delle questioni di competenza, con conseguente modifica degli artt. 38 ss. c.p.c.) – che tuttavia non hanno interessato l'art. 819 *ter* c.p.c. –, sia da considerarsi espressione generica e non tecnica, idonea, dunque, a consentire l'adozione di tale decisione anche nella forma dell'ordinanza.

Chi scrive non ritiene di aderire alla tesi secondo cui, sull'assunto che l'eccezione di arbitrato integrerebbe una questione di competenza in senso stretto, la mancata modifica dell'art. 819 *ter* c.p.c. sarebbe dovuta ad un difetto nel coordinamento fra normative o, comunque, ad una dimenticanza del legislatore del 2009, dovendosi per conseguenza adottare un'interpretazione “adeguatrice” della norma e sostituire il termine “sentenza” con quello di “ordinanza”, sì da imporre al giudice statale l'adozione di un provvedimento che abbia la veste formale di quest'ultima. Invero, al netto del fatto se si tratti o meno di una scelta consapevole del legislatore (e del probabile mancato allineamento della norma in questione, per ragioni di diacronia, con le modifiche nel frattempo avvenute in relazione ad altri profili del diritto processuale), si è ormai ampiamente dimostrato che i numerosi riferimenti alla nozione di “competenza” contenuti nella normativa introdotta dalla riforma del 2006, non sono idonei a trasformare quello che è un rapporto *sui generis* tra arbitrato e giurisdizione statale in un vero e proprio rapporto di competenza, cui necessariamente applicare tutte le norme che regolano il rapporto fra giudici ordinari. Molto spesso, l'estensione di queste al fine di governare il rapporto del primo tipo risponde a ragioni di carattere pratico e semplificadorio, di cui non si ravvisa, in questo caso, l'esigenza.

Infatti, in ragione del peculiare oggetto della decisione, che, da un lato, riguarda l'allocazione del potere decisorio tra due organi aggiudicatori che appartengono a diversi ordinamenti e, dall'altro, si caratterizza altresì per una congerie di profili che arricchiscono – con sfumature e profili di maggiore complessità (rapporto complesso) e *lato sensu* meritali (forma, contenuto, ampiezza ed estensione di una pattuizione negoziale qual è la convenzione arbitrale, ma anche compromettibilità della lite) – quella che rimane un'eccezione di rito, la forma della sentenza ci pare la più appropriata, per il maggiore sforzo motivazionale richiesto rispetto a quello tendenzialmente necessario per la decisione di una normale eccezione d'incompetenza.

In ogni caso, avendo il legislatore predisposto il regolamento di competenza come rimedio impugnatorio avverso le decisioni sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, la forma della sentenza, anziché quella dell'ordinanza, non osta in alcun modo al ricorso a quel rimedio.

Quanto alla tempistica della decisione del giudice statale sulla propria competenza in presenza di una convenzione arbitrale, a fronte dell'eccezione del convenuto per essere la controversia devoluta alla cognizione degli arbitri, il giudice potrà decidere se risolvere la questione immediatamente o comunque in *limine litis*, con pronuncia vertente esclusivamente su quella questione (ove, verosimilmente, la questione sia di agevole definizione), oppure se rinviarne (con o senza la contestuale pronuncia di un'ordinanza) la decisione insieme a quella sul merito (parziale o integrale) della lite (il che verosimilmente accadrà laddove, dopo averla deliberata, egli ritenga detta eccezione infondata), quindi dopo l'espletamento di un'istruttoria, resasi verosimilmente necessaria per l'intreccio della *quaestio iuris* della validità del patto arbitrale con profili fattuali attinenti al merito della controversia³⁷⁹.

Nel caso in cui il giudice statale ritenga valida ed efficace la convenzione arbitrale eccepita, accoglierà l'*exceptio compromissi* e declinerà, per l'effetto, la propria competenza, pronunciando necessariamente un'unica decisione (declinatoria), avente tuttavia, formalmente, due capi: uno inerente all'esistenza e validità della convenzione arbitrale e l'altro avente ad oggetto la chiusura in rito del giudizio per accertata carenza di *potestas iudicandi*. Nel caso, invece, in cui ritenga che non sussista un valido patto arbitrale, rigetterà l'*exceptio compromissi* e affermerà la sussistenza della propria competenza, pronunciando, alternativamente, sentenza non definitiva (che conterrà formalmente un solo capo, quello che accerta l'inesistenza o invalidità della convenzione arbitrale, venendo separatamente disposta la continuazione del processo per la trattazione del merito della lite), oppure, sentenza (parziale o definitiva) di merito, contenente sempre, formalmente, due capi (uno dichiarativo della competenza del giudice adito e l'altro sul merito – parziale o integrale – della lite).

Anche nell'ambito del giudizio statale, come già visto a proposito del giudizio arbitrale, si pone il problema della "portata decisoria" della pronuncia del giudice statale sulla propria *potestas iudicandi* in presenza di una convenzione arbitrale eccepita da una parte. Può cioè capitare che, a fronte dell'*exceptio compromissi* sollevata dal convenuto, l'attore non allegli o contro-eccepisca alcunché, oppure si limiti a chiedere il rigetto dell'eccezione per asserita inesistenza di un patto arbitrale valido ed efficace. Ma può d'altra parte capitare che, a fronte dell'*exceptio compromissi* sollevata dal convenuto (o dall'attore in risposta ad una domanda riconvenzionale proposta dal convenuto), l'attore (o il convenuto in riconvenzionale) non solo ne chieda il rigetto, ma chieda altresì al giudice una pronuncia

³⁷⁹ Si pensi ai casi di estensione dell'efficacia della clausola nei confronti di soggetti terzi che, pur non avendo sottoscritto *formalmente* la convenzione arbitrale, siano collegati alle parti firmatarie da una serie di elementi giuridicamente rilevanti: appartenenza di una società non firmataria al medesimo gruppo di cui fanno parte altre due società, entrambe firmatarie.

espressa che statuisca in via definitiva l'inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione arbitrale. A differenza di quanto accade nel giudizio arbitrale, detta richiesta non avrà ripercussioni sulla forma del provvedimento decisorio del giudice (che rimarrà, sempre e in ogni caso, una sentenza), ma ne avrà sugli effetti (extraprocessuali e vincolanti) di quel provvedimento (che, a differenza dei casi in cui la questione controversa sia risolta in via incidentale, conterrebbe un capo autonomo).

È proprio su questo profilo che andiamo ora a rivolgere la nostra attenzione.

14. *Accertamento vincolante e necessaria domanda di parte*

Chi scrive ritiene che il *mero accoglimento dell'eccezione* di carenza di *potestas iudicandi* dell'organo adito, sia esso l'arbitro (in ragione dell'asserita invalidità o inefficacia della convenzione arbitrale) o il giudice statale (in ragione dell'operatività di una convenzione arbitrale asseritamente valida ed efficace), non è idoneo a "fare stato" sulla questione della "competenza" arbitrale, dato che, in base ai principi generali, lo scopo precipuo di un'eccezione (di rito o di merito) è quello di condurre al rigetto (in rito o in merito) della domanda avversaria, non, invece, di provocare un accertamento incontrovertibile e vincolante sul "contro-diritto" dedotto tramite l'eccezione. In altri termini, sull'eccezione (i.e. sul suo rigetto o sul suo accoglimento) non si forma il giudicato.

Ora, a prescindere dall'idoneità di un qualsivoglia accertamento del giudice statale o dell'arbitro su una questione *lato sensu* processuale, di rito, ad esplicitare gli effetti del giudicato, si pone la questione di come una decisione su un'eccezione, quindi in linea di principio incompatibile con la formazione della cosa giudicata, sia idonea ad esplicitare effetti extraprocessuali e vincolanti nei confronti di organi aggiudicatori che, in un momento successivo, dovessero confrontarsi con l'oggetto integrante l'eccezione sollevata dinanzi al giudice statale o dell'arbitro.

In dottrina si sono percorse diverse vie, non tutte convincenti. Così, in particolare, ci appaiono i tentativi di una parte della dottrina di costruire l'efficacia vincolante di un accertamento non meramente incidentale, ma pieno (contenuto nella pronuncia del giudice statale o dell'arbitro sulla convenzione arbitrale) valorizzando la parte "meritale" dell'oggetto dell'eccezione e di detta pronuncia; da un lato, ipotizzando la trasformazione in causa pregiudiziale della questione relativa alla *potestas iudicandi* arbitrale (o, altrimenti detto, al riparto di "competenza" fra arbitri e giudici) divenuta oggetto di accertamento incidentale, sì da qualificare la pronuncia su di essa in termini di decisione parziale di merito, in quanto vertente su domanda attributiva di uno specifico "bene della vita" quale il diritto

di agire in arbitrato³⁸⁰ (rilevante, soprattutto in sede arbitrale, ai fini della sua impugnabilità immediata, laddove la medesima questione, dedotta in via di mera eccezione, integrerebbe una questione preliminare e/o pregiudiziale di rito, dando luogo ad una pronuncia impugnabile solo insieme alla decisione definitiva); dall'altro, onde legittimare un accertamento pieno, con efficacia extraprocessuale e vincolante, sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, ravvisandone il tipico schema della pregiudizialità tecnica (ad instar dell'art. 34 c.p.c.), intercorrente tra un oggetto sostanziale, rappresentato dalla questione dell'esistenza di un valido patto arbitrale ed integrante l'elemento pregiudicante (non rispetto al diritto azionato, *ma rispetto al diritto all'azione*), e un oggetto processuale, rappresentato dal dovere decisorio dell'organo adito con una domanda sul merito³⁸¹.

Queste ricostruzioni finiscono inevitabilmente per collegare la possibilità di un accertamento incontrovertibile e vincolante della questione della "competenza" alla configurazione al suo interno, di una porzione "meritale", con ricadute significative sotto il profilo dell'impugnabilità delle rispettive decisioni: per quanto riguarda la decisione arbitrale, l'immediata impugnabilità con l'impugnazione per nullità ai sensi dell'art. 827 c.p.c. di quello che sarebbe, a tutti gli effetti, un *lodo parziale di merito*; per quanto riguarda, invece, la decisione giudiziale, l'impossibilità di esperire *tout court* il regolamento di competenza o, quantomeno, il regolamento *necessario*.

Secondo chi scrive, l'oggetto essenzialmente "processuale", di rito, dell'eccezione e della decisione, dell'arbitro e del giudice, sulla propria *potestas iudicandi* (a tutti gli effetti un presupposto processuale negativo, o una condizione dell'azione, o una condizione di decidibilità della causa nel merito) non muta fisionomia per il fatto che l'esame della sua sussistenza e fondatezza imponga al giudice statale di confrontarsi con profili *lato sensu* "sostanziali" (esistenza, validità ed efficacia di un atto negoziale qual è la convenzione di arbitrato), dato che questi profili rimangono elementi strumentali al sindacato del giudice statale o dell'arbitro sulla propria *potestas iudicandi*. Si tratta di un fenomeno assolutamente comune nella disciplina del processo; il ricorso ad elementi "meritali" o dalla consistenza sostanziale rappresenta un passaggio spesso necessario per la pronuncia di una serie di decisioni di rito, quali quelle sul difetto di giurisdizione³⁸², ma anche sulla carenza di competenza (anche, ad esempio, in conseguenza della stipula di un patto

³⁸⁰ Così L. SALVANESCHI, *Sub art. 827 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 852; R. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, cit., 228; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 2007, 662 ss., 670 ss.

³⁸¹ Così S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 192 e ivi per riferimenti.

³⁸² V., per riferimenti, D. TURRONI, *La sentenza civile*, cit., 95 ss.; M.P. GASPERINI, *Il sindacato della Cassazione sulla giurisdizione tra rito e merito*, Padova 2002, 350 ss.

di proroga) e, in generale, sulla sussistenza o meno dei presupposti processuali.

Parimenti, la fisionomia “processualistica” dell’oggetto delle decisioni dell’arbitro e del giudice non può mutare a seconda che una parte si limiti a chiedere una cognizione *incidenter tantum* di quell’oggetto (ai soli fini del rigetto della domanda di controparte), oppure si spinga a chiedere un accertamento incidentale con effetti di incontrovertibilità.

Una volta sgomberato il campo dalla “dimensione sostanziale”, perde di pregnanza lo schema della pregiudizialità tecnica, non solo perché si tratta di istituto decisamente più frequente in relazione a questioni (pregiudiziali) di merito relative a veri e propri rapporti giuridici³⁸³, ma anche perché, pur trasportando detto istituto sul piano del rito, nel caso che ci occupa non sarebbe in ogni caso ravvisabile alcun *contenuto di merito* (asseritamente l’accertamento vertente sulla – (in)esistenza, (in)validità e/o (in)efficacia della – convenzione di arbitrato) cui collegare, secondo il nesso di pregiudizialità-dipendenza, il *contenuto di rito* (consistente nella sussistenza del potere decisorio dell’organo adito, ossia nel diritto alla prosecuzione della trattazione per ottenere un provvedimento di merito, ossia, in definitiva, una condizione dell’azione).

Tale conclusione consente altresì di fare giustizia di un equivoco che riguarda, in particolare, il giudizio statale, rappresentato dalla asserita non esperibilità del regolamento necessario di competenza avverso una decisione del giudice statale che contenga un accertamento della (validità ed efficacia) della convenzione di arbitrato, in quanto la decisione sulla competenza sarebbe in tal caso “contaminata” da una decisione sul “merito”³⁸⁴. Il merito rispetto al quale valutare l’ammissibilità o meno del regolamento necessario di competenza non può essere quello risultante dai profili fattuali che vanno a costituire ed integrare la questione puramente ed integralmente “processuale” della sussistenza o meno della *potestas iudicandi* dell’organo adito³⁸⁵, ma solo quello attinente ai diritti e alle situazioni giuridiche sostanziali dedotti in giudizio e di cui si chiede tutela.

Senza incorrere in indebite forzature della fattispecie in esame, riteniamo dunque che la spiegazione più plausibile della possibilità di passare da una decisione che si limiti ad accogliere o rigettare l’eccezione, senza determinare alcun accer-

³⁸³ Così anche C. CAVALLINI, *L’arbitrato rituale*, cit., 133.

³⁸⁴ In tal senso v. S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 193.

³⁸⁵ La giurisprudenza, del resto, ha sempre ritenuto che l’esame compiuto sulla validità e sulla portata della clausola arbitrale, su cui si basa la relativa eccezione, non è mai idoneo a mutare il contenuto della pronuncia, comunque: “(...) circoscritto alla sola competenza” e perciò impugnabile esclusivamente con il regolamento necessario di competenza: v., in tal senso, Cass. 25 ottobre 1982, n. 5568, in *Giust. civ.* 1983, I, 1228; Cass. 31 luglio 1986, n. 4902, che ritiene applicabile l’art. 42 c.p.c. “(...) indipendentemente da ogni controllo sulla correttezza della individuazione della natura del compromesso”.

tamento della questione della *potestas iudicandi* arbitrale, ad una che contenga invece un accertamento pieno della questione, idoneo a riverberare i propri effetti fuori dal processo in modo vincolante per tutti gli arbitri o giudici statali, passi dallo schema di cui all'art. 36 c.p.c., ove una questione può, nell'ambito di un giudizio, presentarsi come mera eccezione, oppure assurgere a domanda (nuova e) autonoma³⁸⁶. Nel primo caso, la decisione non sarà assistita dalla forza del giudicato, incontrovertibile e vincolante, nel secondo caso sì, a seguito di una domanda di accertamento della questione della *potestas iudicandi* che potrà assumere le forme *ora* di una domanda riconvenzionale del convenuto rispetto alle contestazioni mosse dall'attore alla validità ed efficacia della convenzione arbitrale eccepita; *ora* di una *reconventio reconventionis* dell'attore, che non si limiti a controeccepire l'invalidità, inefficacia, inoperatività della convenzione arbitrale eccepita dal convenuto, ma richieda, appunto, una espressa statuizione sul punto da parte dell'organo adito; *ora*, infine, di una domanda di accertamento positivo proveniente dal convenuto, a seguito del rilievo d'ufficio, da parte del giudice, della nullità asseritamente inficiante il patto arbitrale invocato dal medesimo convenuto in via di eccezione.

L'impostazione qui accolta, da un lato, "affida" all'iniziativa delle parti la possibilità che si determini un coordinamento preventivo tra le due procedure (rispettivamente arbitrale e giudiziale), conseguente alla formazione, in un giudizio, di un accertamento incontrovertibile sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale e alla sua spendita nell'altro, in linea con il valore dell'autonomia che informa il fenomeno arbitrale. Dall'altro lato, si pone in linea con la recente presa di posizione delle Sezioni Unite della Suprema Corte in tema di nullità del contratto³⁸⁷ – notoriamente rilevabile d'ufficio al contrario di quanto avviene per l'eccezione di (carenza di) convenzione arbitrale, rilevabile, sia in sede arbitrale che in sede giudiziale, solo su istanza di parte –, ove si è statuito che il rilievo della nullità del contratto conduce ad un accertamento *incidenter tantum* senza effetto di giudicato, *salvo che non sia stata espressamente proposta domanda di accertamento*. Dall'altro ancora, esclude che un accertamento vincolante sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale possa avvenire *ex lege*. Infine, in virtù delle premesse fatte in precedenza (in particolare sulla natura "processuale" dell'oggetto dell'eccezione e della pronuncia), risulta incompatibile con un accertamento vincolante conseguente all'applicazione della tesi dell'antecedente logico-necessario, dato che non sussiste alcun nesso di pregiudizialità logica tra il diritto sostanziale dedotto in giudizio e la questione della esistenza di una valida convenzione arbitrale, tale

³⁸⁶ D. TURRONI, *La sentenza civile*, cit., 208 ss.

³⁸⁷ Il riferimento è a Cass. S.U. 4 settembre 2012, n. 12828.

per cui l'accertamento della seconda possa essere qualificato come antecedente logico del primo³⁸⁸.

In chiusura, va osservato che la possibilità, per le parti, di chiedere, nell'ambito di un giudizio statale, un accertamento con efficacia vincolante della questione della *potestas iudicandi* arbitrale, deve coordinarsi con quanto disposto dal comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c., ai sensi del quale: "In pendenza del procedimento arbitrale, non possono essere proposte domande giudiziali aventi ad oggetto l'invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato". Dato che, dalla lettera della norma, non è possibile desumere la conclusione secondo cui per "domande giudiziali" debbano intendersi solo quelle proposte in via principale, ne deriva l'inammissibilità o improcedibilità di una domanda di accertamento della questione, proposta nell'ambito di un giudizio statale pendente sul merito della lite, al fine di ottenere una statuizione giudiziale incontrovertibile³⁸⁹.

15. *Il momento a partire dal quale le decisioni dell'arbitro e del giudice statale sulla potestas iudicandi arbitrale producono effetti extraprocessuali e vincolanti*

Una volta dimostrata l'idoneità delle decisioni, del giudice e dell'arbitro, sulla questione della competenza arbitrale, ad esplicitare effetti extraprocessuali e vincolanti e una volta illustrate le modalità attraverso cui le contestazioni circa la "competenza" dell'organo adito, da mere eccezioni possono trasformarsi in domande idonee ad essere accertate e decise con efficacia piena, non limitata al processo, è giunto il momento di chiarire se il coordinamento preventivo tra la procedura arbitrale e quella giudiziale sulla medesima causa (o, eventualmente, a certe condizioni, su causa connessa) possa attuarsi solo nel momento in cui le decisioni contenenti il suddetto accertamento passino in giudicato, oppure se anche prima di questo momento l'arbitro o il giudice statale siano vincolati, o in qualche modo condizionati, dall'accertamento compiuto sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale nell'altro giudizio.

In linea di principio, va osservato che la ragione dell'attribuzione di una efficacia esterna, extraprocessuale e vincolante, alla decisione, arbitrale o giudiziale, su detta questione risiede nell'esigenza di apportare un correttivo agli inconvenienti pratico-applicativi determinati dal sistema, confermato dal legislatore della riforma, delle "vie parallele". Nello specifico, come ampiamente illustrato nel corso della trattazione, i problemi più spinosi riguardano, da un lato, il rischio di un

³⁸⁸ Così anche S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 196.

³⁸⁹ V., in tal senso, S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 196. V. anche S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 373; Cass. ord. 15 febbraio 2013, n. 3826.

parallelismo tra procedure sulla medesima causa e, dall'altro, la possibile duplice declinatoria di "competenza" da parte di entrambi gli organi e il rischio di un diniego di giustizia. A tali (potenziali) inconvenienti non è stata data soluzione né dal legislatore della riforma, né dalla Corte costituzionale con la celebre sentenza n. 223 del 2013.

Invero, la riforma, da un lato, ha codificato il principio *Kompetenz Kompetenz*, consentendo all'arbitro e al giudice di valutare in piena autonomia la sussistenza o meno della propria *potestas iudicandi* in presenza di una convenzione arbitrale, senza essere influenzati dalla pendenza della medesima causa nell'altra sede o dalle valutazioni ivi compiute dall'altro organo, come chiaramente si evince dal combinato disposto di cui all'art. 817, comma 2 c.p.c. e all'art. 819 *ter*, comma 1 c.p.c.; dall'altro, ha introdotto un meccanismo, quello dell'accertamento in via principale della questione della *potestas iudicandi* arbitrale, che potrebbe bensì fungere da strumento di coordinamento preventivo tra la procedura giudiziale e quella arbitrale, ma la cui efficacia ed effettività sono non poco depotenziate dalla macchinosità e lentezza rispetto all'esigenza di ottenere, il prima possibile, una statuizione incontrovertibile sulla questione.

D'altra parte, la sentenza della Corte costituzionale ha bensì esteso ai rapporti arbitro-giudice statale la regola della salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda, ma non quella di cui all'art. 44 c.p.c. sull'incontestabilità della competenza dell'organo (giudice o arbitro) *ad quem* come effetto immediato della pronuncia declinatoria, che rappresenta l'essenza della *translatio iudicii*.

Ora, se il correttivo ai suddetti inconvenienti fosse il vincolo, dell'arbitro o del giudice statale, ad una decisione sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale *non ancora stabile perché soggetta ad impugnazione* e dunque a potenziale riforma³⁹⁰, l'agognata certezza resterebbe tutt'al più una chimera, foriera, anzi, di ulteriori complicanze ed indeterminanze, che andrebbero in senso diametralmente opposto alla stabilità e prevedibilità cui dovrebbe mirare *l'idea stessa di vincolo* conseguente alla declinatoria. Si pensi, ad esempio, al caso in cui, a seguito della pronuncia di un lodo non definitivo che abbia accertato la competenza dell'arbitro, il giudice statale, dinanzi a cui penda la medesima causa dedotta in arbitrato, declini la propria competenza in forza della pronuncia arbitrale, invitando le parti a proseguire il contenzioso unicamente in sede arbitrale. Secondo l'orientamento che tutt'ora prevale, la parte convinta dell'insussistenza della *potestas iudicandi* arbitrale dovrebbe attendere la pronuncia del lodo definitivo sul merito per

³⁹⁰ In questo senso v. C. CONSOLO, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza con piena translatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*, in *Corr. giur.* 2013, 1111, per il quale non si dovrebbe attendere il passaggio in giudicato per attribuire alla decisione declinatoria del giudice statale l'efficacia vincolante nei confronti dell'arbitro, che si produrrebbe, dunque, in pendenza dell'impugnazione proposta avverso essa.

contestare in sede di impugnazione per nullità la pronuncia arbitrale sulla competenza; solo ottenendo soddisfazione in sede di impugnazione del lodo (con pronuncia sulla insussistenza di un valido patto arbitrale vincolante anche per il giudice statale) potrebbe detta parte riesumare un giudizio statale sul merito, che s'era interrotto verosimilmente molti anni prima proprio per il fatto che il giudice statale aveva fatto affidamento su una decisione arbitrale sulla competenza non ancora definitiva.

Per questo chi scrive ritiene che, in linea di principio, e salvo quanto si dirà nel prosieguo a proposito della possibilità di richiamare in questo ambito la disposizione di cui all'art. 337, comma 2 c.p.c., l'efficacia extraprocessuale e vincolante delle decisioni del giudice statale e dell'arbitro dovrebbe prodursi *solo con il passaggio in giudicato della relativa decisione*. Oltre che più "solida" sul piano pratico, rispetto ad un vincolo solo temporaneo perché suscettibile di essere azzerato a seguito dell'accoglimento dell'impugnazione, questa soluzione si sposerebbe meglio con il principio *Kompetenz Kompetenz*, dal momento che preserverebbe l'autonomia di giudizio di ciascun organo adito (giudice o arbitro), garantita dall'impianto normativo introdotto con la riforma del 2006, assoggettandola solo alla forza del giudicato incontrovertibile.

Nell'ambito dei rapporti arbitro-giudice, tuttavia, l'individuazione del momento in cui le decisioni del giudice e dell'arbitro sulla *exceptio compromissi* passano in giudicato formale non è del tutto agevole. Più precisamente, se non vi sono soverchi problemi ricostruttivi in relazione alla prima (quella del giudice statale, su cui ci soffermeremo quanto basta per delineare succintamente un quadro completo della situazione), in relazione alla seconda, la percorribilità della via da noi suggerita (coordinamento preventivo tra le procedure fondato sulla spendita, in un giudizio, della decisione sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale divenuta per prima definitiva, nell'altro) o, in ogni caso, la sua efficacia ed incisività, passa necessariamente dalla risoluzione di due problemi: la possibilità di impugnare immediatamente il lodo che abbia pronunciato affermativamente sulla sussistenza della *potestas iudicandi* arbitrale, da un lato; l'individuazione del rimedio con cui impugnare un lodo che abbia pronunciato (in tal caso sia affermativamente, che declinandola), sulla *potestas iudicandi* arbitrale, dall'altro.

Qui di seguito si procederà ad esaminare i due summenzionati profili, dopo esserci soffermati sul tema dell'impugnazione della decisione del giudice statale.

15.1. *Il problema del passaggio in giudicato formale delle decisioni dell'arbitro e del giudice statale sulla potestas iudicandi arbitrale: il tema dell'impugnabilità immediata delle rispettive decisioni e del rimedio esperibile*

15.1.1. *L'impugnabilità immediata della decisione del giudice statale sulla questione della potestas iudicandi arbitrale*

Ai sensi dell'art. 819 *ter*, comma 1 c.p.c., la sentenza, con la quale il giudice statale afferma o nega la propria competenza in relazione a una convenzione d'arbitrato, è impugnabile (*immediatamente*) a norma degli artt. 42 e 43³⁹¹.

La previsione di questo particolare rimedio impugnatorio contro le decisioni del giudice statale sull'*exceptio compromissi* è in un certo senso coerente con l'impianto adottato dal legislatore della riforma che, nel disciplinare i rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale, ha fatto in più occasioni esplicito riferimento, dal punto di vista terminologico, alla nozione di "competenza" (l'art. 819 *ter*, comma 2 c.p.c., ad esempio, parla di sentenza: "(...) con la quale il giudice afferma o nega la propria competenza in relazione ad una convenzione d'arbitrato"), oltre ad estendere ad essi, anche in maniera impropria, molte norme applicabili nei rapporti tra giudici ordinari.

³⁹¹ Per la giurisprudenza successiva alla riforma, v. Cass. 8 maggio 2020, n. 8660; Cass. 28 maggio 2019, n. 14476; App. Roma 12 febbraio 2019, n. 4199; Cass. 22 ottobre 2018, n. 26553, per la quale la circostanza che il giudice di merito abbia dichiarato la domanda "improcedibile" non osta alla proposizione del regolamento di competenza, poiché dalla lettura complessiva della motivazione e del dispositivo emerge che la statuizione si riferisce alla dichiarazione di incompetenza del giudice ordinario a favore del collegio arbitrale; Cass. 10 settembre 2018, n. 21942, che ha statuito l'ammissibilità del regolamento di competenza anche nell'ipotesi in cui il giudice del merito abbia proceduto ad un'erronea qualificazione dell'arbitrato come rituale; Cass. 6 novembre 2017, n. 26300, in *Riv. arb.* 4, 2018, 701 ss., nt. A. ANIELLO, *Alcune rilevanti questioni in tema di arbitrato: i profili dell'exceptio compromissi e la sottile linea tra un oggetto del processo disponibile e non disponibile*; Cass. 6 ottobre 2017, n. 23473; Cass. 28 ottobre 2015, n. 22008, nt. E. DALMOTTO, *Mezzi di impugnazione della declinatoria di competenza e clausola per arbitrato societario*, in *Giur. it.* 2016, 663 ss.; Cass. S.U. 6 settembre 2010, n. 19047, in *Riv. arb.* 2010, 463, nt. C. SANTINI, *Regolamento di competenza avverso la pronuncia del giudice sulla exceptio compromissi e procedimenti pendenti*. Per un'analisi di talune problematiche di diritto intertemporale relative all'esperibilità del regolamento di competenza, v. C. SANTINI, *Regolamento di competenza avverso la pronuncia*, cit., 467. Per quanto riguarda, infine, la questione di diritto intertemporale, conseguente alla sovrapposizione della norma che prevede l'impugnabilità, con il regolamento di competenza, della decisione del giudice statale che abbia pronunciato sulla competenza arbitrale con l'inquadramento del fenomeno arbitrale in una dimensione prettamente privatistica a seguito della svolta negoziale delle Sezioni Unite del 2000, che aveva escluso l'esperibilità del regolamento di competenza in favore dell'impugnazione ordinaria, è divenuta progressivamente marginale ed è destinata ad essere assorbita dal nuovo regime. Per riferimenti v. U. COREA, *Questioni di diritto intertemporale nei rapporti tra arbitro e giudice*, nt. Cass. 20 maggio 2008, n. 12814, in *Riv. arb.* 2009, 465 ss.; Cass., Sez. Un., 6 settembre 2010, n. 19047, in *Riv. arb.* 2010, 463, nt. C. SANTINI.

In ciò il legislatore della riforma si è allineato a quello che, nella vigenza del codice del 1940, anche dopo le riforme del 1983 e del 1994 (salvo per la parentesi post-2000³⁹²), era l'orientamento interpretativo assolutamente dominante in giurisprudenza (e con molto seguito financo in dottrina), anche in quel caso sulla base di una riconduzione dell'*exceptio compromissi* per arbitrato rituale ad un'eccezione di incompetenza per territorio derogabile³⁹³.

Tuttavia, in ragione delle numerose deroghe al sistema codicistico in materia di competenza e delle altrettanto numerose aporie teoriche e pratico-applicative che un'estensione non solo non integrale, ma anzi fortemente mutilata, e talvolta impropria o "forzata", di dette norme determina, non si può certo attribuire alla scelta del rimedio impugnatorio *l'effetto di un'indiretta conferma della natura giuridica dei rapporti tra arbitrato in termini di "competenza"*, intesa in senso tecnico.

È senz'altro più plausibile ritenere che l'opzione per il regolamento di competenza si giustifichi, come avviene per l'applicazione analogica di altri istituti, per questioni eminentemente pratiche: al fine cioè, nel caso specifico, di approntare un rimedio celere e *in unica istanza*, per la risoluzione della questione dell'alloca-

³⁹² Quando, come si ricorderà, con il celebre *revirement* del 2000, la Corte di Cassazione attribuì all'eccezione di patto compromissorio (e alla relativa decisione) natura sostanziale, *di merito* (anziché di rito); donde la soggezione della sentenza del giudice statale agli ordinari mezzi d'impugnazione previsti per qualsiasi altra decisione di merito, ossia l'appello e il ricorso per cassazione, con l'esclusione del regolamento di competenza. V., *ex multis*, Cass. S.U. 6 luglio 2005, n. 14205; Cass. 19 settembre 2003, n. 13893, in *Giust. civ.* 2004, I, 2299, nt. E. GRASSO, *La clausola compromissoria in caso di cessione del credito*; in *Riv. arb.* 2004, 467, nt. C. PETRILLO, *Circolazione della clausola compromissoria in ipotesi di cessione del credito*. Cass. S.U. 25 giugno 2002, n. 9289, in *Riv. arb.* 2002, 511, nt. A. BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite ed il regime della eccezione fondata su accordo compromissorio*; in *Giust. civ.*, 2003, 717, nt. C. PUNZI, *Natura dell'arbitrato e regolamento di competenza*; in *Giust. civ.* 2003, I 1601 ss., nt. G. TOTA, *Ancora sulla natura dell'eccezione di compromesso (e sull'ammissibilità del regolamento di competenza avverso la sentenza del giudice ordinario che pronunci su di essa)*; in *Foro it.* 2002, I, 2299, nt. C.M. BARONE; Cass. 4 giugno 2001, n. 7533, in *Foro it.* 2001, I, 2383; in *Corr. giur.* 2001, 1448 ss., nt. C. CONSOLO, R. MURONI, *L'eccezione di arbitrato rituale come eccezione di "merito" e la supposta inammissibilità del regolamento di competenza*; Cass. 1 febbraio 2001, n. 1403, in *Foro it.* 2001, I, 838, nt. C.M. BARONE; in *Giur. it.* 2001, 2035 ss., nt. P.L. NELA, *Arbitrato rituale e regolamento necessario di competenza*. V. anche M. D'AMBROSIO, *Sull'impugnazione della sentenza dichiarativa della nullità del lodo per invalidità del patto compromissorio*, nota a Cass. 3 febbraio 2005, n. 2379, in *Riv. arb.* 2006, 470 ss.

³⁹³ V., *ex multis*, Cass. 15 maggio 2001, n. 6710, in *Giur. it.*, 2002, 939; Cass. 11 ottobre 1999, n. 11383, in *Mass. Foro it.* 1999; Cass. 8 febbraio 1999, n. 1079, in *Foro it.*, I, 2308, nt. F. DE SANTIS, *In tema di rapporti tra giudice ordinario e arbitri*. Ma v., in senso contrario a detta esperibilità, Cass. 1 giugno 1990, n. 5144, in *Foro it.* 1990, I, 2842; Cass. 13 luglio 1988, n. 4587, in *Mass. Foro it.* 1988. Sui vantaggi "pratici" della giurisprudenza prevalente in favore dell'esperibilità del regolamento di competenza v. A. BRIGUGLIO, *Le sezioni unite e il regime della eccezione*, cit., 523 ss.

zione della *potestas iudicandi* tra arbitro e giudice statale³⁹⁴. Anzi, secondo taluno, il superamento dell'orientamento "negozialista" della Cassazione dei primi anni 2000, attraverso l'espressa equiparazione, *quoad effectum*, del lodo arbitrale alla sentenza emessa dal giudice togato, sarebbe stato ispirato, più che dall'intento di ricondurre "ufficialmente" il fenomeno arbitrale nell'alveo dell'esercizio di una funzione giurisdizionale, *proprio dalla volontà di approntare una soluzione rapida* della questione dell'allocazione della *potestas iudicandi* tra giudice e arbitro, anche e soprattutto sotto il profilo rimediabile; quindi, in definitiva, per ragioni di carattere *eminentemente pratico*³⁹⁵. Prova ne sia che avverso il lodo arbitrale che decide la medesima questione, e che quindi, *se si adottasse il criterio della coerenza sistematica*, dovrebbe anch'esso essere soggetto al regolamento di competenza, tale rimedio non è invece esperibile. Insomma, come opportunamente rilevato in passato da autorevole dottrina, l'individuazione del regolamento di competenza quale mezzo esperibile avverso la sentenza del giudice statale troverebbe fondamento *unicamente* nell'opportunità: "(...) di mettere a disposizione delle parti uno strumento diretto ad ottenere immediatamente dalla Corte di cassazione un accertamento definitivo e vincolante sulla esistenza, validità, efficacia ed estensione della convenzione di arbitrato, quante volte su detta convenzione sia intervenuta una sentenza del giudice ordinario chiamato a risolvere, nel merito, la controversia che ne forma oggetto"³⁹⁶.

Ciò detto, stando alla lettera degli artt. 819 *ter*, comma 1 c.p.c. e 42 c.p.c., parrebbe sussistere un'incongruenza tra le due norme, dal momento che la prima si riferisce alla *sentenza* (con la quale il giudice afferma o nega la propria competenza), mentre la seconda assoggetta al rimedio del regolamento di competenza l'*ordinanza* (che, pronunciando sulla competenza, non decide il merito della causa). Tuttavia,

³⁹⁴ In questo senso v., ad esempio, L. SALVANESCHI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 688; EAD., *Ancora sull'arbitrabilità delle impugnative di delibere assembleari e sulla competenza a deciderle (nota a Cass., 30 ottobre 2012, n. 18671)*, in *Riv. arb.* 2013, 927; G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 365.

³⁹⁵ G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 365. Per una prima applicazione v. Cass. 20 dicembre 2007, n. 26990, ord., in *Mass. Foro it.* 2007, c. 2036.

³⁹⁶ Così S. SATTA, C. PUNZI, *Diritto processuale civile. Appendice di aggiornamento*, cit., 158, per i quali, peraltro, l'esperibilità del rimedio del regolamento di competenza appariva comunque opportuno, senza la necessità sistematica di inquadrare i rapporti tra arbitri ed autorità giudiziaria nello schema della competenza. Già nel contesto anteriore alla riforma S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano 1971, 210 osservava che si potesse acconsentire all'ammissibilità di tale strumento per ragioni *eminentemente pratiche*, pur se nel fenomeno arbitrale non ci fosse nulla che riguardasse la competenza in senso stretto e, addirittura: "(...) sul piano teorico l'ammissibilità del regolamento non [fosse] certo sostenibile".

al di là del dibattito circa la prevalenza della sostanza sulla forma, che non ci pare rilevante in questa sede, all'atto pratico non dovrebbero sorgere problemi applicativi particolari. Se, infatti, il giudice statale pronuncia, come previsto dall'art. 819 *ter*, comma 1 c.p.c., *con sentenza*, è lo stesso articolo a prevedere (non importa se forzando implicitamente l'assimilazione della sentenza all'ordinanza o estendendo l'utilizzo del mezzo impugnatorio a fattispecie che ne sarebbero, formalmente, escluse) che questo atto debba essere impugnato con il regolamento di competenza. Se, invece, pronuncia *ordinanza*, è lo stesso art. 42 c.p.c. a prevedere che essa, ove si esprima solo sulla competenza senza decidere il merito, debba essere necessariamente impugnata con lo strumento da essa regolato.

È pacifico, stando alla lettera del comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c., che il regolamento di competenza sia esperibile sia avverso la pronuncia affermativa del giudice, sia avverso la pronuncia declinatoria della propria competenza. Tra i profili, invece, che, a causa di un dettato normativo piuttosto scarno, risultano tutt'ora equivoci, v'è quello del discrimine tra l'esperibilità del regolamento *necessario* e quella del regolamento *facoltativo* di competenza, in ogni caso *esclusiva di ogni altra opzione*³⁹⁷.

In ragione dell'impostazione qui seguita, secondo cui l'oggetto dell'*exceptio compromissi* e della decisione del giudice statale si esaurisce in un tema *esclusivamente processuale* senza sfumature meritali, ci pare conseguente ritenere (condividendo, su questo specifico punto, il pensiero della giurisprudenza pressoché unanime e anche di chi ritiene che i rapporti tra arbitrato e giurisdizione siano riconducibili alla categoria della competenza, per quanto intesa in senso a-tecnico, in quanto accomunati dal considerare "di rito" l'oggetto della decisione³⁹⁸) che il regolamento *necessario* ex art. 42 c.p.c. sia esperibile, dalla parte soccombente³⁹⁹, ogniqualvolta la pronuncia del giudice statale abbia avuto ad oggetto *la sola questione di competenza* (i.e. quando abbia pronunciato *unicamente* sulle questioni relative all'esistenza, validità ed efficacia della convenzione arbitrale *al solo fine* di statuire sulla propria *potestas iudicandi*⁴⁰⁰), senza ulteriori statuizioni sul merito⁴⁰¹

³⁹⁷ Sull'esclusività del regolamento di competenza v. Cass. 8 marzo 2011, n. 5510, in *Riv. arb.* 2012, 825, nt. F. CAMPIONE, *Sul regime della sentenza che afferma o nega la competenza del giudice in relazione a controversia compromessa in arbitri. Spunti sul rapporto tra arbitri e giudici*.

³⁹⁸ V., in questo senso, S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 383. V. anche Cass. 8 marzo 2011, n. 5510, in *Foro it.* 2011, I, 2091.

³⁹⁹ Tale sarà la parte che, convenuta in giudizio, abbia sollevato l'eccezione d'incompetenza in caso di pronuncia dichiarativa, o l'attore in caso di pronuncia declinatoria; v. M. ACONE, voce *Regolamento*, cit., 4

⁴⁰⁰ G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, 365.

⁴⁰¹ Attesa la formulazione dell'art. 42 c.p.c., con tale mezzo d'impugnazione potrà essere censura-

(nell'accezione ampia accolta in giurisprudenza⁴⁰²). Ove, invece, la pronuncia del giudice statale contenga delle statuizioni *ulteriori* rispetto alla questione della competenza (ad esempio, sulla sussistenza di altri presupposti processuali) o si sia altresì pronunciata (parzialmente o integralmente) sul merito della disputa, alla parte soccombente sulla questione di competenza⁴⁰³ spetterà l'alternativa tra avvalersi del regolamento *facoltativo* di cui all'art. 43 c.p.c., impugnando unicamente il capo della decisione vertente sulla competenza, oppure azionare l'appello per contestare, assieme al capo sulla competenza, anche quello contenente la decisione sul merito⁴⁰⁴.

Su tale allocazione non dovrebbero, in altri termini, incidere né il fatto che l'esame condotto dal giudice abbia investito profili asseritamente meritali, quali l'esistenza o validità di un atto negoziale qual è la convenzione arbitrale (circostanza che, per una parte della dottrina, sarebbe invece sufficiente ad escludere,

ta sia la pronuncia con cui il giudice declini la propria competenza in favore degli arbitri, sia la decisione non definitiva con cui egli rigetti l'*exceptio compromissi* e disponga la prosecuzione del giudizio; v. M. Acone, voce *Regolamento*, cit., 6. *Contra* G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5ª ed., cit., 22 per il quale, dovendo qualificarsi *di merito* la sentenza con cui il giudice si pronuncia sulla controversa questione della validità o efficacia di una convenzione arbitrale, per confermare o declinare la propria competenza, il regolamento di competenza non potrebbe che risultare sempre *facoltativo*.

⁴⁰² "Merito" inteso in senso ampio, comprensivo, cioè, di ogni altra questione, di rito o di merito, attinente all'oggetto del processo, che non si esaurisca con la competenza, quindi anche le questioni pregiudiziali attinenti al processo e le questioni preliminari di merito (così A. LEVONI, voce *Regolamento di competenza*, in *Dig. civ.*, XVI, Torino 1997, 485), nonché le c.d. pronunce *implicite* sulla competenza, laddove cioè il giudice abbia pronunciato sul merito senza prendere esplicita posizione sull'eccezione d'incompetenza.

⁴⁰³ In tal caso, il regolamento facoltativo di competenza potrà essere proposto anche dalla parte interamente vittoriosa sul merito (ma, soccombente sulla questione di competenza), anche prima che la parte soccombente sul merito abbia proposto un'impugnazione nei modi ordinari, dunque prima che la sua soccombenza sulla questione di competenza divenga (da meramente teorica) "pratica"; v. Cass. 7 dicembre 1984, n. 6457.

⁴⁰⁴ Cass. 8 marzo 2011, n. 5510, inedita. Naturalmente, affinché possa essere impugnato con l'appello il capo della decisione sulla competenza, è necessario che siano impugnati anche uno o più capi attinenti al merito (o, comunque, a profili che esulano dalla competenza); v. A. LEVONI, voce *Regolamento*, cit., 488; M. ACONE, voce *Regolamento*, cit., 8. Sarebbero quindi inammissibili l'appello e il ricorso per cassazione proposti avverso *la sola pronuncia sulla competenza* (Cass. 27 febbraio 1990, n. 1507), salva, nel secondo caso, la possibile *conversione* in istanza di regolamento (Cass. 16 dicembre 1992, n. 13263). In ragione del fatto che l'art. 43 c.p.c. non solo è espressamente richiamato dal comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c., ma non rientra tra le norme (menzionate dal comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c.), la cui applicazione ai rapporti arbitro-giudice è espressamente esclusa, non vi sarebbero ostacoli per l'applicazione, in tal caso, della sospensione automatica del procedimento. Così C. DELLE DONNE, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., in P. COMOGLIO *et al.* (a cura di), *Commento del codice*, cit., 595 ss.

sempre ed in ogni caso, la proponibilità del regolamento necessario, per consentire unicamente il ricorso a quello facoltativo⁴⁰⁵), né il fatto che le questioni relative all'esistenza, validità o efficacia della convenzione di arbitrato siano state risolte con efficacia di accertamento pieno e non solo al fine di statuire sulla propria *potestas iudicandi* (circostanza che, per una parte della dottrina, osterebbe alla proposizione del regolamento necessario, lasciando alle parti unicamente l'opzione delle impugnazioni ordinarie o del regolamento facoltativo⁴⁰⁶).

Ad ogni modo, il regolamento di competenza sarà proponibile, a prescindere dal carattere definitivo o non definitivo della decisione, *immediatamente*, non applicandosi l'istituto della riserva facoltativa d'impugnazione⁴⁰⁷ (operante, invece, rispetto all'appello e al ricorso per cassazione).

Per quanto riguarda i rapporti tra giudizio arbitrale e giudizio statale, non pochi problemi discendono dalla espressa non applicabilità dell'art. 48 c.p.c. (che dispone la sospensione dei: "(...) *processi relativamente ai quali è chiesto il regolamento di competenza*" – dal giorno in cui è presentata l'istanza al cancelliere o dalla pronuncia dell'ordinanza che richiede il regolamento –, salva, soltanto, l'autorizzazione del giudice al compimento degli atti urgenti), sancita dal comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c., non intaccato dalla decisione della Corte costituzionale n. 223 del 2013. Invero, se tale disposizione non ha particolari ripercussioni sull'ipotesi di sentenza declinatoria (cui segue necessariamente la chiusura in rito del giudizio, sicché non vi sarebbe più alcun processo da sospendere), essa ne ha invece sui casi, da un lato, di sentenza non definitiva che abbia statuito unicamente sulla competenza, affermandola, e, dall'altro, di sentenza non definitiva o sentenza definitiva che abbiano deciso la questione di competenza assieme al merito⁴⁰⁸.

Nel primo caso, nelle more del giudizio sul regolamento, il giudice di prime

⁴⁰⁵ Così G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino 2013, 26. Invero, pur concordando con l'autore circa il non corretto inquadramento della questione nell'ambito della categoria della competenza, rileviamo che la qualificazione in senso diverso della questione decisa dal giudice avrebbe forse dovuto suggerire l'utilizzo di un altro rimedio impugnatorio. Una volta individuato, invece, il regolamento di competenza, per questioni eminentemente pratiche, la disciplina non può che rinvenirsi nelle norme che regolano quello strumento.

⁴⁰⁶ Così G. RUFFINI, *Sub art. 819-ter*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 380.

⁴⁰⁷ M. ACONE, voce *Regolamento*, cit., 9. In giurisprudenza v. Cass. 20 novembre 2014, n. 24755.

⁴⁰⁸ Fortemente critici rispetto alla soluzione adottata dal legislatore G.F. RICCI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 508; M. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 84; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., 24 che ha bollato l'esclusione dell'applicabilità dell'art. 48 c.p.c. come inutile per l'ipotesi in cui il giudice abbia declinato la propria competenza, e priva di ragione per l'ipotesi in cui invece l'abbia affermata, proseguendo con la trattazione nel merito della causa.

cure potrebbe giungere a una pronuncia sul merito che, in caso di accoglimento dell'istanza di regolamento, verrebbe travolta *ex post*, ai sensi dell'art. 336, comma 2 c.p.c., con azzeramento dell'attività processuale nel frattempo posta in essere, oppure la decisione sul merito, successiva alla decisione non definitiva solo sulla competenza, potrebbe venire impugnata in appello, con i conseguenti problemi di coordinamento tra i due giudizi impugnatori (quello sul regolamento – facoltativo – e l'appello).

Nel secondo caso, da un lato, la mancata impugnazione della porzione merita-
le della decisione condurrebbe al giudicato (la cui stabilità rimarrebbe tuttavia *sub iudice*, stante la possibilità che l'intera decisione venga travolta, *ex post*, a seguito di accoglimento dell'istanza di regolamento); dall'altro, l'eventuale proposizione delle impugnazioni ordinarie darebbe luogo ai summenzionati problemi di coordinamento tra giudizi impugnatori contestualmente pendenti. È bensì vero che questa fattispecie è disciplinata dal comma 3 dell'art. 43 c.p.c., che contempla le due diverse ipotesi in cui il regolamento sia stato proposto *prima* o *dopo* l'impugnazione ordinaria, disponendo, nel primo caso, l'interruzione del decorso dei termini per la proposizione dell'impugnazione ordinaria sino alla comunicazione dell'ordinanza che regola la competenza; nel secondo caso, invece, la sospensione del giudizio di appello dal giorno in cui è presentata l'istanza al cancelliere o dalla pronuncia dell'ordinanza che richiede il regolamento). In entrambi i casi, tuttavia, si sarebbe di fronte ad una proliferazione di giudizi, agevolmente evitabile facendo applicazione dell'istituto della sospensione di cui all'art. 48 c.p.c.⁴⁰⁹.

Inoltre, non si intuisce la *ratio* per cui la mancata sospensione del giudizio *a quo* sia prevista solo per il caso in cui la contestazione alla competenza del giudice statale si fondi su una convenzione arbitrare.

Sebbene, ad una prima lettura, l'esclusione operata dall'art. 819 *ter*, comma 2 c.p.c. appaia inscalfibile (sì da consentire, ad esempio, la prosecuzione di un giudizio d'appello proposto da una parte contro la sentenza di merito, pur se penda il giudizio di regolamento di competenza proposto dall'altra parte avverso la medesima decisione⁴¹⁰), chi scrive condivide l'opinione di chi propone un'interpretazione "adeguatrice" dell'espressione: "(...) *processi relativamente ai quali ...*") di cui all'art. 48 c.p.c., relativamente alla quale dovrebbe operare la non applicabili-

⁴⁰⁹ L. SALVANESCHI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit. 701 parla in proposito di "norma non sufficientemente pensata". Nel caso di sentenza che abbia deciso sul solo potere decisorio del giudice, affermandone la sussistenza con decisione *non definitiva*, oppure con decisione *definitiva* insieme al merito: "(...) sfuggono le ragioni per cui il giudice del merito debba proseguire il giudizio e non invece attendere la pronuncia della Cassazione".

⁴¹⁰ Così G.F. RICCI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 508.

tà, sancita dal comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c., dell'istituto della sospensione⁴¹¹. La norma non parla di "processo nell'ambito del quale è stata proposta l'istanza di regolamento", ma utilizza un'espressione al plurale e più generica (appunto "(...) *processi relativamente ai quali è chiesto il regolamento di competenza*"), che potrebbe essere riferita ai giudizi rispetto ai quali si è posta la questione della loro legittimità in ragione di dubbi concernenti la sussistenza o meno della competenza dell'organo adito e per i quali, dunque, rileverà il responso della Suprema Corte in sede di regolamento.

In quest'ottica, non è così peregrino concludere che il giudizio cui si riferisce la norma sia (anche) quello *arbitrale*, per ipotesi parallelamente pendente, relativamente al quale si sia posta la necessità di chiedere il regolamento di competenza per accertare, una volta per tutte la corretta allocazione di competenza rispetto al giudizio ordinario⁴¹².

Adottando questa prospettiva, ne deriverebbe la non applicabilità della sospensione *del giudizio arbitrale* mentre pende il giudizio di regolamento di competenza; una conclusione che, di fatto, non farebbe che ribadire il principio della tendenziale reciproca impermeabilità dei giudizi arbitrale e statale che già emerge dal combinato disposto degli artt. 817, comma 2 e 819 *ter*, comma 1 c.p.c. e, quantomeno con riferimento alle ipotesi della sospensione, dall'art. 819 *bis* c.p.c. Con particolare riferimento al rapporto tra la Cassazione, il giudizio dinanzi ad essa ed il suo futuro responso, da un lato, e l'arbitrato, dall'altro, la lettura proposta si limiterebbe a ribadire il principio della *reciproca autonomia*, non, invece, quello della necessaria reciproca ininfluenza, dato che, *ca va sans dire*, la

⁴¹¹ V., in particolare, B. CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI, *Commentario alle riforme*, cit., 881, la cui lettura correttiva del divieto ne escluderebbe l'operatività per il caso di regolamento facoltativo di competenza (ché, altrimenti, verrebbe di fatto estromesso dai mezzi di impugnazione esperibili avverso la sentenza su competenza e merito). Secondo G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., 365, la proposizione del regolamento di competenza avverso la decisione del giudice statale di rigetto dell'eccezione determinerebbe *sempre* la sospensione del processo statale proprio ai sensi dell'art. 48 c.p.c., in quanto l'esclusione dell'applicabilità di tale norma ad opera del comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c. riguarderebbe esclusivamente i rapporti tra arbitri e giudice, e non anche quelli tra giudizio di merito davanti al giudice togato e contemporaneo giudizio dinanzi alla Cassazione, avente ad oggetto l'istanza di regolamento. In base ad un'altra prospettiva, il giudizio arbitrale preventivamente o successivamente instaurato rispetto al giudizio statale potrebbe essere sospeso non ai sensi dell'(inapplicabile) art. 48 c.p.c., ma dell'art. 819 *bis* e 337, comma 2, c.p.c. (ove ritenuti applicabili), tutte le volte in cui nel giudizio arbitrale sia stata invocata l'"autorità" della sentenza del giudice dello stato e gli arbitri non abbiano ritenuto di uniformarvisi.

⁴¹² In tal senso v. anche L. SALVANESCHI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 702; S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 188, per la quale la *ratio* della norma andrebbe ricercata nella volontà di garantire la massima autonomia e indipendenza fra il procedimento arbitrale e quello ordinario, in linea con lo spirito del sistema delle c.d. "vie parallele"; G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI, *La nuova disciplina*, cit., 381.

decisione della Suprema Corte risulterà vincolante anche per gli arbitri.

La lettura qui suggerita presenta, evidentemente, qualche *forzatura* (in particolare perché, utilizzando la norma il plurale⁴¹³, parrebbe quantomeno riferirsi ad entrambi i giudizi rispetto ai quali risulta dirimente la questione di competenza e dunque rilevante il responso della Suprema Corte in sede di regolamento), e, tra l'altro, non eliminerebbe del tutto il problema del coordinamento tra giudizi contestualmente pendenti, il cui rispettivo esito potrebbe porre nel nulla quello ottenuto *nell'altro*. Si pensi all'ipotesi in cui, nelle more del regolamento di competenza, l'arbitro sia nel frattempo pervenuto ad una decisione sulla sua competenza (da sola o insieme al merito), divenuta definitiva per mancata impugnazione del lodo, di cui non è chiaro l'impatto sul contestuale giudizio dinanzi alla Cassazione⁴¹⁴. Tuttavia essa consentirebbe, almeno in parte, di "tamponare" la dispersione di attività giudiziaria insita nella prosecuzione di un giudizio statale, nonostante la pendenza di un altro giudizio (il regolamento) finalizzato a verificare la legittimità del primo⁴¹⁵.

Va osservato, infine, che dalla decisione della Corte costituzionale n. 223 del 2013, da un lato, discende che, in caso di statuizione della Corte in favore della competenza degli arbitri, la parte interessata a conservare gli effetti sostanziali e processuali della domanda originariamente proposta al giudice statale dovrebbe

⁴¹³ Come ricorda A. LEVONI, voce *Regolamento*, cit., 497, l'utilizzo del plurale "processi" chiarisce la volontà del legislatore di ricomprendere l'ipotesi in cui il giudice abbia affermato la propria competenza, disponendo la prosecuzione del giudizio, quella in cui il regolamento facoltativo sia richiesto in concomitanza ad un'impugnazione ordinaria e, infine, quella in cui risultino pendenti più processi, fra i quali sussistano rapporti di connessione, continenza o litispendenza.

⁴¹⁴ Potrebbe infatti pensarsi ad una cessazione della materia del contendere (rilevabile anche d'ufficio) del giudizio dinanzi alla Suprema Corte per venir meno dell'interesse delle parti a una decisione sul ricorso proposto o comunque in conseguenza di circostanze sopravvenute idonee a determinare la non procedibilità del ricorso. Si potrebbe tuttavia prospettare anche una lettura alternativa: la statuizione della Cassazione, in quanto emanata da organo deputato a "regolare" una volta per tutte la questione della competenza per tutti i giudici l'ordinamento, non può "soccombere" rispetto ad un giudicato arbitrale, che risulterebbe bensì inattaccabile in quanto non più rivedibile, senza tuttavia incidere sull'idoneità della decisione della Suprema Corte di esplicitare effetti per tutti i futuri giudizi.

⁴¹⁵ A sostegno di tale lettura v. anche B. CAPPONI, *Modestino Acone, la competenza e l'arbitrato*, in *Il giusto processo civile* 2009, 405, che osserva come l'art. 43 c.p.c., nell'estendere l'effetto sospensivo anche all'ipotesi in cui l'impugnazione ordinaria non sia stata ancora proposta, si pone come *pendant* dell'art. 48 c.p.c., il cui disposto viene peraltro richiamato nella parte finale della norma. Infatti, interpretando in modo assoluto l'esclusione operata dall'art. 819 *ter* c.p.c. si realizzerebbe una incomprensibile discrasia fra queste due ipotesi, giacché laddove il giudizio d'impugnazione non fosse ancora stato introdotto, il termine per impugnare rimarrebbe sospeso, mentre laddove tale giudizio fosse già pendente, esso dovrebbe proseguire incurante dell'istanza di regolamento. Un simile risultato appare, invero, incoerente.

attivarsi per riproporre la causa dinanzi all'arbitro (nel termine, in assenza, al momento, di specificazioni normative, di tre mesi dalla comunicazione dell'ordinanza di regolamento); d'altra parte, che è preclusa l'esperibilità del regolamento di competenza d'ufficio ad un altro giudice statale, cui la causa sia stata rinviata dal giudice adito che, dopo aver accertato l'insussistenza di un valido patto arbitrale, si fosse ritenuto incompetente in relazione ad altri criteri⁴¹⁶.

15.1.1.1. *Oggetto ed estensione della cognizione del giudice dell'impugnazione*

Dalle pagine che precedono è emerso come, per la parte che contesti la decisione del giudice statale di prime cure sul punto della sua *potestas iudicandi* in relazione ad una convenzione arbitrale, sono aperte le porte di potenzialmente due tipi di impugnazione, il regolamento di competenza, da un lato, e l'appello (eventualmente seguito dal ricorso per Cassazione), dall'altro.

In forza del fatto che la questione controversa, contestata e decisa, è di natura processuale, e tale rimane sia nel giudizio di primo grado, sia nei diversi giudizi di impugnazione, il sindacato sia del giudice di appello in sede di giudizio di gravame, sia della Cassazione (in sede sia di regolamento, che di ricorso *ex art.* 360, comma 1, n. 2 c.p.c.), verterà *direttamente sulla questione della sussistenza o meno della potestas iudicandi arbitrale* e, dunque, della esistenza di una convenzione arbitrale valida ed efficace, non limitandosi ad un controllo generico sull'operato del giudice di primo grado o sulla logicità e non contraddittorietà della sua motivazione⁴¹⁷.

⁴¹⁶ V., in tal senso, Cass. 26 novembre 2010, n. 24082, che ha statuito: "In tema di competenza, a norma dell'art. 819-ter, 2° comma cod. proc. civ., a fronte di una statuizione che nega la competenza arbitrale è ammesso il solo regolamento di competenza necessario o facoltativo, ma non anche quello d'ufficio; ne consegue che, ove sia intervenuta una pronuncia che, negando la competenza arbitrale, affermi quella del giudice ordinario e ad un tempo dichiari la competenza territoriale di altro giudice, quest'ultimo può contestare con il regolamento di ufficio il criterio attributivo della competenza per territorio, ma non anche porre nuovamente in discussione la questione della competenza arbitrale". Nello stesso senso v. Cass. 8 marzo 2011, n. 5510, in *Foro it.* 2011, I, 2091.

⁴¹⁷ Così F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, cit., 790. In tal senso, prima della riforma, v. Cass. 18 novembre 1992, n. 12346; Cass. 18 febbraio 1988, n. 1738, in *Foro it.* 1988, I, 781, per la quale la Suprema Corte, adita con istanza di regolamento di competenza avverso una decisione del giudice statale sull'*exceptio compromissi*, al fine di svolgere un autonomo e diretto accertamento della volontà delle parti, indipendentemente dal convincimento espresso al riguardo dal giudice del merito, e così di esercitare un effettivo controllo sulla legittimità dell'opzione per la via arbitrale, non poteva che essere giudice anche "del fatto", valutando con cognizione piena la convenzione arbitrale. Tale giurisprudenza, pur se in mancanza di una norma espressa sull'esperibilità del regolamento di competenza, e sulla base di una ricostruzione non del tutto incontestata dei rapporti arbitro-giudice, comportava indubbiamente dei vantaggi *pratici*, in termini di speditezza ed effettività del controllo giudiziale. In proposito v. A. BRIGUGLIO, *Le sezioni unite ed il regime della eccezione*, cit., 523 ss.; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino 2004, 15.

Dando ciò per scontato con riguardo al giudizio di appello, per quanto specificamente riguarda la Cassazione, adita sia in sede di regolamento che in sede di ricorso per cassazione *ex art. 360, comma 1, n. 2 c.p.c.*, da un lato la sua cognizione sulla questione della competenza del giudice statale in presenza di una convenzione arbitrale non è limitata alle censure mosse dalle parti, ma si estende ad *ogni profilo reputato rilevante per l'esercizio del potere di definitiva individuazione dell'organo competente*⁴¹⁸; dall'altro lo scrutinio da essa esercitato, in quanto giudice anche del "fatto", non si limiterà ad un controllo della legittimità dell'operato del giudice statale, ma si caratterizzerà per una cognizione *piena*, direttamente sul "merito" della questione di "competenza" sottopostale, valutando cioè *direttamente ed autonomamente* – senza essere in alcun modo influenzata o condizionata dalle valutazioni compiute, in precedenza, dal giudice statale⁴¹⁹ – la convenzione arbitrale, per determinarne esistenza, validità ed efficacia, nonché la compromettibilità della controversia. Da questo punto di vista, non v'è differenza tra l'operato della Cassazione chiamata a pronunciarsi su una qualsivoglia questione di competenza *nell'ambito dei conflitti tra giudici statali* e quello della medesima Corte chiamata ad esprimersi sulla sussistenza o meno della "competenza" del giudice statale in presenza di una convenzione di arbitrato. Il controllo esercitato dal giudice di legittimità, per verificare se il giudice statale abbia o meno correttamente affermato la sussistenza della propria competenza in presenza di una convenzione arbitrale, avrà infatti sempre ad oggetto il c.d. *vizio di attività*⁴²⁰, rispetto al quale il sindacato della Cassazione, che non soffre alcuna limitazione rispetto al "fatto

⁴¹⁸ V., in tal senso, Cass. 13 febbraio 2020, n. 3523; Cass. 3 luglio 2018, n. 17312; Cass. 24 ottobre 2016, n. 21422; Cass. 7 febbraio 2006, n. 2591. Sotto questo profilo, laddove la Corte dichiara che la controversia appartiene al giudice ordinario, essa può individuare anche il giudice concretamente competente, per materia, valore e territorio, a conoscere il merito della lite.

⁴¹⁹ V. E.F. RICCI, *La Cassazione si pronuncia ancora sulla convenzione di arbitrato rituale: tra l'attaccamento a vecchi schemi e qualche incertezza concettuale* (nota a Cass., Sez. Un., 5 gennaio 2007, n. 35), in *Riv. dir. proc.* 2007, 1299; S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 383; M. BOVE, *Ricadute sulla disciplina dell'arbitrato della legge n. 69/2009*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli 2010, 88. In giurisprudenza, Cass. 17 luglio 2012, n. 12333; Cass. 4 agosto 2011, n. 17019. In tal senso, prima della riforma, Cass. 18 febbraio 1988, n. 1738; Cass. 14 luglio 1983, n. 4832; Cass. 11 maggio 1982, n. 2945; Cass. S.U. 4 luglio 1981, n. 4360, in *Foro it.*, 1981, I, 1860, nt. C.M. BARONE.

⁴²⁰ Osserva F.P. LUISO, *Dopo il lodo – Il controllo*, in *Riv. arb.* 2019, 3, che: "La Corte di cassazione, riferendosi a sé stessa, con riferimento agli *errores in procedendo*, afferma che essi rilevano come vizi di attività e non come errori di giudizio. Oggetto di verifica è *tout court* il comportamento tenuto dall'autore dell'atto impugnato, e non la (correttezza dell'opinione eventualmente da lui espressa. Nella sostanza, l'operazione che deve eseguire il giudice del controllo comporta l'accertamento pieno ed incondizionato dei fatti storici (processualmente) rilevanti, nonché l'interpretazione ed applicazione a tali fatti delle norme processuali confacenti. Insomma, per usare la terminologia della Corte di giustizia, si tratta di "*pleine jurisdiction*".

processuale” – al contrario di quanto avviene in relazione al “fatto sostanziale” – sarà sempre *pieno ed integrale*⁴²¹.

Questo è, d'altra parte, l'approccio prevalente in dottrina e in giurisprudenza⁴²² e, riteniamo, quello senz'altro preferibile. Non pare, infatti, condivisibile la

⁴²¹ Così, espressamente, Cass. 6 novembre 2017, n. 26300, in *Riv. arb.* 4, 2018, 701 ss., nt. A. ANIELLO, *Alcune rilevanti questioni in tema di arbitrato*, cit., per la quale la Corte di Cassazione, al fine di valutare, in sede di regolamento di competenza, la sussistenza della *potestas iudicandi* arbitrale, deve bensì partire dal dato letterale della pattuizione arbitrale, ma deve altresì indagare – “con apprezzabile scrupolo” e ai sensi degli artt. 1362, comma 2 e 1363 c.c. – ulteriori indizi da cui trarre l'effettiva *voluntas* dei contraenti. In proposito, la Suprema Corte ha affermato che l'indagine sulla comune intenzione delle parti, e quindi il controllo e l'interpretazione della clausola compromissoria, va qualificata come “fatto processuale” e valutata in termini procedurali. V. anche Cass. 8 giugno 2015, n. 11797, per la quale: “(...) [c]ostituisce principio consolidato quello secondo il quale, in caso di denuncia di *errores in procedendo* del giudice di merito, la Corte di cassazione è anche giudice del fatto (inteso come fatto processuale) ed è perciò investita del potere di procedere direttamente all'esame ed alla valutazione degli atti del processo di merito”. Dello stesso tenore Cass. S.U. 22 maggio 2012, n. 8077; Cass. 17 giugno 2009, n. 14098; Cass. 12 maggio 2006, n. 11039. Per Cass. 8 maggio 2020, n. 8660, la Corte di Cassazione, in sede di regolamento, può avvalersi dei poteri di cui all'art. 382, comma 3, c.p.c.; v., sul punto, anche Cass. n. 27305 del 2013, secondo cui: “Il potere della Corte di cassazione di dichiarare d'ufficio che l'azione non poteva essere proposta, previsto dall'art. 382 c.p.c., comma 3, secondo inciso, può essere esercitato anche in sede di regolamento di competenza, atteso che la declaratoria di competenza di uno dei giudici di merito determinerebbe un inutile ritardo nella definizione del giudizio, inevitabilmente destinato a concludersi con una successiva pronuncia d'inammissibilità”.

⁴²² V. Cass. 22 ottobre 2018, n. 26553, che ha statuito: “(...) la Corte di legittimità investita della questione con regolamento di competenza è giudice del fatto”; Cass. 6 novembre 2017, n. 26300, in *Riv. arb.* 4, 2018, 701 ss., nt. A. ANIELLO, *Alcune rilevanti questioni in tema di arbitrato*. Nel senso che il vizio riferibile ai limiti oggettivi e soggettivi della clausola arbitrale sarebbe: “(...) di natura processuale (...), da cui il potere di procedere all'apprezzamento diretto del fatto processuale”, v. anche Cass. 28 febbraio 2019, n. 5824, che ha ribadito come, nell'attuale giudizio arbitrale “para-giurisdizionale”, la questione dell'invalidità, come dell'inesistenza (sulla cui distinzione e rapporto v. Cass. 8 ottobre 2014, n. 21215) della clausola compromissoria per arbitrato rituale è da intendersi in termini di eccezione processuale, funzionale all'accertamento di un *error in procedendo*. Nello stesso senso v. Cass. 14 gennaio 2016, n. 3481; App. Milano 1 luglio 2014, in *Riv. arb.* 2015, 83 ss., nt. M. DE SANTIS, *Prove di elasticità del motivo di impugnazione di cui all'art. 829, comma 1, n. 4 c.p.c.: l'impugnabilità di un lodo ultra vires* e in *Giur. it.* 2015, 172 ss., nt. E. MARINUCCI, *Motivi di impugnazione del lodo rituale e poteri della Corte d'appello*, per cui: “Quando il lodo è impugnato per esorbitanza dalla convenzione di arbitrato (art. 829, 1° comma, n. 4 c.p.c.), la Corte d'appello può autonomamente individuare i limiti di quest'ultima, trattandosi di questione processuale e non di merito”. In tal senso, in dottrina, v. F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.* 2005, 791 ss.; M. BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice*, cit., 357 ss., 366; S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 363 ss.; E. OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri*, cit., 46 ss.; M. GRADI, *Cognizione sulla potestas iudicandi degli arbitri nelle fasi di impugnazione del lodo arbitrale*, in *Giur. it.* 2016, 7, 1961 ss.; A. MOTTO, *Domanda di accertamento dell'efficacia soggettiva del lodo: competenza degli arbitri o del giudice dello Stato?*, in *Riv. arb.* 2016, 340, per il qua-

posizione di chi ritiene che l'ambito della cognizione del giudice dell'impugnazione sul patto compromissorio dipenda dall'inquadramento teorico della natura dell'arbitrato e dalla qualificazione della questione dei rapporti tra arbitro e giudice statale, sicché detto controllo, nel caso di inquadramento della questione come *di merito*, sarebbe volto a valutare eventuali *errores in iudicando* (ad es. sull'art. 1362 ss. c.c.), mentre, nel caso di inquadramento della questione come *di rito*, mirerebbe allo scrutinio di eventuali *errores in procedendo*⁴²³.

Invero, sia che l'arbitrato venga qualificato come fenomeno giurisdizionale, perfettamente sostitutivo e fungibile rispetto all'attività giurisdizionale svolta dal giudice togato, sia che ne venga proposta una lettura prevalentemente privatistica, financo (nonostante le ultime chiare prese di posizione della giurisprudenza) in termini prevalentemente negoziali (secondo l'impostazione inaugurata dalle Sezioni Unite con la decisione n. 527 del 2000), non dovrebbe mutare la *tipologia del controllo svolto dalla Suprema Corte*, e dunque l'ambito del suo sindacato, rispetto alle valutazioni compiute dal giudice del merito rispetto ad un atto di autonomia privata (la convenzione di arbitrato) mirante a produrre effetti essenzialmente sul piano processuale, in termini di allocazione della *potestas iudicandi*, rispetto ad una determinata controversia, tra giudice statale e giudice privato. In altre parole, la sussistenza di *error in iudicando* a monte non dovrebbe impedire che si possa parlare di un *error in procedendo* a valle⁴²⁴, nella misura in cui l'attività di valutazione compiuta dal giudice di merito passa bensì attraverso l'esame di un negozio giuridico di diritto privato ai sensi delle norme sull'interpretazione dei contratti, ma è finalizzata all'adozione di una pronuncia che esplica i suoi effetti esclusivamente sul piano processuale, individuando l'organo competente a conoscere di una determinata disputa.

le: "(...) la Corte d'appello, per decidere sulla fondatezza del motivo di nullità proposto, riesamina liberamente la questione, senza subire alcun vincolo dalla soluzione data dagli arbitri"; A. ANIELLO, *Alcune rilevanti questioni in tema di arbitrato*, cit. In questo senso, già prima della riforma, v. S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano 1959, 226 ss., per il quale (non solo gli arbitri, ma anche) la Corte di appello, ogniqualvolta dovesse decidere della *potestas iudicandi* dei primi ai fini del giudizio di nullità del lodo, avrebbe dovuto inevitabilmente occuparsi anche e direttamente della validità e dell'efficacia del patto compromissorio.

⁴²³ Così E. MARINUCCI, *Motivi di impugnazione del lodo arbitrale rituale e poteri della Corte d'Appello*, in *Giur. it.* 2015, 172 ss. Sulla differenza tra errori di giudizio ed errori procedurali v. G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 4^a ed., Napoli 1928, 1023 ss.; P. CALAMANDREI, *Sulla distinzione tra "error in procedendo" ed "error in iudicando"*, in *Riv. dir. comm.* 1917, 57 ss.

⁴²⁴ Così A. ANIELLO, *Alcune rilevanti questioni in tema di arbitrato*, cit., 707 ss.

15.1.1.2. *Effetti della decisione resa in sede di impugnazione avverso la decisione del giudice statale sulla questione della potestas iudicandi arbitrale*

Ove la sentenza del giudice di prime cure sia stata impugnata con regolamento di competenza (necessario o facoltativo), questo potrà concludersi con la *conferma* o con l'*annullamento* della decisione⁴²⁵. In entrambi i casi, alla luce del novellato contesto normativo, non sembrano ravvisabili ostacoli al riconoscimento, in capo alla statuizione resa dalla Corte regolatrice, dell'effetto di individuare, *una volta per tutte*, l'organo, giurisdizionale o arbitrale, competente a conoscere il merito della lite.

Nello specifico, ove la Cassazione cassi la statuizione del giudice con cui costui, previo accertamento della sussistenza di un valido patto arbitrale, aveva declinato la propria competenza rinviando le parti in arbitrato, il giudizio di rinvio avrà funzione *restitutoria*⁴²⁶, potendo riprendere dinanzi al giudice *a quo* in base a quanto disposto dall'art. 49 c.p.c.; dunque, alternativamente, proseguire, previa riassunzione, a partire dal punto in cui si trovava quando è stato proposto il regolamento di competenza, ove il provvedimento impugnato si sia limitato a pronunciare sull'*exceptio compromissi*; oppure consentire la ripresa del decorso del termine per la proposizione dell'appello, ove quel provvedimento abbia in precedenza statuito, in via definitiva, *anche sul merito della lite* (esito cui si perverrebbe anche in caso di conferma, da parte della Cassazione, della statuizione del giudice di prime cure che, previo accertamento dell'insussistenza di un valido patto arbitrale, aveva affermato la propria competenza).

Ove, invece, il regolamento di competenza porti alla cassazione della sentenza del giudice di prime cure erroneamente affermativa della sussistenza della propria competenza⁴²⁷, si avrà una cassazione senza rinvio, con il travolgimento di eventuali susseguenti statuizioni di merito (dato che il rigetto, in prime cure, dell'*exceptio compromissi* ben può accompagnarsi a una decisione, di merito, di accoglimento o rigetto di alcune delle domande proposte) e l'accertamento vincolante dell'improcedibilità dell'azione in sede giudiziale. Alla parte che intenda ottenere tutela dei propri diritti, rimarrà come unica opzione deferire la controversia dinanzi agli arbitri (con la certezza, tuttavia, di poter conservare gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda originariamente proposta al giudice ordinario). Lo stesso risultato si avrà con la conferma, da parte della Cassazione, della

⁴²⁵ Naturalmente, l'annullamento della sentenza potrà essere anche solo parziale, come nel caso in cui sia stata proposta una pluralità di domande e solo alcune di esse rientrino nell'ambito della competenza arbitrale; v. VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 537.

⁴²⁶ V. E.F. RICCI, *Il giudizio civile di rinvio*, Milano 1967, 67 ss.; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, III, Milano 1976, 103 ss.

⁴²⁷ In tal caso, la decisione della Corte è assimilabile a una cassazione senza rinvio; in tal senso v. S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 189.

statuizione del giudice statale con cui lo stesso, previo accertamento della sussistenza di un valido patto arbitrale, aveva declinato la propria competenza.

Il rigetto dell'impugnazione, invece, consoliderà la decisione del giudice statale, rendendola incontrovertibile.

In ogni caso, il pronunciamento della Cassazione metterà la parola fine alla disputa sull'allocazione della *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione statale⁴²⁸. La combinazione tra pronuncia separata del giudice statale sulla questione (in via esclusiva o assieme al merito) e *impugnazione immediata della stessa* con uno strumento (il regolamento di competenza) caratterizzato da una generale efficienza e rapidità e, soprattutto, dal suo svolgersi in un unico grado, consentirà di ottenere, *in una fase tutto sommato ancora preliminare*, quel tanto agognato coordinamento preventivo tra la procedura arbitrale e quella statale fondato sulla possibilità di spendere, in un giudizio, la statuizione sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale divenuta definitiva nell'altro. Si potrà mettere fine all'eventuale parallelismo di procedure o, comunque, si scongiurerà il rischio di un diniego di giustizia conseguente ad una duplice declinatoria da parte del giudice statale e dell'arbitro.

Riteniamo, infatti, contrariamente alla posizione di chi limita l'efficacia processuale della statuizione della Cassazione sulla convenzione arbitrale al caso in cui, in un momento successivo, in sede arbitrale o in sede ordinaria venga riproposta *una controversia identica, sotto il profilo oggettivo o sotto il profilo soggettivo*, a quella cui si riferisce la convenzione su cui la Suprema Corte si sia pronunciata⁴²⁹, che la statuizione della Corte abbia la forza del giudicato (pur se "processuale"), incontrovertibile e vincolante nei confronti di ciascun altro giudice e degli arbitri (indipendentemente – in caso di accertata incompetenza del giudice statale – dalla tempestiva riassunzione o prosecuzione del giudizio dinanzi al soggetto indicato come competente a conoscere il merito della lite⁴³⁰); i quali ultimi, se investiti con un giudizio attualmente pendente, dovranno conformarsi al *dictum* della Corte regolatrice. La menzionata efficacia di accertamento incontrovertibile e vincolante, infatti, necessariamente investirà tutti quei profili attinenti alla questione della *potestas iudicandi* arbitrale che si ripresenterebbero identici, pur se in

⁴²⁸ C. CAVALLINI, *L'arbitrato rituale*, cit., 151.

⁴²⁹ M. ACONE, voce "Regolamento", cit., 16.

⁴³⁰ Su quest'ultimo profilo v. G. VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*, nt. Cass. S.U. 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Corr. giur.* 2014, 98; S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela della convenzione arbitrale*, in *Riv. arb.* 2013, 397; S. IZZO, *Appunti sull'eccezione di patto compromissorio e sulla sentenza che la decide*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli 2010, 465. In tal senso, già G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 236 e, sia pur in ipotesi, R. MARENGO, *Inammissibilità del regolamento di competenza avverso il lodo rituale*, nt. App. Roma 9 marzo 1992, n. 677, in *Riv. arb.* 1992, 708.

relazione a controversie diverse, quanto a *causa petendi e petitum*. Il riferimento è, essenzialmente, ai profili di (in)esistenza, (in)validità, (in)efficacia o (in)operatività della convenzione arbitrale. Per quanto riguarda, invece, i profili dell'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione, il fatto di rientrarvi o meno dipenderà, ovviamente, dalla conformazione della singola controversia; solo in relazione a questi ultimi, dunque, sarà eventualmente concepibile una statuizione della Cassazione che non faccia stato sulla questione *della potestas iudicandi* dell'organo che verrà adito in presenza di quella medesima convenzione arbitrale⁴³¹.

Tale conclusione è supportata da ulteriori argomenti.

In primo luogo, come visto, molti profili attinenti alla *potestas iudicandi* arbitrale (nella specie, quelli *lato sensu* relativi alla validità della convenzione arbitrale) non mutano al mutare della controversia per cui rileva quella medesima convenzione arbitrale.

In secondo luogo, gioca il ruolo spettante alla Suprema Corte, di regolatore ultimo dei conflitti di competenza all'interno dell'ordinamento.

In terzo luogo, la Corte giudica su *tutti i profili* attinenti alla *potestas iudicandi* arbitrale, anche su quelli non invocati dalla parte istante, sicché il suo giudizio contiene una valutazione complessiva ed esaustiva della questione sottoposta al suo scrutinio.

In quarto luogo, tra le norme *espressamente escluse* per quanto attiene ai rapporti arbitro-giudice, l'art. 819 *ter*, comma 2 c.p.c. non menziona né l'art. 310, comma 2 c.p.c. (ai sensi del quale le sentenze sulla competenza, tanto se rese in sede di regolamento, quanto se rese in sede di ricorso ordinario, sopravvivono all'estinzione del giudizio, esplicando la propria efficacia conformativa nell'eventuale successivo giudizio che venisse instaurato sulla medesima controversia⁴³²), né l'art. 49 c.p.c.⁴³³.

⁴³¹ In passato, invece, come si ricorderà, nell'ambito del sistema delle "vie parallele" pre-riforma del 2006, è stata la stessa Cassazione a ribadire come le proprie pronunce non fossero vincolanti nei confronti degli arbitri: v., *ex multis*, Cass. 7 aprile 1997, n. 3001.; Cass. 8 luglio 1996, n. 6205. Da tale assunto discendeva che la sentenza resa dalla Corte di Cassazione non avrebbe dovuto ritenersi vincolante nemmeno nel giudizio d'impugnazione, che fosse stato successivamente instaurato nei confronti del lodo; diversamente, infatti, si sarebbe caduti nell'assurdo di consentire la pronuncia di un lodo destinato a priori ad essere annullato; v. F.P. LUISO, *Ancora sui rapporti tra arbitri e giudice*, in *Riv. arb.* 1997, 525; A. BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite ed il regime della eccezione fondata su accordo compromissorio*, nt. Cass. 25 giugno 2002, n. 9289, in *Riv. arb.* 2002, 525.

⁴³² V. S. MENCHINI, voce *Regiudicata civile*, in *Dig. Civ.*, XVI, Torino, 1997, 417 ss.; M. ACONE, voce *Regolamento di competenza: diritto processuale civile*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1995, 3 e 17; G. ARIETA, *La sentenza sulla competenza. Struttura, efficacia e stabilità*, Padova, 1990 313. In giurisprudenza Cass. 22 settembre 2000, n. 12528; Cass. 7 gennaio 1983, n. 112; Cass. 18 novembre 1982, n. 6206.

⁴³³ Sul punto v. R. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino 2008, 226.

Detto ciò con riguardo agli effetti della statuizione della Cassazione adita in sede di regolamento di competenza, ove la parte abbia invece optato per l'appello (proposto, evidentemente, avverso una decisione di prime cure che, oltre alla pronuncia, espressa o implicita, sulla competenza, si sia altresì pronunciata sul merito della lite o su una porzione di esso), il percorso per pervenire ad una statuizione definitiva sulla questione sarà per forza di cose meno rapido, quantomeno nel caso in cui la sentenza resa dal giudice del gravame non passi in giudicato, ma venga a sua volta impugnata, con un rimedio diverso a seconda che abbia pronunciato sulla sola competenza (nel qual caso la censura non potrà che vertere unicamente sulla questione di competenza, spettando, dunque, alla parte l'esperibilità del rimedio del regolamento *necessario* di competenza), oppure anche sul merito (nel qual caso la parte potrà scegliere se esperire il regolamento *facoltativo* di competenza – finalizzato a censurare dinanzi, alla Suprema Corte, unicamente il capo sulla competenza –, oppure se proporre il ricorso ordinario di cassazione ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 2 c.p.c. – con cui censurare la pronuncia del giudice del gravame, sia con riferimento alla statuizione sulla competenza, sia con riferimento a quella (o quelle) sul merito⁴³⁴). Nello specifico, nel caso in cui il provvedimento di appello dovesse confermare la statuizione del giudice di primo grado quanto all'*exceptio compromissi*, riformando tuttavia la decisione di prime cure nella parte relativa al merito, ove si tratti di riforma favorevole all'attore, il convenuto avrà a disposizione l'opzione tra il regolamento di competenza e il ricorso per cassazione, al fine di far valere i vizi relativi a entrambi i capi; nel secondo caso, il convenuto potrà eventualmente proporre ricorso incidentale condizionato, trovandosi in uno stato di soccombenza meramente teorica⁴³⁵.

15.1.2. *Il problema dell'impugnabilità del lodo arbitrale che pronunci sulla questione della potestas iudicandi arbitrale*

Il processo di acquisizione, da parte della decisione del giudice statale sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, della stabilità necessaria per poter essere spesa nel giudizio arbitrale e determinare, così, un coordinamento preventivo tra le due procedure, non pone, dunque, soverchi problemi, in ragione del fatto che la pronuncia del giudice statale su questa questione è *immediatamente impugnabile* con un mezzo impugnatorio che, dando luogo ad un'unica istanza di giu-

⁴³⁴ Sull'esperibilità del regolamento di competenza nei confronti della sentenza di appello v. A. LEVONI, voce *Regolamento*, cit., 485 e 490; M. ACONE, voce *Regolamento*, cit., 7. Secondo Cass. 14 aprile 1993, n. 4442, il regolamento di competenza potrà essere esperito sia per contestare la competenza funzionale del giudice d'appello, sia la decisione che egli abbia reso sulla competenza del giudice di prime cure.

⁴³⁵ Così S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 188.

dizio, consente di pervenire ad una risoluzione definitiva della questione in tempi piuttosto rapidi. Molto più problematico e dibattuto risulta, invece, il regime impugnatorio della decisione dell'arbitro sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, come è emerso dall'analisi svolta nel terzo capitolo sulle posizioni della dottrina e giurisprudenza, cui integralmente si rimanda.

Qui di seguito, dopo un breve richiamo dei termini del dibattito, andremo ad illustrare le ragioni per cui riteniamo che, già nel contesto normativo vigente, pur con qualche inevitabile interpretazione "adequatrice" di alcune disposizioni, sia possibile ipotizzare, da un lato, l'immediata impugnabilità non solo della declinatoria di competenza pronunciata dall'arbitro, ma altresì della decisione non definitiva con cui l'arbitro affermi la sussistenza della propria "competenza" e, dall'altro, l'esperibilità, avverso quelle decisioni, del rimedio del regolamento di competenza (in alternativa, come vedremo, al ricorso allo strumento dell'impugnazione per nullità del lodo).

Una tale impostazione, da un lato, allinea il regime impugnatorio della decisione dell'arbitro sulla propria *potestas iudicandi* a quello operante per la decisione del giudice statale sulla medesima questione e, dall'altro, consentendo di pervenire in tempi ragionevolmente rapidi, anche *ex parte arbitratus*, ad una statuizione definitiva su quella questione, favorisce il coordinamento preventivo tra procedure, riequilibrando così il funzionamento, altrimenti *distorsivo*, del sistema delle "vie parallele".

Si è già visto come la formulazione originaria dell'art. 827 c.p.c., rubricato "Mezzi di impugnazione", disponesse che la sentenza arbitrale fosse soggetta "(...) *soltanto* all'impugnazione per nullità e a quella per revocazione" (cui il legislatore del 1994 ha aggiunto l'ulteriore rimedio impugnatorio dell'opposizione di terzo).

Nel regime pre-riforma 2006, l'orientamento assolutamente prevalente in giurisprudenza (con il supporto di una parte della dottrina) era nel senso che il lodo, con cui l'arbitro si fosse pronunciato separatamente sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, *non fosse immediatamente impugnabile* e che, in ogni caso, il rimedio impugnatorio *non potesse essere il regolamento di competenza*⁴³⁶. Ciò veniva fatto discendere dal combinato disposto di cui ai commi 1 e 3 dell'art. 827 c.p.c.⁴³⁷, ai sensi dei quali – nella versione post-riforma del 1994 – da un lato, il lo-

⁴³⁶ V., *ex multis*, Cass. 24 settembre 1996, n. 8407; Cass. 30 gennaio 1995, n. 1079; App. Roma 9 marzo 1992, in *Riv. arb.* 1992, 705, nt. R. MARENGO; Cass. 9 ottobre 1987, n. 7513; Cass. 23 dicembre 1983, n. 7587, AC 1984, 509; Cass. 30 marzo 1981, n. 1828; Cass. 18 dicembre 1973, n. 3433, in *Giust. civ.* 1974, I, 1110; Cass. 18 dicembre 1973, n. 3433, in *Giust. civ.* 1974, I, 1113.

⁴³⁷ Su cui v. F. CIPRIANI, *Sentenze non definitive e diritto di impugnare (a proposito dell'art. 827 c.p.c.)*, in *Riv. arb.* 1999, 239; C. CAVALLINI, *Questioni preliminari di merito e lodo non definitivo nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 1995, 1159. V. anche Cass. 9 agosto 1983, n. 5311, in *Rass. avv. Stato* 1983, I, 702 ss., nella quale l'inammissibilità dell'impugnazione proposta nei confronti del lodo dichiarativo della competenza arbitrale era stata però argomentata sulla base del principio di indivisibilità del lodo.

do era soggetto *soltanto* all'impugnazione per nullità, per revocazione o per opposizione di terzo e, dall'altro, il lodo che risolveva alcune delle questioni insorte, *senza definire il giudizio arbitrale*, era impugnabile *solo unitamente al lodo definitivo*⁴³⁸.

Ad una prima lettura, il legislatore della riforma del 2006 parrebbe aver confermato questa impostazione, ribadendo, all'art. 827, comma 3 c.p.c., il principio dell'impugnabilità immediata del solo lodo che "decide parzialmente il merito", posticipando invece l'impugnabilità del lodo che "risolve alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio arbitrale" (tipica cosa, il lodo sulla "competenza" arbitrale) al momento dell'impugnazione del lodo definitivo.

In realtà, la questione è molto più complessa e sfaccettata di quanto appare, come dimostrano i contrasti in dottrina⁴³⁹ e le non poche oscillazioni della giurisprudenza⁴⁴⁰, soprattutto sui profili dell'elemento discriminante tra lodi *parziali* (di merito) e lodi *non definitivi* (su questioni)⁴⁴¹ e del rispettivo regi-

⁴³⁸ L. MONTESANO, *Sui lodi parziali di merito*, in *Riv. arb.* 1994, ad esempio, collegava l'inidoneità dei lodi non definitivi su questioni a sopravvivere all'"estinzione" del giudizio arbitrale al loro essere sforniti di quell'efficacia pan-processuale tradizionalmente attribuita alle sentenze su questioni, derivante dall'impossibilità di esperire contro di essi un'impugnazione immediata e dell'assenza di norme eccezionali quali gli artt. 310 c.p.c. e 129 disp. att. Nello stesso senso v. G. CANALE, *La decisione degli arbitri sulla potestas iudicandi*, cit., 89 ss.; M. DE SANTIS, *La reviviscenza del lodo dopo la cassazione della sentenza di annullamento*, in *Riv. dir. proc.* 2016, 107.

⁴³⁹ Per riferimenti al dibattito e ai contrasti dottrinali v. G. CANALE, *La decisione degli arbitri sulla potestas iudicandi*, cit., 89 ss.; MARZOCCO, *Sub art. 827 c.p.c.*, in P. COMOGGIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Torino 2014, 733; E. MARINUCCI, *Note sul contrasto tra lodo non definitivo e lodo definitivo nel giudizio di impugnazione per nullità*, in *Riv. arb.* 2013, 963; G. RUFFINI, S. BOCCAGNA, *Sub art. 827*, in M. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Commentario*, cit., 321. Per riferimenti al dibattito pre-riforma v. G.P. CALIFANO, *Il sistema di impugnazione dei lodi non definitivi nella nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. arb.* 1995, 37; L. MONTESANO, *Sui lodi parziali di merito*, in *Riv. arb.* 1994, 247 ss.

⁴⁴⁰ Se per una parte della giurisprudenza la nozione di lodo "parziale" identifica unicamente le pronunce arbitrali di una o più domande oggetto del giudizio (in tal senso v. Cass. 26 marzo 2012, n. 4790; Cass. 24 luglio 2014, n. 16963), per un'altra parte essa include altresì decisioni arbitrali su questioni preliminari di merito o pregiudiziali di rito (v., in tal senso, Cass. 6 aprile 2012, n. 5634; Cass. 17 febbraio 2014, n. 3678).

⁴⁴¹ In linea di principio, sebbene non siano mancati contrasti qualificatori (ad esempio, la pronuncia arbitrale che rigetti un'eccezione di merito non rilevabile d'ufficio è stata qualificata da taluno come lodo *non definitivo su questioni*: così C. CAVALLINI, *Questioni preliminari di merito e lodo non definitivo nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 1995, 1140; ID., *Condanne speciali e arbitrato rituale*, cit., 690 e ss.; da altri, invece, come lodo *parziale*: così L. MONTESANO, *Sui lodi parziali di merito*, cit., 247 ss.), la dottrina tende a riferire la distinzione tra lodi parziali di merito e lodi non definitivi su questioni, delineata dal comma 3 dell'art. 827 c.p.c., alla distinzione tra, da un lato, pronunce arbitrali su domande o capi di domande (quindi, tendenzialmente, pronunce attributive di un "bene della vita" e produttive di effetti giuridici extraprocessuali, i.e. le pronunce

me impugnatorio⁴⁴², di cui abbiamo già dato conto in precedenza⁴⁴³.

rese ai sensi degli artt. 277, comma 2 e 279, comma 2, n. 5 c.p.c.) e, dall'altro, pronunce su mere questioni, pregiudiziali di rito o preliminari di merito (i.e. le pronunce riconducibili all'art. 279, comma 2, n. 4 c.p.c.), in senso non ostativo alla prosecuzione del giudizio (sebbene "vincolanti" per gli arbitri nel prosieguo del giudizio, nella misura in cui, pur non consumando il loro potere decisorio, non possono essere dagli stessi modificati o revocati se non con la pronuncia di un successivo lodo, nonché "preclusivi", ove non impugnati unitamente alla pronuncia definitiva). V., in tal senso, G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, III, Bari 2015, 352 ss., per il quale il "lodo parziale" sarebbe da intendersi come quel provvedimento: "(...) limitato all'accoglimento o al rigetto di taluna delle più domande oggetto del giudizio"; F.P. LUISO, *Le impugnazioni del lodo*, cit., 13, 20; ID., *Intorno agli effetti dei lodi non definitivi o parzialmente definitivi*, nt. a arbitro unico, Vercelli, 20 febbraio 1997, in *Riv. arb.* 1998, 594; G.P. CALIFANO, *Il sistema di impugnazione dei lodi*, cit., 41; N. RASCIO, *La decisione*, in G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato*, 3^a ed., Torino 2005, 401; G. RUFFINI, *La divisibilità del lodo*, cit., 443; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 2007, 659 ss.; E. MARINUCCI, *Note sul contrasto fra lodo non definitivo e lodo definitivo nel giudizio di impugnazione per nullità*, cit., 970; M. BOVE, *L'impugnazione*, cit., 21; D. DALFINO, *Lodi non definitivi su questioni preliminari di merito*, in AA.VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 318. La giurisprudenza, dal canto suo, pur occasionalmente aderendo alla summenzionata impostazione (v. Cass. 26 marzo 2012, n. 4790; Cass. 24 luglio 2014, n. 16963; App. Roma 11 aprile 2013, in *Riv. arb.* 2013, 963, nt. E. MARINUCCI, *Note sul contrasto fra lodo non definitivo e lodo definitivo*, cit.), tende in maggioranza a ricomprendere nella nozione di lodo *parziale* non solo le pronunce rese su domande o capi di domande (quelle di cui agli artt. 277, comma 2 e 279, comma 2, n. 5 c.p.c.), ma anche quelle aventi ad oggetto questioni preliminari *di merito* (di cui all'art. 279, comma 2, n. 2 c.p.c.), sì da far corrispondere la categoria delle pronunce non definitive su questioni alle decisioni su questioni pregiudiziali di rito; con la conseguenza, tuttavia, che ogni decisione su questione preliminare di merito deve essere impugnata immediatamente, a prescindere da una concreta soccombenza della parte che tale questione abbia sollevato, stante l'inapplicabilità dell'istituto della riserva di impugnazione. V., in tal senso, Cass. 6 aprile 2012, n. 5634.; Cass. 7 febbraio 2007, n. 2715, in *Riv. arb.* 2007, 581, nt. E. OCCHIPINTI, *La cassazione conferma i propri orientamenti in tema di impugnazione del lodo per nullità*; Cass. 16 maggio 2000, n. 6522, in *Giur. it.* 2001, 254. In tal senso, in dottrina, v. S. LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 1999, 140 e 141 e L. MONTESSANO, *Sui lodi parziali di merito*, cit., 250 e 253. Per ulteriori riferimenti v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 806 ss., spec. ntt. 120, 121, 122 e 123; G. CANALE, *La decisione degli arbitri sulla potestas iudicandi*, cit., 89 ss.

⁴⁴² Si è già avuto modo di ricordare, *supra*, al capitolo terzo, che la Corte di legittimità, nell'ambito dell'orientamento c.d. negozialistico, da un lato, ha ritenuto rientranti nella categoria dei lodi non definitivi, dunque non immediatamente impugnabili, quelle pronunce che giudicano solo sull'ammissibilità e procedibilità del giudizio degli arbitri, trattandosi di questioni preliminari di merito o pregiudiziali, la cui risoluzione condizionerebbe la decisione, da parte degli arbitri, delle altre domande proposte (così Cass. 26 marzo 2012, n. 4790); dall'altro, che il lodo che provveda sulla "competenza" degli arbitri a decidere della controversia, alternativamente ritenendo la sussistenza di una valida clausola compromissoria intercorsa tra le parti, o escludendo la propria "competenza" e così definendo il giudizio, sarebbe in ogni caso da qualificarsi come "parziale" e dunque soggetto ad impugnazione immediata, avendo deciso una questione preliminare di merito ai sensi dell'art. 279, comma 2, n. 4 c.p.c. (così v. Cass. 6 aprile 2012, n. 5634; Cass. 10 aprile 2014, n.

Sul tema sono di recente intervenute le Sezioni Unite, con l'obiettivo di comporre il contrasto interpretativo emerso nel corso degli anni. Con la decisione del 18 novembre 2016, n. 23463⁴⁴⁴, le S.U. hanno statuito il principio secondo cui per: "(...) lodo che risolve alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio arbitrale" deve intendersi una pronuncia su questioni preliminari di merito o su questioni pregiudiziali di rito⁴⁴⁵, facendo da ciò discendere (in particolare in ragione della riconduzione della questione della esistenza, validità ed efficacia di una convenzione arbitrale alla categoria delle *questioni pregiudiziali di rito*), della *non immediata impugnabilità* di un lodo che abbia pronunciato sulla convenzione di arbitrato.

Alla luce, dunque, da un lato, della lettera dell'art. 827, comma 3 c.p.c.; dall'altro, del *dictum* delle Sezioni Unite del 2016 (che ha finito per privilegiare la *ratio* e lo spirito che sottendono il sistema delle "vie parallele", ossia la reciproca autonomia ed indifferenza delle due procedure sulla medesima causa, rispetto ad esigenze di coordinamento sistematico); infine, dell'impostazione da noi seguita, di ritenere la decisione sulla convenzione arbitrale e, in genere, sulla *potestas iudicandi* arbitrale, una *decisione processuale, di rito* (ascrivibile – nel caso di statuizione separata ed affermativa da parte dell'arbitro – alla categoria dei lodi non definitivi su questioni pregiudiziali di rito), non sembrerebbero a prima vista esserci spirargli per ipotizzare un'*impugnabilità immediata* (vedremo poi con quale rimedio impugnatorio) del lodo con cui l'arbitro abbia affermato, con lodo separato, la sussistenza della propria *potestas iudicandi*, che infatti la dottrina e la giurisprudenza assolutamente maggioritarie ritengono impugnabile *solo unitamente al lodo definitivo* (o all'eventuale successivo lodo parziale)⁴⁴⁶.

8457). Sulle posizioni giurisprudenziali v. E. MARINUCCI, *Note sul contrasto fra lodo non definitivo e lodo definitivo*, cit., 969 ss.; G.P. CALIFANO, *Sul provvedimento dell'arbitro che afferma la propria competenza*, in *Riv. arb.* 2017, 491 ss. In dottrina v., ad esempio, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 2007, 670, per la quale la mancanza di "autonomia effettuale" del lodo su questione, mero prodromo della decisione definitiva, dipenderebbe proprio dall'esclusione della sua immediata impugnabilità.

⁴⁴³ V. *supra*, il capitolo terzo.

⁴⁴⁴ In *Giur. it.* 2016, 1929 ss., nt. L. ROVELLI, *L'impugnazione del lodo parziale e la nozione di definitività. (Variazioni sul tema alla luce della più recente giurisprudenza anche in ordine all'interpretazione del 3° comma dell'art. 360 c.p.c.)*; in *Riv. arb.* 2017, 89 ss., nt. G. CANALE, *La decisione degli arbitri sulla potestas iudicandi e la distinzione tra lodo non definitivo e lodo parziale secondo le Sezioni Unite*, nt. a Cass. S.U. 18 novembre 2016, n. 23463; in *Giur. it.* 2017, 157 ss., nt. F. GODIO, *(In)competenza e (in)validità della clausola compromissoria: accertamento sempre incidenter tantum ad opera degli arbitri? Note(quasi) a margine di Sez. un. 23463/2016*.

⁴⁴⁵ Per "lodo che decide parzialmente il merito della controversia", invece, le S.U. ritengono debba intendersi sia quello di condanna generica ex art. 278 c.p.c., sia quello che decida una o alcune delle domande proposte senza definire l'intero giudizio.

⁴⁴⁶ V., in tal senso, S. IZZO, *La convenzione arbitrale*, cit., 228; E. MARINUCCI, *Note sul contra-*

Eppure, una serie di considerazioni (essenzialmente di natura teorico-sistematica, ma relative anche al dato testuale della disposizione di cui all'art. 827, comma 3 c.p.c. e financo ad alcune incongruenze nella *ratio decidendi* della decisione delle Sezioni Unite del 2016) ci inducono a ritenere che l'immediata impugnabilità (con il rimedio che andremo a specificare nel prosieguo della trattazione) possa predicarsi, oltre che, da un alto, rispetto alla pronuncia arbitrale declinatoria di competenza (a tutti gli effetti un lodo *definitivo*), dall'altro, alla pronuncia arbitrale affermativa della competenza contenuta in un lodo che decida parzialmente anche il merito, dall'altro ancora al lodo definitivo che chiuda il giudizio (contenente, per forza di cose *sempre* – ove non già adottata separatamente in precedenza – una statuizione, espressa od implicita, sulla sussistenza della *potestas iudicandi* degli arbitri), *anche rispetto ad un lodo non definitivo che si pronunci unicamente, e in senso affermativo, sulla potestas iudicandi dell'arbitro.*

15.1.2.1. *Nostra tesi: impugnabilità immediata del lodo che pronunci, esclusivamente ed in senso affermativo, sulla potestas iudicandi arbitrale*

Con riferimento al contesto arbitrale, a ben vedere sono molteplici le decisioni arbitrali, aventi ad oggetto, direttamente o indirettamente, la questione della “competenza” arbitrale, rispetto alle quali l'ordinamento prevede un'impugnabilità *immediata* e non differita. È il caso della pronuncia declinatoria della competenza; ma anche della statuizione affermativa della competenza arbitrale contenuta in un lodo parziale di merito; nonché, ovviamente, della statuizione – espressa o implicita – sulla questione della competenza dell'arbitro contenuta nel lodo definitivo sul merito. Certo, il rimedio esperibile, secondo l'orientamento ad oggi prevalente che qui si contesta, vien ritenuto esclusivamente quello dell'impugnazione per nullità del lodo di cui agli artt. 828 ss. c.p.c., che, rispetto al regolamento di competenza, ha l'inconveniente di non esaurire il controllo giudiziale *in un unico grado*, potendo la decisione, con cui la Corte d'appello si sia pronunciata in sede di giudizio di impugnazione per nullità, essere a sua volta impugnata con ricorso ordinario di cassazione.

Lasciando da parte, per un momento, la questione dell'individuazione del corretto rimedio impugnatorio, l'unico punto critico – sotto il profilo della “tenuta”

sto fra lodo non definitivo e lodo definitivo nel giudizio di impugnazione per nullità, in *Riv. arb.* 2013, 967; M. BOVE, *Ricadute sulla disciplina dell'arbitrato della legge n. 69/2009*, in F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA, N. RASCIO (a cura di), *Sull'arbitrato: Studi offerti a Giovanni Verde*, cit., 90. In giurisprudenza v. Cass. 6 aprile 2012, n. 5634, in *Riv. arb.* 2014, 133, nt. E. DEBERNARDI, *Sull'impugnazione del lodo dichiarativo della competenza arbitrale*; Cass. 3 febbraio 2006, n. 2444; Cass. 22 febbraio 2002, n. 2566, in *Riv. arb.* 2002, 691, nt. C. BOCCIOLETTI, *Note sul divieto d'impugnazione immediata del lodo parziale*; P. COMOGLIO, *Lodo parziale e lodo non definitivo dopo l'ultima riforma*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 610 ss.

dell'impostazione da noi proposta (che individua il punto di equilibrio del sistema delle "vie parallele" nella possibilità di spendere in un giudizio, in una fase ancora prodromica, la decisione sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale formatasi nell'altro e divenuta definitiva e vincolante) – risulterebbe, dunque, allo stato, il tema dell'impugnabilità del lodo non definitivo con cui l'arbitro abbia deciso, unicamente ed in senso affermativo, sulla propria "competenza".

Invero, quanto al *lodo declinatorio*, pronunciato dall'arbitro a seguito dell'accertamento dell'inesistenza, invalidità o inefficacia del patto arbitrale, dell'esorbitanza delle domande delle parti rispetto alla convenzione arbitrale o della ritenuta non arbitrabilità della lite, la riforma del 2006 ha messo fine ai dubbi circa la sua *immediata impugnabilità* (anzi, circa la sua impugnabilità *tout court*), introducendo la disposizione di cui all'art. 829, comma 1, n. 10 c.p.c., ai sensi della quale l'impugnazione per nullità è ammessa: "(...) se il lodo conclude il procedimento senza decidere il merito della controversia e il merito della controversia doveva essere deciso dagli arbitri". Il motivo di impugnazione è effettivamente sì ampio e generico da poter senz'altro includere il caso in cui l'omessa decisione del merito della lite sia dipesa dall'erronea convinzione degli arbitri di essere sorniti di *potestas iudicandi*, che li abbia dunque indotti a declinare la propria competenza, quando invece "il merito della controversia doveva essere deciso" dagli stessi⁴⁴⁷. Prima della riforma, come noto, una parte della dottrina negava che la pronuncia arbitrale declinatoria potesse essere qualificata come vero e proprio lodo, sì da escluderne del tutto l'impugnabilità, imponendo alla parte che intendesse comunque perseguire la tutela dei propri diritti, di farlo in sede giudiziale (in analogia a quanto attualmente previsto dall'ordinamento austriaco) o provvedendo all'instaurazione di un nuovo e diverso giudizio arbitrale⁴⁴⁸.

L'alternativa, percorsa da un'altra parte della dottrina e sostenuta dalla giurisprudenza⁴⁴⁹, di sussumere la fattispecie della pronuncia declinatoria degli arbitri nella disposizione di cui all'art. 829, comma 1, n. 4 c.p.c. (che sanzionava con la nullità il lodo con cui gli arbitri avessero "omesso di pronunciare su alcuno degli oggetti del compromesso"), appariva d'altra parte un poco forzata, dato che finiva per assimilare l'ipotesi in cui gli arbitri si fossero astenuti *tout court* dal decidere il

⁴⁴⁷ In tal senso v. E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, cit., 205; S. MENCHINI, *Impugnazioni*, cit., 851; M. BOVE, *L'impugnazione*, cit., 26; V. SANGIOVANNI, *Brevi note sulle eccezioni d'incompetenza sollevate nel corso dell'arbitrato*, in *Riv. arb.* 2013, 563.

⁴⁴⁸ Così R. VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 534 ss., che assimilava la pronuncia declinatoria a una rinuncia all'incarico per giustificato motivo.

⁴⁴⁹ Come fatto da Cass. 9 ottobre 1987, n. 7513; Cass. 18 dicembre 1973, n. 3433; App. Roma 9 marzo 1992, n. 677.

merito della lite a quella della violazione del principio di corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato determinata da un'omissione di pronuncia *su solo una o più delle domande dedotte*⁴⁵⁰.

Quanto al *lodo parziale di merito*, ossia ad una pronuncia arbitraria non definitiva con cui l'arbitro si sia limitato a pronunciare – per utilizzare la definizione contenuta nella decisione delle Sezioni Unite 18 novembre 2016, n. 23463 – una condanna generica *ex art. 278 c.p.c.* o su una o alcune delle domande proposte *senza definire l'intero giudizio (ad instar, mutatis mutandis, delle pronunce rese ai sensi degli artt. 277, comma 2 e 279, comma 2, n. 5 c.p.c.)*, è lo stesso comma 3 dell'art. 827 c.p.c. a prevederne l'immediata impugnabilità. È bensì vero che una pronuncia *anche sul merito* (parziale) è condizione necessaria per consentire alle parti di censurare le determinazioni arbitrali sulla propria *potestas iudicandi*, ma è altrettanto vero che l'impugnazione potrebbe non considerare nemmeno, e così obliterare del tutto, censure attinenti, *lato sensu*, al merito, per concentrarsi esclusivamente su motivi attinenti alla *potestas iudicandi* dell'arbitro (invocando, ad esempio, i motivi di cui ai nn. 1, 2, 4 del comma 1 dell'art. 829 c.p.c.). In tal modo, l'impugnazione "immediata" avverso il lodo parziale di merito si tradurrebbe, di fatto, in un'impugnazione (immediata) avverso i pronunciamenti arbitrali sulla "competenza", sia che questi siano stati adottati con statuizione espressa contenuta nel lodo parziale di merito, sia che risultino solo indirettamente ed implicitamente dalla decisione di statuire (parzialmente) sul merito della lite⁴⁵¹.

Lo stesso discorso può essere fatto anche per l'impugnazione del *lodo definitivo di merito*, che chiude il procedimento. Anche in tal caso essa può essere proposta "immediatamente" (i.e., ai sensi dell'art. 828 c.p.c., nel termine di novanta giorni dalla notificazione del lodo), senza cioè la necessità di attendere il deposito della pronuncia arbitraria ai sensi dell'art. 825 c.p.c. e l'ottenimento dell'*exequatur*. Anche in tal caso l'impugnazione verrebbe mossa formalmente avverso il lodo di merito, ma, dal punto di vista contenutistico, potrebbe indirizzarsi unicamente nei confronti dei profili della pronuncia arbitraria che concernono la "competenza" dell'arbitro, censurandoli attraverso l'invocazione dei motivi di cui ai nn. 1, 2, 4

⁴⁵⁰ V. G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 626.

⁴⁵¹ Secondo L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 830 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 925, non vi sarebbe alcuna differenza qualitativa tra una pronuncia su una questione (pregiudiziale di rito o preliminare di merito) adottata con un lodo non definitivo, oppure con statuizione inserita nel medesimo contesto decisorio del lodo definitivo. Osserva F. GODIO, *(In)competenza e (in)validità della clausola compromissoria*, cit., 159, come un lodo che rigetti una o più delle domande cumulate per carenza di *potestas iudicandi* dovrà intendersi quale *lodo parziale*, dunque immediatamente impugnabile. Insomma, un lodo con cui gli arbitri pronuncino sull'eccezione d'incompetenza decidendo, *anche solo parzialmente*, il merito della lite, avrebbe un contenuto "misto" e sarebbe suscettibile di impugnazione immediata.

del comma 1 dell'art. 829 c.p.c. Di nuovo, sia che l'arbitro si sia pronunciato espressamente sulla questione assieme alla pronuncia definitiva sul merito, sia che l'arbitro non si sia in alcun modo pronunciato sulla questione, ma, ritenendosi evidentemente competente, abbia direttamente proceduto a pronunciarsi sul merito della lite, l'"immediatezza" dell'impugnazione andrebbe in ogni caso riferita alla questione della competenza dell'arbitro, e, ove esistenti, alle determinazioni arbitrali su di essa. A questa "immediatezza" farebbe unicamente eccezione, in tale contesto, l'ipotesi in cui l'arbitro, prima della pronuncia sul merito della lite, si fosse già pronunciato *separatamente* (ed affermativamente) sulla sola questione della *potestas iudicandi* dell'arbitro (secondo quanto appunto previsto dal comma 3 dell'art. 827 c.p.c.), nel qual caso l'"immediatezza" dell'impugnazione non potrebbe che riferirsi, formalmente, alla sola pronuncia sul merito (pur se le censure vertessero unicamente su profili attinenti alla *potestas iudicandi* dell'arbitro).

Da quanto precede emerge dunque che il "punto debole" del sistema è rappresentato dall'opzione legislativa di impedire l'*impugnazione immediata* del lodo che risolve alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio arbitrale (tra cui parrebbe rientrare, a prima vista, il lodo non definitivo con cui l'arbitro decide esclusivamente (ed in senso affermativo) sulla propria "competenza").

In questo caso, infatti, ove l'arbitro non proceda, contestualmente o di lì a poco, a pronunciarsi parzialmente sul merito, la parte che intende contestare l'arresto arbitrale sulla questione della "competenza" dovrà attendere la celebrazione dell'intero giudizio arbitrale. E anche ove la decisione sul merito della lite, che chiude il giudizio, dovesse giungere in tempi rapidi, l'acquisizione del carattere definitivo da parte della stessa dovrebbe fare i conti con il possibile svolgimento (beninteso, su iniziativa di parte) di *ben due gradi di giudizio impugnatorio* (dapprima l'impugnazione per nullità, e, in seconda battuta, alternativamente, a seconda delle ricostruzioni cui si ritenga di accedere con riferimento all'oggetto del giudizio dell'impugnazione per nullità del lodo – su cui v. il paragrafo successivo –, il regolamento di competenza o il ricorso per cassazione).

La scelta del legislatore italiano – di precludere alle parti la possibilità di impugnare immediatamente il lodo affermativo della competenza arbitrale, dopo aver previsto la facoltà dell'arbitro di pronunciarsi separatamente sulla questione – è bensì incline di principio, comprensibile (potendo, in effetti, l'impugnazione immediata del lodo non definitivo sulla questione della competenza rappresentare un elemento di complicazione del processo arbitrale)⁴⁵², ma, va detto subito, *del tutto anomala ed isolata* rispetto alle scelte operate non solo dalla maggior parte degli ordinamenti stranieri, ma altresì dal sistema della Convenzione di New York.

⁴⁵² Così G. CANALE, *La decisione degli arbitri sulla potestas iudicandi*, cit., 98.

Sotto il primo profilo, va infatti evidenziato che la stragrande maggioranza degli ordinamenti stranieri (tra cui quelli analizzati nel quarto capitolo, cui qui si rinvia, che notoriamente sono giurisdizioni con una consolidata tradizione e reputazione in materia di arbitrato) tende a distinguere *la pronuncia con cui l'arbitro abbia affermato separatamente la propria competenza* (denominata in vari modi ma accostabile, per autonomia, rilevanza ed impatto esterno della questione decisa, alla categoria dei lodi parziali o *partial awards*) dalle pronunce (variamente qualificate in termini di *interim, preliminary, interlocutory awards*)⁴⁵³ meramente “procedurali”, interinali o interlocutorie e ad effetti esclusivamente endo-processuali o comunque precari e caduchi.

Avverso la prima tipologia di decisione è consentita, in forme e modalità diverse, *la proposizione di un'impugnazione immediata dinanzi al giudice statale*. Tali ordinamenti dimostrano così di ritenere prioritario, tra le diverse concomitanti esigenze, che, sulla questione della – *lato sensu* – “percorribilità” della via arbitrale, venga data la possibilità alle parti di ottenere il *prima possibile* una statuizione definitiva ed incontrovertibile (anche alla luce del fatto che, nella maggioranza di quegli ordinamenti, l'ultima parola sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale spetterebbe, in ogni caso, al giudice statale)⁴⁵⁴. Onde evitare che lo strumento dell'impugnabilità immediata del lodo sulla competenza arbitrale venga utilizzato dalla parte in mala fede e a meri fini dilatori, per rallentare o ostacolare la procedura arbitrale, è generalmente attribuito all'arbitro il potere discrezionale di decidere se, pendente il giudizio di impugnazione avverso quel lodo, proseguire comunque il giudizio o sospenderlo in attesa del responso del giudice dell'impugnazione.

Sotto il secondo profilo, va osservato che, nel sistema della Convenzione di New York del 1958, i c.d. *partial awards on jurisdiction* (pronunce arbitrali sulla *potestas iudicandi* degli arbitri, sia affermativi che declinatori) sono soggetti allo

⁴⁵³ Va osservato che i termini indicati nel testo sono convenzionali, non riscontrandosi generalmente, nelle fonti convenzionali, né nella maggior parte delle leggi arbitrali nazionali, alcuna espressa o univoca definizione del termine “lodo” (“*award*”). Su tale tematica v. D. DI PIETRO, in E. GAILLARD, D. DI PIETRO, *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*, Cam. May 2008, 139; P. BERNARDINI, *Sentenze arbitrali e Convenzione di New York*, in *Riv. dir. proc.* 2006, 89. Per un'eccezione v. la legge croata (K. PUHARIC, *Interim and Partial Arbitral Awards*, in *Croat. Arb. Yearbook* 2006, 173). Sul tema v. anche E. ZULETA JARAMILLO, *The Relationship between Interim and Final Awards – Res Judicata Concerns*, in A. VAN DEN BERG (ed.), *Arbitration Advocacy in Changing Times*, ICCA Congress Series, 2011, Vol. 15, 231 ss.

⁴⁵⁴ V. anche C. CONSOLO, *Raccordi o antifonie fra arbitrato e giudizio ordinario? Profili comparatistici e transnazionali*, in AA.VV., *Studi in onore di Piero Schlesinger*, V, Milano 2004, 3844; B. BERGER, F. KELLERHALS, *International and Domestic Arbitration in Switzerland*, 2nd ed., Bern 2010, 185.

stesso regime che governa il riconoscimento dei c.d. *final awards*, applicandosi, agli uni, le medesime disposizioni (specialmente quelle di cui all'art. V, sui motivi ostativi al riconoscimento) applicabili agli altri⁴⁵⁵. La *ratio* sottesa a tale sostanziale equiparazione di disciplina va ravvisata nella convinzione che questo tipo di pronunce, pur non ponendo sempre fine al giudizio arbitrale nel suo complesso, comunque *definiscono e risolvono in maniera compiuta* una determinata disputa (nella specie, quella sulla sussistenza o meno del potere decisorio degli arbitri), tanto da non poter essere modificate o revocate dagli arbitri nel prosieguo del procedimento e da rappresentare, una volta cristallizzatesi a seguito di mancata tempestiva impugnazione, l'ultima parola sulla questione; in ciò differenziandosi dalle pronunce interinali o interlocutorie, caratterizzate, in genere, da una dimensione "precaria", in ragione della loro provvisorietà o strumentalità.

A tali argomenti va aggiunta la considerazione secondo cui l'immediata impugnabilità, entro un determinato termine perentorio, del lodo che abbia pronunciato separatamente sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, ha rappresentato, nell'ordinamento tedesco, nel contesto pre-riforma, dapprima uno degli elementi cardine della tesi, sostenuta tra gli altri da Schlosser, favorevole ad attribuire efficacia extraprocessuale e vincolante, *anche* nei confronti del giudice statale, alla pronuncia arbitrale e, dipoi, una delle innovazioni più significative della riforma della legge arbitrale tedesca del 1998. In uno con l'istituzionalizzazione della pronuncia separata dell'arbitro sulla propria competenza (*Zwischenentscheid*), considerata dal legislatore la modalità "ordinaria" ("*in der Regel*") di decisione dell'arbitro sulla propria "competenza, l'immediata impugnabilità è l'elemento che ha integrato la premessa mancante per conferire alla pronuncia arbitrale l'idoneità a "fare stato" sulla questione, inserendo, al contempo, nell'ambito del sistema delle "vie parallele", un meccanismo riequilibratore e di coordinamento preventivo.

Nonostante gli ostacoli di diritto positivo e sistematici presenti nell'ordinamento italiano, una parte della dottrina, convinta dell'utilità di assoggettare *anche le decisioni dell'arbitro sulla propria "competenza"* al regime dell'immediata impugnabilità, ha tentato diverse strade ricostruttive per far rientrare anche queste decisioni nella categoria dei "lodi che decidono parzialmente il merito".

V'è chi, argomentando anche in base alla previsione di cui al comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c. (che ne consente l'autonoma deducibilità in giudizio), qualifica il tema dell'allocazione della *potestas iudicandi* tra arbitro e giudice in termini di "bene della vita", seppur strumentale, ravvisabile nel diritto della parte ad

⁴⁵⁵ Per approfondimenti v. J.D.M. LEW, L.A. MISTELIS, S.M. KROELL, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluw. Law Int. 2003, *passim*; N. BLACKABY, C. PARTASIDES, A. REDFERN, M. HUNTER, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford 2015, *passim*.

ottenere tutela dei propri diritti attraverso un meccanismo di risoluzione delle controversie alternativo, sotto più di un profilo, alla giurisdizione statale; ne dovrebbe derivare la qualifica come “lodo parziale di merito” della pronuncia degli arbitri su questo tema, come tale immediatamente impugnabile ai sensi del comma 3 dell’art. 827 c.p.c.⁴⁵⁶.

V’è invece, distingue tra, da un lato, la deduzione come *mera eccezione*, in quanto questione pregiudiziale di rito, della questione della *potestas iudicandi* arbitrale (la decisione sulla quale non sarebbe autonomamente impugnabile, ma solo unitamente al merito) e, dall’altro, la trasformazione di quella stessa questione in *causa pregiudiziale di merito*, a seguito della proposizione, ad opera di una parte, di una domanda di accertamento incidentale; solo in quest’ultimo caso il lodo pronunciato su di essa andrebbe necessariamente qualificato in termini di “lodo parziale di merito”, dunque immediatamente impugnabile⁴⁵⁷.

Secondo chi scrive queste strade non sono percorribili, dal momento che la questione dell’allocazione della *potestas iudicandi* tra arbitro e giudice va qualificata, sempre, in termini di *questione pregiudiziale di rito*, non potendo mutare la propria natura a seconda che sia oggetto di una mera cognizione incidentale, oppure di un accertamento con cognizione piena finalizzato a fare definitivamente stato su di essa. La strada secondo noi percorribile andrebbe piuttosto individuata alla luce di alcuni spunti offerti da una recente giurisprudenza della Suprema Corte, sebbene utilizzati in vista di uno sviluppo e un esito in parte diverso da quella da essa avuti di mira.

Nella decisione 12 gennaio 2007, n. 563 (ord.), la Suprema Corte, in relazione all’attività di valutazione della esistenza, validità ed efficacia di una convenzione arbitrale, ne ha differenziato gli esiti a seconda che quell’attività sia *strettamente strumentale* rispetto alla determinazione della questione di competenza, oppure *provvista di una certa autonomia*, che le conferisca una rilevanza ed un dignità autonome rispetto alla funzionalizzazione alla risoluzione di una questione procedurale potenzialmente ostativa alla prosecuzione del giudizio⁴⁵⁸. La Corte qualifica, nel primo caso, la (questione e dunque la relativa) decisione in termini *di rito*, come tale non immediatamente impugnabile, ma solo unitamente al merito, mentre nel secondo caso, la medesima (questione e dunque la relativa) decisione in termini *di merito*, come tale immediatamente impugnabile.

⁴⁵⁶ In tal senso v. L. SALVANESCHI, *Sub art. 827 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 852 ss.

⁴⁵⁷ V., in tal senso R. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, cit., 228; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 662, 670 e 672; E. MARI NUCCI, *Note sul contrasto*, cit., 967.

⁴⁵⁸ Il riferimento è a Cass. 12 gennaio 2007, n. 563 (ord.).

Pur condividendo, come si è avuto occasione di illustrare in precedenza, la rilevanza attribuita all'iniziativa delle parti (e alla loro specifica domanda) nel passaggio da una cognizione meramente incidentale della questione della competenza arbitrale ad un accertamento con efficacia esterna al processo e vincolante, non riteniamo convincente attribuire alla diversa estensione ed intensità dei poteri cognitivi l'effetto di *modificare la natura della questione conosciuta e decisa*. Insomma, la natura della questione conosciuta e decisa non può mutare nei due casi, rimanendo sempre processuale e, nello specifico (per utilizzare le categorie definitive classiche) una questione pregiudiziale di rito. Ne deriva che l'elemento decisivo per consentire o meno un'impugnazione immediata del lodo arbitrale sulla competenza degli arbitri non risiederebbe, tanto, nella natura della questione oggetto di decisione, quanto, piuttosto *nel suo carattere e/o dimensione di maggior o minor autonomia* rispetto al fine rappresentato dalla risoluzione di una questione ostativa alla prosecuzione di *quel* processo, rispetto alla quale, di nuovo, un ruolo determinante (non sorprendentemente, trattandosi di giustizia privata), è svolto dalla autonomia, volontà e condotta delle parti. In altri termini, il destino della decisione degli arbitri, anche sotto il profilo della sua possibile impugnabilità immediata – ogniqualvolta la questione dell'allocazione della *potestas iudicandi* tra arbitrato e giurisdizione in presenza di una convenzione arbitrale sorga nell'ambito di un giudizio arbitrale perché una parte abbia contestato il potere decisorio degli arbitri – *dipenderà dalla condotta delle parti*.

Se la controparte della parte che ha contestato la competenza degli arbitri non replica alcunché o si limita a contestare la fondatezza delle eccezioni formulate *ex adverso* (ad esempio, (ri)affermando la validità ed efficacia della convenzione arbitrale che l'altra parte aveva negato), dimostrando di essere al più interessata a che quel processo non venga paralizzato e, nello specifico, chiuso in rito a seguito dell'accoglimento delle eccezioni di parte avversaria, l'arbitro sarà libero di scegliere se pronunciare un'ordinanza (per la quale non si pone alcun problema di immediatezza dell'impugnazione, trattandosi di provvedimento non autonomamente impugnabile, oltre che emendabile e revocabile nel corso del processo), oppure un lodo, ma, in tal caso, "ai soli fini della prosecuzione del processo", senza cioè alcuna velleità di accertamento votato all'incontrovertibilità e alla produzione di un vincolo esterno.

Nel caso in cui, invece, l'eccezione sollevata da una parte determini l'insorgere di una vera e propria controversia sulla questione della competenza arbitrale, oppure, semplicemente, se, rispetto a detta questione, almeno una delle parti intenda che sia fatta chiarezza una volta per tutte, anche, eventualmente, per poter invocare l'emananda decisione arbitrale al di fuori del giudizio arbitrale, onde arrestare la prosecuzione di un giudizio statale parallelamente pendente sulla medesima causa, starà a quella parte attivarsi per ottenere dall'arbitro un accertamento *con cognizione piena*, idoneo, una volta divenuto incontrovertibile, a fare stato una

volta per tutte su quella questione, vincolando tutti i futuri giudici o arbitri che dovessero confrontarsi, in diverse sedi, su quella medesima questione.

Come visto, la domanda di accertamento della questione della *potestas iudicandi* potrà assumere diverse forme: potrà trattarsi di una domanda riconvenzionale del convenuto rispetto alle contestazioni mosse dall'attore alla validità ed efficacia della convenzione arbitrale eccepita; oppure di una *reconventio reconventionis* dell'attore, che non si limiti a contro-eccepire l'invalidità, inefficacia, inoperatività della convenzione arbitrale eccepita dal convenuto, ma richieda appunto una espressa statuizione sul punto da parte dell'organo adito; oppure, ancora, di una domanda di accertamento positivo proveniente dal convenuto, a seguito del rilievo d'ufficio, da parte del giudice, della nullità asseritamente inficiante il patto arbitrale invocato dal medesimo convenuto in via di eccezione⁴⁵⁹.

È in ipotesi come queste che emerge in tutta la sua nitidezza e rilevanza sistematica la distinzione (abbozzata, sebbene ad altri fini, dalla summenzionata decisione della Cassazione) tra *strumentalità* e *autonomia* dell'esame della questione della *potestas iudicandi* arbitrale e, nello specifico, della esistenza, validità ed efficacia della convenzione di arbitrato.

Nel caso di decisione "ai soli fini del processo", appare in tutta la sua evidenza *la strumentalità della cognizione da parte del giudice alla risoluzione della questione di competenza*; sono per prime le parti a non essere interessate a che quella questione acquisisca una sua autonomia al di là della funzione per cui è sorta, men che meno a che acquisisca una sua autonomia "processuale" attraverso un giudizio impugnatorio vertente esclusivamente su di essa (beninteso, ove risolta con lodo e non con ordinanza), che andrebbe fatalmente ad interferire con l'ordinario svolgimento del giudizio arbitrale.

Nel caso in cui, invece, le parti manifestino l'intenzione che sia fatta definitivamente chiarezza sulla questione, chiedendo un accertamento incidentale della stessa, già dimostrano di considerare quella questione un tema a sé all'interno di quel processo, isolandolo da altre questioni (potenzialmente) impediienti, rispetto alle quali non sentono l'esigenza di ottenere una decisione separata.

Ma, oltre a ciò, sono gli stessi esiti di un accertamento incidentale a certificare

⁴⁵⁹ In tal senso v. S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 197 ss. Per C. CAVALLINI, *L'arbitrato rituale*, cit., 131 ss., l'ampliamento del potere cognitivo del giudice in ordine alla dovuta pronuncia sulla questione ormai sorta conseguirebbe alla contestazione della validità della convenzione arbitrale, sia da parte dell'attore che, eventualmente, su rilievo *ex officio* dell'arbitro successivo alla proposizione dell'*exceptio compromissi* da parte del convenuto, e sarebbe l'effetto di una domanda (nuova) di accertamento proposta dall'attore *ex art. 183, comma 4 c.p.c.*; secondo l'autore, non si tratterebbe tuttavia di domanda di accertamento incidentale, stante l'estraneità della questione della *potestas iudicandi* arbitrale dal novero delle questioni pregiudiziali in senso tecnico di cui all'art. 34 c.p.c.

la dimensione autonoma di cui sarebbe provvista, al di là e al di fuori del processo in cui sia stata resa, una decisione dal contenuto incontrovertibile di quella questione; la possibilità, cioè, di invocarla e spenderla in tutte le sedi in cui dovesse venire in rilievo (processo statale parallelo sul merito della lite; giudizio instaurato ai sensi dell'art. 819 *ter*, comma 3 c.p.c.; altro giudizio arbitrale instaurato sulla base di quel medesimo patto arbitrale; giudizio statale pendente all'estero, previo riconoscimento della decisione ai sensi delle disposizioni della Convenzione di New York).

Se si pensa che, tradizionalmente, la *ratio* del divieto di impugnazione immediata dei lodi non definitivi su questioni è stata ravvisata nell'intenzione di evitare di impegnare la Corte d'appello su questioni sformate di "autonomia decisionale", non essendo suscettibili, da sole, di costituire l'oggetto di un accertamento dinanzi all'autorità giudiziaria⁴⁶⁰, anche solo la disposizione di cui al comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c. dovrebbe fugare ogni dubbio circa l'idoneità della questione della esistenza, validità ed efficacia di una convenzione arbitrale a costituire un oggetto autonomo di cognizione, decisione e, quindi, anche di impugnazione *immediata*⁴⁶¹.

D'altra parte, sotto questo stesso profilo, come opportunamente evidenziato da autorevole dottrina, sebbene in arbitrato non trovi cittadinanza il meccanismo devolutivo di questioni di cui all'art. 346 c.p.c. (che disciplina la mera riproposizione di domande assorbite ed eccezioni disattese in prima istanza), dalla disposizione di cui al comma 3 dell'art. 827 c.p.c. emerge come l'*unità strutturale minima* del lodo, da sottoporre ad impugnazione, sia costituita non necessariamente dalla decisione di una domanda o di un capo di domanda, ma, altresì, da quella *della singola questione*, anche di quelle che, al contrario di quanto accade per la validità della convenzione arbitrale, non assurgeranno mai ad autonomo oggetto di un giudizio statale⁴⁶²). Per questo la parte soccombente sulla decisione su que-

⁴⁶⁰ Così F.P. LUISO, *L'oggetto del processo arbitrale*, in *Riv. arb.* 1996, 677.

⁴⁶¹ Sulla nozione di lodo e parte di lodo v. G. RUFFINI, *Sulla nullità parziale del lodo arbitrale*, in *Giust. civ.* 2005, 1334 ss.; ID., *La divisibilità del giudizio arbitrale*, in *Riv. arb.* 1999, 431 ss.; ID., *"Efficacia di sentenza" del lodo arbitrale e impugnazione incidentale per nullità*, nt. Cass. 16 maggio 2000, n. 6291, in *Riv. arb.* 2000 463 ss.; v. anche R. POLI, *Sull'oggetto del giudizio di impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA, N. RASCIO (a cura di), *Sull'arbitrato: Studi offerti a Giovanni Verde*, cit., 632 ss.

⁴⁶² V., in tal senso, R. POLI, *Sull'oggetto del giudizio di impugnazione*, cit., 632 ss. e 636, per il quale: "Per stabilire se l'attività decisoria sia ulteriormente frazionabile, occorre prendere le mosse dall'art. 827 cod. proc. civ., il quale ci ricorda che gli arbitri non solo possono pronunciare lodi non definitivi su questioni (...), ma anche che tali lodi devono essere impugnati – sia pure unitamente al lodo definitivo – per evitare la stabilizzazione delle relative decisioni (...). E allora è evidente (...) che l'attività decisoria sulle questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito (...) è idonea a stabilizzarsi se non oggetto di specifica impugnazione". Favorevole all'onere della parte soccombente di impugnare *ogni singola pronuncia su questione*, anche se resa con ordinanza poi

sione ha l'onere di impugnarla al momento dell'impugnazione del lodo definitivo, pena, altrimenti, la stabilizzazione del lodo nella parte relativa alla questione, pur nel caso di dichiarazione di nullità, e dunque di travolgimento, del lodo definitivo.

Ricapitolando, quindi: anche la decisione con cui l'arbitro decide separatamente ed esclusivamente sulla sua *potestas iudicandi*, affermandola, può godere dello stesso regime di impugnazione immediata dei suoi "omologhi funzionali" (il lodo declinatorio; il lodo parziale di merito che abbia deciso, affermativamente – espressamente o implicitamente – anche sulla *potestas iudicandi*; il lodo definitivo di merito che abbia deciso, affermativamente – espressamente o implicitamente – anche sulla *potestas iudicandi*), a condizione che *sia stata adottata con lodo* e non con ordinanza e che vi sia stata *un' autonoma domanda di accertamento incidentale* ad iniziativa di una delle parti.

Questa conclusione ci pare del resto maggiormente in linea con l'equiparazione funzionale che sussiste tra arbitrato e giurisdizione statale, con il carattere perfettamente fungibile del primo rispetto alla seconda e con l'obiettivo, perseguito dalla riforma della normativa arbitrale, di preservare in ogni modo l'autonomia ed indipendenza del fenomeno arbitrale dalle interferenze dell'autorità giudiziaria (si pensi, tra gli altri, proprio al comma 2 dell'art. 817 c.p.c. o ai commi 1 e 3 dell'art. 819 *ter*, comma 1 c.p.c.). Viceversa, non si coglierebbe il senso di un così *marcato sbilanciamento di disciplina* tra giudizio arbitrale e giudizio statale quanto ai rimedi impugnatori, che finirebbe non solo per favorire nettamente la stabilizzazione della decisione del giudice statale sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale a scapito di quella pronunciata dagli arbitri, ma sancirebbe altresì, più o meno direttamente, il principio secondo cui, nei rapporti arbitro-giudice, l'ordinamento attribuisce priorità all'autorità giudiziaria, non solo per quanto attiene al *controllo ultimo* sulla questione, ma altresì per quanto attiene al *coordinamento, preventivo*, tra le due procedure.

Ciò detto, è opportuno rispondere subito a due obiezioni (tra le altre) che potrebbero essere sollevate contro la ricostruzione proposta.

Da un lato, il fatto che, in tal modo, l'impugnazione immediata del lodo e il successivo cristallizzarsi di questo (attraverso il funzionamento dei rimedi impugnatori), in vista di un suo possibile utilizzo come mezzo di coordinamento preventivo con il giudizio statale, *dipenda integralmente dall'iniziativa delle parti*.

confluita nel lodo definitivo o parziale (con la conseguenza del possibile riesame, da parte della Corte d'appello, di ogni singola questione, che sarebbe invece precluso se la questione fosse stata decisa con lodo) v. G. RUFFINI, *La divisibilità del giudizio arbitrale*, in *Riv. arb.* 1999, 443 ss.; *contra* C. CONSOLO, *Le impugnazioni*, cit., 540. Per maggiori riferimenti v. P. COMOGLIO, *Lodo parziale e lodo non definitivo dopo l'ultima riforma*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 607 ss.; S. BOCCAGNA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 452 ss.

Dall'altro, il fatto che il dato normativo continua a riservare l'impugnazione immediata dei lodi non definitivi a quelli che “*decidono parzialmente il merito*”, cui, secondo la nostra ricostruzione, non dovrebbe essere ricondotto il lodo che decida esclusivamente sulla *potestas iudicandi* arbitrale, in quanto lodo (non definitivo) su questione pregiudiziale di rito.

Quanto alla prima obiezione, va osservato che è quasi approdo naturale e fisiologico che il coordinamento tra la giurisdizione statale e un sistema di giustizia fondato sul consenso delle parti passi attraverso l'esercizio della loro autonomia che, nel caso di specie, si traduce nell'affidare alla loro iniziativa il procedere o meno a trasformare l'oggetto di una mera cognizione incidentale (l'*exceptio compromissi*) in un *thema decidendum* con accertamento pieno ed efficacia vincolante, a fini, anche, appunto, esterni al processo, ossia di coordinamento tra procedure.

Quanto alla seconda obiezione, essa ci induce a trattare della questione del rimedio (*immediatamente*) esperibile avverso il lodo non definitivo sulla *potestas iudicandi* arbitrale, cui sarà dedicato il paragrafo che segue. È però opportuno svolgere alcune considerazioni di inquadramento preliminare.

Il legislatore del 2006 ci ha abituato ad un utilizzo piuttosto disinvolto di termini, nozioni e qualificazioni giuridiche, da cui non è sempre possibile o agevole derivare in maniera consequenziale risultati pratico-applicativi coerenti.

Si pensi, solo per citare uno dei tanti esempi, alla formale riconduzione dei rapporti arbitro-giudice statale alla categoria della competenza (art. 817 c.p.c., rubricato “Eccezione d'incompetenza”; art. 817, comma 1 c.p.c.: “(...) gli arbitri decidono sulla propria competenza”; art. 817, comma 2 c.p.c.: “(...) La parte che non eccepisce (...) l'incompetenza [degli arbitri] per inesistenza”; art. 819 *ter*, comma 1 c.p.c.: “La competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice (...)”) e, allo stesso tempo, all'esclusione dell'applicabilità, a quei rapporti, *di una tra le norme che maggiormente caratterizzano e qualificano il rapporto di competenza tra autorità giudiziarie*, l'art. 44 c.p.c. e l'istituto della *translatio iudicii*.

Ma si pensi anche al fatto che, a seguito della riforma del 2009, tutte le pronunce aventi ad oggetto una questione di competenza devono essere adottate con ordinanza, mentre la decisione del giudice statale, avente ad oggetto una questione che è lo stesso legislatore, nel combinato disposto dei commi di cui agli artt. 817 e 819 *ter* comma 3 c.p.c., a qualificare come attinente alla “competenza”, debba essere invece adottata, ai sensi del comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c., *con sentenza*.

Ancora, nell'ordinamento italiano lo strumento impugnatorio per eccellenza, con cui contestare le decisioni aventi ad oggetto questioni attinenti (esclusivamente o anche) alla competenza, è il regolamento di competenza, che infatti il comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c. rende espressamente esperibile avverso la decisione del giudice sulla propria competenza in relazione ad una convenzione di arbitrato; ep-

pure quello stesso strumento non è parimenti esteso (quantomeno espressamente) alla decisione dell'arbitro che ha ad oggetto esattamente la medesima questione "di competenza", lasciando così il dubbio, all'interprete, circa la tassatività o meno degli strumenti impugnatori menzionati dal comma 1 dell'art. 827 c.p.c.

È in questo "contesto normativo", davvero poco rigoroso e coerente, che si situa la norma di cui al comma 3 dell'art. 827 c.p.c., il cui scarso dato testuale ("(...) lodo che decide parzialmente il merito", "(...) lodo che risolve alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio"), a ben vedere, non riesce né a comprendere, né ad esaurire la complessità concettuale e terminologica dei profili ivi disciplinati, che rimandano a istituti quali le questioni pregiudiziali di rito, le questioni preliminari di merito, le questioni pregiudiziali di merito (istituti che, va detto *en passant*, la norma in questione nemmeno menziona), le decisioni non definitive su questioni e simili, come dimostra l'acceso e tutt'ora vivace dibattito in dottrina e giurisprudenza, di cui ci si è limitati a dare un fugace conto in precedenza.

Né maggiore affidamento può farsi sul recente *dictum* delle Sezioni Unite del 18 novembre 2016, n. 23463, dato che non solo, ai fini della statuizione sull'immediata impugnabilità del lodo, ha seguito una linea di demarcazione differente da quella contenuta nella norma tra lodi parziali di merito e lodi non definitivi su questioni (già di per sé solo in parte sovrapponibile a quella tra sentenze definitive e sentenze non definitive di cui all'art. 279 c.p.c.), concentrandosi, invece, sulla differenza tra domande e/o questioni idonee o non idonee a definire il giudizio, ma perché ha adottato un criterio alquanto discutibile per distinguere lodi parziali e lodi non definitivi, ricorrendo ai principi e regole (contenuti negli artt. 360, comma 3 e 361, comma 1 c.p.c.) che governano non pronunce di primo grado, ma decisioni, parziali o non definitive, rese in sede di giudizio di appello e dunque soggette ad un regime significativamente diverso dalle prime.

Alla luce di quanto precede, non si può certo fare esclusivo affidamento sul dato testuale dell'art. 827 c.p.c. per *escludere risolutamente* non solo l'immediata impugnabilità dei lodi non definitivi che pronunciano sulla competenza (comma 3 della norma), ma altresì che avverso il lodo siano esperibili altri mezzi di impugnazione rispetto a quelli contemplati dal comma 1 della disposizione.

In proposito chi scrive condivide l'opinione di Acone, per il quale il regime dei mezzi di impugnazione del lodo non definitivo su questioni, delineato dal comma 3 dell'art. 827 c.p.c. (tra cui il lodo che pronunci affermativamente sulla competenza dell'arbitro), sarebbe riferibile *unicamente ai mezzi di impugnazione indicati dal comma 1*; non, invece, ad altri mezzi di impugnazione che, *ove ritenuti esperibili avverso il lodo, non possono che rinvenire altrove la loro disciplina* (nello

specifico, in relazione al regolamento di competenza, negli artt. 42 e 43 del libro primo del codice di rito)⁴⁶³.

Alla luce di quanto precede, dunque, il passaggio decisivo risulta lo stabilire se la lista di mezzi di impugnazione contenuta nel comma 1 dell'art. 827 c.p.c. (che non contempla il regolamento di competenza) sia da ritenersi tassativa oppure no, perché, nel secondo caso, non chiuderebbe assolutamente le porte all'esperibilità *immediata*, anche avverso il lodo che pronunci *solo* sulla *potestas iudicandi* arbitrale, di un rimedio impugnatorio.

15.1.2.2. *Nostra tesi: l'utilizzo (concorrente) del rimedio impugnatorio del regolamento di competenza avverso la decisione non definitiva dell'arbitro sulla propria potestas iudicandi*

Come si ricorderà, nel regime pre-riforma 2006, l'orientamento assolutamente granitico della giurisprudenza di legittimità e di merito (meno univoche erano, invece, le posizioni della dottrina⁴⁶⁴) è sempre stato nel senso dell'inutilizzabilità, in arbitrato, del rimedio del regolamento di competenza⁴⁶⁵, in ragione, essenzialmente, da un lato, dell'asserita tassatività dell'elencazione dei mezzi di impugnazione contenuta nell'art. 827 c.p.c.⁴⁶⁶; dall'altro, del principio della conversione delle cause d'incompetenza degli arbitri in motivi di nullità della decisione arbitrale (da far valere esclusivamente attraverso l'impugnazione per nullità di cui all'art. 828 ss. c.p.c.⁴⁶⁷); dall'altro ancora, dell'inidoneità delle proprie pronunce, rese in sede di

⁴⁶³ Così M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, in *Riv. arb.* 1996, I, 259 ss.

⁴⁶⁴ V. *infra*, nelle note, per riferimenti.

⁴⁶⁵ V., *ex multis*, Cass. 24 settembre 1996, n. 8407; Cass. 30 gennaio 1995, n. 1079; Cass. 9 ottobre 1987, n. 7513.

⁴⁶⁶ In tal senso v., *ex multis*, Cass. 15 settembre 2000, n. 12175, in *Giur. it.* 2001, I, 1, 2037; App. Roma 9 marzo 1992, n. 677, in *Riv. arb.* 1992, 705 ss., per cui: "(...) l'espressa previsione dell'art. 827 c.p.c. – che limita i mezzi di impugnazione avverso le sentenze arbitrali all'impugnazione per nullità e alla revocazione – preclude l'applicabilità del rimedio generale del regolamento di competenza, senza che possa invocarsi la portata generale di tale mezzo di impugnazione fondato sul dettato dell'art. 323 c.p.c.; il regolamento di competenza, infatti, lungi dal costituire un rimedio di ordine generale, non è consentito sempre e in ogni caso contro le sentenze che pronunciano sempre sulla competenza, essendo espressamente escluso nei confronti delle sentenze del conciliatore (art. 46 c.p.c.)". In dottrina v. P.L. NELA, *Arbitrato rituale e regolamento necessario di competenza*, nt. a Cass. 1 febbraio 2001, n. 1403; A. LEVONI, voce *Regolamento di competenza*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino 1997, 491; F.P. LUISO, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv. arb.* 1995, 14.

⁴⁶⁷ Così, *ex multis*, Cass. 30 gennaio 1995, n. 1079; Cass. 24 settembre 1996, n. 8407; Cass. 9 ottobre 1987, n. 7513; Cass. 20 maggio 1969, n. 1752. In dottrina v. C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, Padova 2000, 162; R. VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 535.

regolamento, ad esplicare efficacia vincolante nei confronti degli arbitri⁴⁶⁸.

Si è già visto, nel capitolo terzo, cui si rimanda per approfondimenti, come, a seguito della riforma del 2006, per la stragrande maggioranza della dottrina e della giurisprudenza non vi sarebbe tutt'ora spazio tutt'ora alcuno per l'utilizzo del regolamento di competenza avverso lodi che pronuncino (solo o anche) sulla "competenza"⁴⁶⁹, ritenuti assoggettabili unicamente all'impugnazione per nullità, oltre che agli altri rimedi menzionati dall'art. 827 c.p.c.

Il problema principale è rappresentato dall'asserita tassatività dell'elenco contenuto nel comma 1 dell'art. 827 c.p.c., che, tra i rimedi esperibili avverso il lodo, menziona solo l'impugnazione per nullità, la revocazione e l'opposizione di terzo, *ma non il regolamento di competenza*. Tale conclusione sarebbe altresì corroborata dalla deducibilità di tutte le censure potenzialmente invocabili in relazione alla *potestas iudicandi* arbitrale attraverso i motivi di impugnazione per nullità delineati dal legislatore del 2006, tra cui figura oggi (al n. 10 del comma 1 dell'art. 829 c.p.c.) *anche quello della conclusione del procedimento arbitrale senza una decisione*

⁴⁶⁸ Si tratta di un orientamento tralaticio (per cui v. Cass. 18 dicembre 1973, n. 3433; App. Roma 9 marzo 1992, n. 677, in *Riv. arb.* 1992, 706, nt. R. MARENGO, *Inammissibilità del regolamento di competenza avverso il lodo rituale*; R. VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 533 e 625), ripreso ed efficacemente sintetizzato da una delle decisioni della svolta degli anni '90 in favore della litispendenza unilaterale, Cass. 8 luglio 1996, n. 6205, per la quale la statuizione della Corte di Cassazione, sia di quella pronunciata in sede di ricorso per cassazione, sia di quella resa in sede di regolamento per competenza, non comportava: "(...) alcuna preclusione per il collegio arbitrale, costituendo o già costituito, in ordine alla verifica della propria legittimazione a pronunciarsi sulla controversia ad essi deferita dai compromittenti, né, d'altro lato, impedi[va] che il lodo da essi emesso pot[esse] essere impugnato per nullità del compromesso, e cioè per motivi che esclud[evano] il valido conferimento agli arbitri del potere di decidere la controversia insorta tra le parti (...)". Anche l'altra decisione di quel periodo (sul caso Mascheroni), Cass. 7 aprile 1997, n. 3001, specificava che: "(...) il giudicato sulla competenza del giudice ordinario finirebbe con l'assumere la natura di un inammissibile regolamento preventivo di competenza, privando le parti dell'impugnativa per nullità del lodo emesso da arbitri non legittimamente investiti dalla loro *potestas iudicandi*, ai sensi dell'art. 829 c.p.c."

⁴⁶⁹ In tal senso v. G. RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 288 ss.; S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 386; S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 228; G.P. CALIFANO, *Sul provvedimento dell'arbitro che afferma la propria competenza*, in *Riv. arb.* 2017, 494 ss. In tal senso anche la giurisprudenza maggioritaria: v., *ex multis*, Cass. 28 febbraio 2019, n. 5824, per la quale: "(...) la giurisprudenza non ha ritenuto di doversi spingere fino al punto da ritenere che la statuizione di un collegio arbitrale, che pronunci sulla propria competenza a decidere la controversia sottopostagli, sia impugnabile con il regolamento di competenza, atteso che, anche alla stregua della novella introdotta dal D. Lgs. N. 40 del 2006, emerge chiaramente dal tenore letterale dell'art. 819 *ter* c.p.c. che il legislatore ne ha consentito l'utilizzo esclusivamente avverso la pronuncia del medesimo tenore resa da un giudice ordinario"; nello stesso senso v. Cass. 6 ottobre 2017, n. 23473; Cass. S.U. 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Foro it.* 2013, I, 3407; Cass. 7 novembre 2012, n. 19268.

sul merito della lite, quando questo doveva invece essere deciso dagli arbitri. Proprio quest'ultimo motivo, secondo l'orientamento prevalente, dovrebbe privare di ogni rilevante appiglio argomentativo i fautori dell'esperibilità del regolamento di competenza anche avverso le decisioni arbitrali, che veniva da essi predicata in passato, tra l'altro, proprio per l'assenza, nell'ambito dell'impugnazione per nullità, di motivi per censurare un'erronea pronuncia declinatoria⁴⁷⁰.

La (asserita) non esperibilità del regolamento di competenza, come in parte già emerso durante la trattazione, ha una serie di ripercussioni negative sul rapporto tra arbitrato e giurisdizione statale, soprattutto se messa in relazione con l'altra opinione di gran lunga prevalente circa la non impugnabilità immediata del lodo non definitivo che pronuncii affermativamente sulla competenza dell'arbitro. Invero, se per la parte è necessario sempre e comunque attendere, in mancanza di decisioni arbitrali parziali di merito, la celebrazione di un intero giudizio arbitrale prima di poter contestare – attraverso il non sempre rapido ed efficiente sistema delle impugnazioni “ordinarie” (impugnazione per nullità del lodo e ricorso per cassazione) – la decisione arbitrale sulla propria competenza, sarà paradossalmente quasi sempre il notoriamente lento e farraginoso processo civile italiano a confezionare per primo, nella corsa a ostacoli con il giudizio arbitrale, una statuizione definitiva, incontrovertibile e vincolante sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale cui l'arbitro dovrà necessariamente conformarsi. E ciò non in virtù di qualità peculiari dell'organo decidente, ma di un'architettura giuridico-processuale decisamente più snella: l'immediata impugnabilità della decisione del giudice di prime cure sulla questione e l'esaurimento dei rimedi impugnatori in un unico grado di giudizio⁴⁷¹.

La preferenza di chi scrive per l'esperibilità del regolamento di competenza *anche in arbitrato* non è solo dettata da valutazioni di carattere pratico-applicativo,

⁴⁷⁰ Secondo M. BOVE, *La giustizia privata*, 4^a ed., cit., 213 ss., il motivo di cui al n. 10 sarebbe idoneo a comprendere tutte le ipotesi in cui gli arbitri si siano erroneamente convinti dell'insussistenza di un presupposto processuale, sia esso positivo o negativo, tra cui anche il caso in cui abbiano erroneamente ritenuto insussistente un valido patto arbitrale; secondo G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5^a ed., cit., 176 e 194, nel motivo di cui al n. 10 rientrerebbero tutte le ipotesi in cui gli arbitri abbiano erroneamente ritenuto di emettere una decisione, accogliendo una questione processuale di natura impediante. Sulla stessa linea di pensiero v. G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 381; E. MARI NUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, cit., 206. In tal senso v. anche Cass. 10 aprile 2014, n. 8457; Cass. 7 novembre 2012, n. 19268.

⁴⁷¹ G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 365 ss., in effetti, ravvisa il fondamento dell'estensione del rimedio del regolamento anche in arbitrato più che nella plausibilità dell'inquadramento dei rapporti arbitro-giudice nello schema della “competenza”, nell'opportunità di: “mettere a disposizione delle parti uno strumento diretto ad ottenere immediatamente dalla Corte di cassazione un accertamento definitivo e vincolante sulla esistenza, validità efficacia ed estensione della convenzione di arbitrato”.

ma si fonda, riteniamo, su una serie di convincenti elementi di carattere normativo e sistematico⁴⁷².

Per cominciare, il dato normativo.

Per anni uno degli argomenti più utilizzati per negare cittadinanza in arbitrato al regolamento di competenza è consistito nel richiamare l'avverbio "soltanto", inserito nel comma 1 dell'art. 827 c.p.c., a supporto della tesi secondo cui il legislatore avrebbe inteso limitare i mezzi di impugnazione esperibili avverso un lodo a quelli tassativamente elencati dalla disposizione. Argomentando *a contrario*, si dovrebbe allora concludere che l'espunzione, dalla norma, di quell'"avverbio", operata dall'ultima riforma dell'arbitrato, starebbe a dimostrare la *non tassatività dei mezzi di impugnazione ivi menzionati* e la necessità di valutare la compatibilità di ciascun mezzo con il fenomeno arbitrale⁴⁷³.

In una prospettiva più generale, la storia (ma anche l'attualità) insegna che, nel contesto processualcivilistico ed arbitrale, la lettera delle norme non è sempre argomento *tranchant* e decisivo.

Prima della riforma del 1994, la medesima disposizione (il comma 1 dell'art. 827 c.p.c.) parimenti contemplava un *elenco limitato di mezzi di impugnazione*, come emergeva dall'utilizzo dell'avverbio "soltanto" anteposto ai rimedi, da un

⁴⁷² In favore dell'ammissibilità del regolamento anche avverso il lodo con cui l'arbitro pronuncia sulla propria *potestas iudicandi* v. V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli 1964, 844; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano 1988, 235 ss.; A. LEVONI, *La pregiudizialità nel processo arbitrale*, Torino 1975, 140 ss.; G. NICOTINA, *Arbitrato rituale e giurisdizione*, Milano 1990, 109 ss.; M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, in *Riv. arb.* 1996, 239; S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, cit., 277 ss. A favore dell'esperibilità di tale rimedio anche in arbitrato, ma più in una prospettiva *de iure condendo* è C. CAVALLINI, *L'arbitrato rituale*, cit., 151 ss., per il quale: "(...) una congrua soluzione *de lege ferenda* dovrebbe essere quella di ampliare direttamente l'ambito degli strumenti di impugnazione del lodo con il regolamento necessario di competenza, da esperirsi avverso una pronuncia declinatoria della *potestas iudicandi* degli arbitri in favore dell'a.g.o.". Già S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Milano 1971, 210, come visto, qualche decennio prima, riteneva che all'ammissibilità del regolamento di competenza in arbitrato si potesse giungere "per ragioni pratiche", pur negando che la nozione di "competenza" c'entrasse qualcosa con l'arbitrato e ritenendo l'esperibilità del regolamento di competenza, sul piano teorico, "insostenibile".

⁴⁷³ In tal senso v. S. BOCCAGNA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 448; S. BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, cit., 326; in tal senso anche, pur con qualche dubbio, E. ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 2005, 273. Altra parte della dottrina ritiene si tratti di modifica meramente formale, inidonea ad incidere sulla tassatività dell'elenco dei rimedi impugnatori contenuto nell'art. 827 c.p.c.: così S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 388; ID., *Impugnazioni del lodo rituale*, in *Riv. arb.* 2005, 845; C. PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, 2^a ed., Torino 2010, 253; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 3^a ed., Torino 2010, 168. In giurisprudenza v., in tale ultimo senso, Cass. 7 novembre 2012, n. 19268.

lato, dell'impugnazione per nullità e, dall'altro, della revocazione. Stando alla lettera della norma, l'opposizione di terzo avverso il lodo avrebbe dovuto essere risolutamente esclusa dal novero dei rimedi impugnatori utilizzabili. Eppure, una consistente parte della dottrina riteneva detto mezzo ciononostante applicabile, al fine di non incorrere in inaccettabili aporie logico-sistematiche e in incongruenze pratico-applicative⁴⁷⁴. Val la pena di riportare le incisive espressioni utilizzate in proposito da Ricci, per il quale se: "(...) apposite norme vietassero l'opposizione contro il lodo, consentendola contro la decisione sul gravame, *l'interprete non riuscirebbe a sorreggere una tale disciplina con plausibile ratio*: sarebbe invece necessario rassegnarci ad un punto oscuro del diritto positivo. *Ma per fortuna niente obbliga a fornire del jus quo utimur una descrizione irragionevole*; e poiché la situazione del terzo non è diversa, secondo il grado della decisione, dall'opponibilità della sentenza sul gravame *deve ricavarsi a fortiori l'opponibilità del lodo*"⁴⁷⁵.

Ma gli esempi di dati testuali "fallaci", sconfessati dalla prassi applicativa, non mancano.

Ad esempio, l'art. 46 c.p.c. esclude dalla lista dei provvedimenti impugnabili con lo strumento del regolamento di competenza "soltanto" le sentenze dei conciliatori, senza alcun cenno espresso al lodo arbitrale, né alcun richiamo, rinvio o menzione della norma di cui al comma 1 dell'art. 827 c.p.c. Stando a questa disposizione, dunque, si dovrebbe concludere che, al di là dell'espressa preclusione all'esperibilità del regolamento avverso le sentenze dei conciliatori, *nessun altro ostacolo sussista all'utilizzo generalizzato* (dunque anche in arbitrato) di quello strumento impugnatorio.

Ancora, se, da un lato, è vero che il comma 1 dell'art. 827 c.p.c. non menziona il regolamento di competenza tra i mezzi esperibili avverso il lodo arbitrale, dall'altro va osservato che l'art. 819 *ter*, comma 2 c.p.c., tra gli articoli dei cui corrispondenti normativi esclude espressamente l'applicabilità ai rapporti arbitro-giudice statale (artt. 44, 45, 48, 50 e 295 c.p.c.), non menziona gli artt. 42 e 43 c.p.c., la cui mancata espressa esclusione potrebbe implicare, adottando l'approccio letterale suggerito nell'interpretazione del comma 1 dell'art. 827 c.p.c., una loro *implicita applicabilità* nell'ambito di quei rapporti.

Ma si pensi anche, per rimanere alla dimensione puramente letterale, alla formula utilizzata dallo stesso art. 42 c.p.c., che esordisce con l'espressione: "L'ordinanza che, pronunciando sulla competenza anche ai sensi degli articoli 39 e 40

⁴⁷⁴ A favore dell'applicazione del rimedio dell'opposizione di terzo avverso il lodo, nonostante il tenore letterale in senso contrario dell'art. 827 c.p.c., erano M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 261; E. FAZZALARI, *Le difese del terzo rispetto al lodo rituale*, in *Riv. arb.* 1992, 616 ss.; C. PUNZI, *Arbitrato*, voce, *Enc. giur. Treccani*, Roma 1988, 26 ss.; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano 1988 588.

⁴⁷⁵ E. F. RICCI, *Il lodo rituale di fronte a terzi*, in *Riv. dir. proc.* 679.

(...)”, quando è notorio che, a differenza di quanto disponeva il codice del 1865, l’attuale codice di rito prevede che la pronuncia dell’ordinanza, con cui il giudice adito per secondo dichiara la litispendenza, *prescinde del tutto da una preliminare verifica della sussistenza o meno della competenza* (del secondo, ma anche del primo giudice).

È in ogni caso sul piano sistematico che riteniamo siano ravvisabili i più solidi appigli per giustificare il ricorso allo strumento del regolamento di competenza *anche in arbitrato*.

In primo luogo, si tratta di uno strumento dalla portata generale, che rappresenta “IL” rimedio per definizione rispetto a tutte le pronunce dell’ordinamento aventi ad oggetto questioni *lato sensu* di “competenza”, salva espressa disposizione in senso contrario⁴⁷⁶. Da questo punto di vista, il suo mancato espresso richiamo nell’ambito della normativa che regola l’arbitrato, che invece fa riferimento in più occasioni alla categoria della competenza, cui sarebbero da ricondurre i rapporti tra arbitri e giudici statali, potrebbe semplicemente significare che non vi sono eccezioni, *anche con riferimento al lodo arbitrale*, rispetto alla regola generale secondo cui le statuizioni aventi ad oggetto questioni di (o comunque in materia di) competenza sono sempre censurabili con il rimedio tipico *ratione materiae*, i.e. il regolamento di competenza⁴⁷⁷.

In secondo luogo, risulta del tutto incomprensibile il trattamento differenziato, sotto il profilo impugnatorio, riservato, rispettivamente, alla decisione del giudice statale e a quella dell’arbitro, vertenti esattamente, né più né meno, sulla stessa questione; tanto più che la premessa, ribadita sia dall’art. 817 c.p.c. (*ex parte arbitratus*), sia dall’art. 819 *ter* c.p.c. (*ex parte iudicium*), è che il rapporto intercorrente tra i due plessi ordinamentali è proprio della tipologia rispetto alla quale il regolamento si pone come strumento di controllo e garanzia⁴⁷⁸.

In terzo luogo, la soluzione qui propugnata parrebbe trarre un ulteriore argomento a supporto dall’esclusione, operata dall’art. 819 *ter* c.p.c., dell’applicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, dell’art. 48 c.p.c., che, al comma 1, recita: “*I processi relativamente ai quali è chiesto il regolamento di competenza sono sospesi dal giorno in cui è presentata l’istanza al cancelliere a norma dell’articolo precedente o dalla pronun-*

⁴⁷⁶ V. in tal senso V. ANDRIOLI, *Commento*, cit., 844 ss.

⁴⁷⁷ S. BOCCAGNA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell’arbitrato*, cit., 452. *Contra* L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, cit., 688, per la quale l’individuazione del regolamento di competenza quale mezzo d’impugnazione della sentenza resa dal giudice ordinario avrebbe portata eccezionale; in giurisprudenza, Cass. 7 novembre 2012, n. 19268.

⁴⁷⁸ S. BOCCAGNA, *L’impugnazione per nullità del lodo*, cit., 276; M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 260; G. NICOTINA, *Arbitrato rituale e giurisdizione*, Milano 1990, *passim*; G. SCHIZZEROTTO, *Dell’arbitrato*, cit., 236 e 239.

cia dell'ordinanza che richiede il regolamento". Su tale apparentemente bizzarra esclusione ci siamo soffermati in precedenza, evidenziando come essa risulti appunto di non agevole spiegazione se riferita al regolamento di competenza proposto contro la sentenza resa dal giudice ordinario, mentre acquisti una sua ragionevolezza ove riferita all'utilizzo del regolamento di competenza *nell'ambito del procedimento arbitrale*⁴⁷⁹. Adottando questa prospettiva, si diceva, ne deriverebbe una conclusione (la non applicabilità della sospensione *del giudizio arbitrale*, mentre pende il giudizio di regolamento di competenza) in linea con il principio della tendenziale reciproca impermeabilità dei giudizi arbitrale e statale che già emerge dal combinato disposto degli artt. 817 (comma 2) e 819 *ter* (comma 1) c.p.c. e, quantomeno con riferimento alle ipotesi della sospensione, dall'art. 819 *bis* c.p.c.

In quarto luogo, nell'ambito di rapporti *lato sensu* ascrivibili alla categoria della competenza, non è pensabile che l'accesso alla Corte di Cassazione, l'organo per antonomasia regolatore dei conflitti di competenza, risulti così sbilanciato, in termini di facilità e rapidità, in favore di uno solo dei due organi in conflitto, a detrimento dell'altro, soprattutto alla luce del fatto che l'ordinamento dimostra di considerare *equivalente e fungibile* la funzione svolta da quei due organi, senza alcuna gerarchia istituzionale o valoriale che possa comportare deviazioni rispetto a questo allineamento. D'altra parte la deferenza che l'uno e l'altro organo dovranno avere nei confronti della statuizione di quell'organo regolatore sarà la medesima, in ragione dell'efficacia pan-processuale della decisione della Corte in sede di regolamento⁴⁸⁰.

Insomma, ragionando sia sul dato testuale delle norme rilevanti, sia in una prospettiva sistematica, e tenendo altresì conto di alcuni principi generali che governano il sistema giustizia del nostro ordinamento, riteniamo che anche avverso il lodo arbitrale che pronunci sulla "competenza" dell'arbitro la parte interessata dovrebbe poter esperire lo strumento del regolamento di competenza. In particolare, detta esperibilità dovrebbe poter essere predicata avverso la decisione con cui l'arbitro decida esclusivamente sulla propria "competenza", affermandola; si tratterà, in tal caso, di regolamento di competenza *necessario*, in quanto azionabile avverso una decisione avente come unico suo oggetto la questione di "competenza".

Così "fondata" la proponibilità di questo rimedio, il suo pratico utilizzo (in particolare, la sua esperibilità anche nei confronti di decisioni non definitive su

⁴⁷⁹ Così S. BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, cit., 327. Così anche G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino 2006, 21.

⁴⁸⁰ Così S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, cit., 279; M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 262. Nel senso che alla decisione della Corte regolatrice dovrebbe riconoscersi la stessa efficacia pan-processuale che l'art. 310 c.p.c. riconosce alle pronunce sulla competenza V. S. BOCCAGNA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 451.

questioni) dovrà essere desunto soprattutto dalle norme che lo disciplinano in generale, non, invece, da norme equivoche, lacunose e contraddittorie collocate in tutt'altra parte del codice di rito⁴⁸¹.

15.1.2.3. *Problemi di coordinamento tra l'esperibilità del regolamento di competenza ed i motivi di impugnazione per nullità del lodo di cui all'art. 829 c.p.c.*

Si è avuto modo di accennare, in precedenza, al principio di conversione delle cause d'incompetenza degli arbitri in motivi di nullità del lodo, tradizionalmente addotto dai critici della tesi qui accolta per chiudere le porte all'utilizzo del regolamento di competenza in ambito arbitrale⁴⁸².

In base a tale principio, *qualunque censura potenzialmente invocabile* in relazione alla *potestas iudicandi* arbitrale (invalidità o inefficacia della convenzione di arbitrato; irregolare costituzione del tribunale arbitrale; esorbitanza delle conclusioni delle parti; lodo pronunciato dopo la scadenza del termine stabilito; lodo contrario ad altro precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti; decisione della controversia in ogni altro caso in cui *il merito non poteva essere deciso; conclusione del procedimento arbitrale senza una decisione sul merito della lite*, quando questo doveva invece essere deciso dagli arbitri) dovrebbe essere fatta valere attraverso i motivi di impugnazione per nullità delineati dal legislatore del 2006 all'art. 829 c.p.c., pena, altrimenti, la cristallizzazione della decisione viziata⁴⁸³.

Ora, non è certo intenzione di chi scrive, una volta riconosciuto uno spazio e un ruolo al regolamento di competenza in ambito arbitrale, *mettere fuori gioco* l'operatività del rimedio dell'impugnazione per nullità del lodo, precludendo *tout court* alle parti l'accesso alla Corte d'appello per far valere, avverso un lodo arbitrale, i motivi di censura attinenti alla *potestas iudicandi* dell'arbitro codificati dall'art. 829 c.p.c. Tuttavia è innegabile che, pur nella oggettiva diversità strutturale e funzionale dei due rimedi, vi sia una potenziale sovrapposizione del rispettivo ambito di applicazione, alla luce del fatto che, appunto, molte delle censure

⁴⁸¹ Così anche M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, in *Riv. arb.* 1996, 260 ss.; S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, cit., 275 ss. In passato, in questo senso v. V. ANDRIOLI, *Commento*, cit., 844; G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, 3ª ed., Milano 1988, 236 ss.

⁴⁸² Su tale principio v., da ultimo, F. TOMMASEO, *Le impugnazioni del lodo arbitrale nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. arb.* 2008, 212. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass. 30 gennaio 1995, n. 1079; Cass. 24 settembre 1996, n. 8407; Cass. 9 ottobre 1987, n. 7513. Per il passato v. Cass. 20 maggio 1969, n. 1752.

⁴⁸³ M. BOVE, *La giustizia privata*, 4ª ed., cit., 213 ss., che individua nel motivo di cui al n. 4 del comma 1 dell'art. 829 c.p.c. una sorta di "clausola di salvaguardia"; E. OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri*, cit., 121 ss.; Cass. 7 novembre 2012, n. 19268.

deducibili nell'ambito dell'uno sono, in linea di principio, deducibili anche nell'ambito dell'altro.

Ciò detto, l'argomento della *contiguità* tra i due rimedi o, financo, della loro potenziale sovrapposizione, non è ostativo ad ammettere che in un ordinamento possano coesistere ed operare entrambi, dato che lo stesso pacificamente avviene in seno all'ordinamento giudiziario statale e nei rapporti tra giudici ordinari con riferimento al rapporto tra regolamento di competenza e impugnazioni ordinarie (appello e ricorso per cassazione)⁴⁸⁴. La possibilità, cioè, di devolvere alla cognizione del giudice del gravame le contestazioni attinenti alla competenza di un giudice di prime cure che abbia pronunciato una sentenza non definitiva di merito, oppure la sentenza di merito che abbia chiuso il giudizio, non rende improponibile (nella sua versione "facoltativa") il regolamento di competenza, che pur potendo avere ad oggetto, per quanto attiene alla competenza del giudice di primo grado, le medesime censure che sarebbero deducibili nel giudizio di appello, mantiene, rispetto a quest'ultimo, un diverso ambito di applicazione, con condizioni e presupposti suoi propri. Insomma, in tali casi, anche se l'incompetenza del giudice ordinario si risolve in un motivo di gravame, essendo pertanto suscettibile di censura tramite il giudizio di appello, ciò non esclude l'impugnabilità della sentenza con *un altro rimedio concorrente*, il regolamento (facoltativo) di competenza⁴⁸⁵.

Per quanto attiene alla questione della *potestas iudicandi* arbitrale in relazione ad una convenzione di arbitrato, si tratterebbe, dunque, molto prosaicamente, di individuare un criterio di reciproco coordinamento tra regolamento di competenza e impugnazioni "ordinarie" (appello e ricorso per cassazione per quanto riguarda il giudizio statale; impugnazione per nullità del lodo, per quanto riguarda il giudizio arbitrale).

Con riferimento al giudizio statale, ad esempio, autorevole dottrina ha individuato quale discrimine per l'esperibilità, rispettivamente, delle impugnazioni ordinarie e del regolamento di competenza, *l'ambito della cognizione del giudice*, ipotizzando l'impugnabilità della pronuncia resa sul patto compromissorio con rego-

⁴⁸⁴ V., invece, C. DELLE DONNE, *Sub art. 817 c.p.c.*, in P. COMOGGIO, C. CONSOLO, B. SASANI, R. VACCARELLA (a cura di), *Commento*, cit., 522 ss., la cui contrarietà all'immediata impugnabilità del lodo che pronunci sulla *potestas iudicandi* degli arbitri mediante il regolamento di competenza si fonda anche sull'analitica disposizione di cui all'art. 829 c.p.c. e, in particolare, sui numerosi motivi di impugnazione ivi indicati, che sottrarrebbe qualsiasi spazio applicativo al regolamento. In passato già R. VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 535 riteneva che, in assenza di una previsione esplicita, ammettere il regolamento di competenza avrebbe implicato o il "mutilare" sensibilmente l'impugnazione per nullità o l'insorgere di un dubbio concorso di mezzi d'impugnazione destinati a far valere il medesimo vizio.

⁴⁸⁵ Cass. 3 settembre 1998, n. 8739, in *Foro it.* 1998, I, 2762.

lamento *necessario* di competenza tutte le volte in cui il giudice si sia limitato a conoscere della questione come mera eccezione e, invece, con le impugnazioni ordinarie (appello e ricorso per cassazione), ogniqualvolta le parti abbiano formulato domanda di accertamento incidentale⁴⁸⁶. Secondo una diversa ricostruzione, tuttavia, la pronuncia, *anche sul merito*, legittimante la proposizione del regolamento facoltativo, non sarebbe quella avente ad oggetto una porzione della lite dedotta in giudizio, quanto piuttosto quella avente ad oggetto la validità o efficacia della convenzione arbitrale in contestazione⁴⁸⁷. Su questi profili ci siamo già soffermati in precedenza, escludendo che l'individuazione del rimedio esperibile dipenda dalla *tonalità decisoria* della pronuncia giudiziale.

Con riferimento al giudizio arbitrale, il criterio che, in linea di principio, riteniamo di adottare per discriminare tra impugnazione con regolamento di competenza e impugnazione per nullità del lodo, consiste – in linea con l'impostazione generale sin qui seguita (e altresì nella convinzione che possa rappresentare un elemento di equità, chiarezza ed efficienza) – nella distinzione (già adottata, da un lato, per fondare l'efficacia extraprocessuale e vincolante della decisione sulla competenza arbitrale e, dall'altro, per distinguere una decisione idonea ad essere impugnata *immediatamente* da una impugnabile solo insieme al merito) tra decisione sulla questione contenente un *accertamento idoneo a fare definitivamente stato*, anche al di fuori del giudizio arbitrale e decisione (sulla medesima questione) *adottata ai soli fini della risoluzione della questione di competenza* per la prosecuzione di quello specifico processo.

Solo nel primo caso le parti dimostrano l'intenzione che venga fatta chiarezza, *una volta per tutte*, sulla questione (verosimilmente in vista o al fine di poter invocare una statuizione definitiva sulla questione per contestare la legittimità di altre procedure, già pendenti o *instaurande* davanti ad altri organi) e, a questo fine, l'utilizzo dello strumento del regolamento di competenza, unito all'immediata impugnabilità della decisione, ci pare la soluzione più acconcia. Invero, la parte si rivolge direttamente all'organo che, nell'ordinamento, è investito della funzione di regolare in via definitiva la questione della competenza, devolvendo alla sua cognizione piena, direttamente e senza filtri, la questione della *potestas iudicandi* dell'arbitro, al fine di ottenere, in tempi rapidi, una statuizione che faccia parimenti stato per i giudici statali e gli arbitri, al termine di un (generalmente celere) solo grado di giudizio.

Nel secondo caso, invece (decisione sulla questione *adottata ai soli fini della risoluzione della questione di competenza* per la prosecuzione di quello specifico processo), sia la proposizione dell'eccezione, sia la decisione avente ad oggetto la que-

⁴⁸⁶ Così G. VERDE, *Arbitrato e giurisdizione*, cit., 98.

⁴⁸⁷ G. VERDE, *Lineamenti*, cit., 26.

stione della *potestas iudicandi* dell'arbitro si inseriscono nel giudizio come uno dei tanti snodi processuali da risolvere in vista del definitivo componimento della lite. Il fatto che le parti non aspirino a risolvere una volta per tutte la questione (che questa sia per esse, in altri termini, un mero passaggio procedurale in vista dell'ottenimento di statuizioni, di merito o processuali, prioritarie rispetto a quella questione) dovrebbe rendere loro maggiormente accettabile la necessità di attendere lo svolgimento di due gradi di giudizio prima che venga detta la parola fine su di essa (salva, ovviamente, l'acquiescenza ostativa all'ulteriore giudizio impugnatorio rispetto a quello per nullità del lodo, che potrebbe consistere, a seconda delle ricostruzioni cui si ritenga di accedere con riferimento all'oggetto del giudizio dell'impugnazione per nullità del lodo – su cui si veda il paragrafo successivo –, *alternativamente* nel regolamento di competenza, o nel ricorso per cassazione).

Tale impostazione ci pare si attagli bene, per cominciare, al caso, che in precedenza avevamo definito “critico” nell'ambito delle svariate decisioni arbitrali sulla questione della “competenza” dell'arbitro, *della decisione non definitiva ed affermativa di quest'ultima*. Trattandosi di decisione vertente *esclusivamente sulla “competenza”* (alla luce dell'impostazione da noi seguita, che rifiuta di considerare “decisione sul merito” la contestuale valutazione, da parte dell'arbitro – onde decidere della sussistenza o meno del proprio potere decisorio – di profili *lato sensu* meritali, quali la esistenza, validità ed efficacia della convenzione di arbitrato, per il solo fatto di attenere ad un atto negoziale), non si pone il problema del diverso ambito di applicazione, da un lato, dei due regolamenti (necessario e facoltativo) di competenza e, dall'altro, dell'impugnazione per nullità del lodo, sussistendo l'alternativa unicamente tra quest'ultimo rimedio e uno solo dei regolamenti (quello necessario), rispetto al quale il criterio da noi indicato (mera cognizione v. accertamento con efficacia piena della questione) dovrebbe poter trovare piena applicazione, senza ulteriori complicazioni.

Ma la stessa conclusione ci pare possa tuttavia essere altresì predicata per il lodo declinatorio, con cui cioè l'arbitro pronuncia bensì esclusivamente sulla propria *potestas iudicandi*, ma in senso negativo. Anche in tal caso l'alternativa si pone unicamente tra regolamento *necessario* di competenza e impugnazione per nullità del lodo e l'opzione per l'uno o per l'altro rimedio dipenderà dalla summenzionata *tonalità decisoria* della pronuncia arbitrale⁴⁸⁸.

⁴⁸⁸ Per S. BOCCAGNA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 450; S. BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, cit., 328, il motivo di nullità di cui al numero 10 dell'art. 829 c.p.c. sarebbe comunque invocabile in tutti quei casi in cui l'omessa decisione di merito sia dettata da ragioni diverse dall'incompetenza. Una diversa prospettiva del regime impugnatorio del lodo declinatorio è offerta da alcuni autori che pur si muovono nell'alveo tradizionale dell'impugnazione per nullità come unico rimedio avverso il lodo che pronuncii sulla competenza degli arbitri. Per S. LA CHINA,

Nel caso, infine, di pronunce sulla *potestas iudicandi* dell'arbitro adottate *assieme a statuizioni sul merito* (si tratti di lodi parziali di merito, che non definiscono il giudizio, o di lodi definitivi che, oltre a statuire sul merito della lite, concludono il giudizio), l'alternativa si porrà unicamente tra regolamento *facoltativo* ed impugnazione di nullità del lodo e, di nuovo, il discrimine sarà rappresentato dal contenuto di accertamento della decisione sulla questione della *potestas iudicandi* dell'arbitro. Rispetto al caso del rapporto tra regolamento necessario ed impugnazione per nullità, si sarebbe qui di fronte ad una leggera 'forzatura' interpretativa, consistente nel fatto che la "facoltatività" del regolamento sarebbe in realtà *necessitata*, in quanto ancorata alla sussistenza di una condizione oggettiva (l'avvenuta pronuncia, anche sulla porzione della decisione relativa alla *potestas iudicandi* dell'arbitro, con efficacia di accertamento pieno).

Ciò detto, una tale impostazione ci pare consenta, da un lato, di "riequilibrare" giudizio arbitrale e giudizio statale sotto il profilo del trattamento (paritario) in sede di impugnazione delle decisioni sulla questione della "competenza" arbitrale e, dall'altro, di garantire comunque, in entrambi i casi, una revisione a cognizione piena, da parte del giudice dello stato, della questione decisa in prime cure.

Infatti, sia in sede di regolamento (come visto in precedenza, trattando dell'oggetto della cognizione del giudice dell'impugnazione a proposito delle decisioni del giudice statale), sia nel contesto dell'impugnazione per nullità del lodo, la cognizione del giudice dell'impugnazione sarà piena e verterà direttamente sulla questione della *potestas iudicandi* dell'arbitro (e quindi della sussistenza o meno di un patto arbitrale valido ed efficace), non essendo limitata ad un controllo della correttezza dell'operato o della logicità o non contraddittorietà della motivazione⁴⁸⁹.

Del resto, per quanto concerne la cognizione della Corte d'appello, vertendosi in tema di questione di rito, il vizio consistente nella sua errata decisione è riconducibile alla categoria degli *errores in procedendo*, sicché la censura avanzata dalla parte istante non si limiterà a sottoporre al vaglio della Corte l'errata decisione

L'arbitrato: il sistema e l'esperienza, Milano 2011, 252, il lodo con cui gli arbitri si dichiarino incompetenti in ragione di un vizio che affligga la convenzione d'arbitrato sarebbe impugnabile ai sensi dell'art. 829, comma 3 c.p.c. per violazione delle regole di diritto sostanziale che presiedono alla formazione del negozio compromissorio. Per L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 829 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 906, il lodo erroneamente declinatorio dovrebbe essere impugnato comunque ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 1 c.p.c.

⁴⁸⁹ Oltre agli autori già citati nelle note che precedono e seguono, v. G. RUFFINI, S. BOCCAGNA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in M. BENEDETTI, C. CONSOLO, L. RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Padova 2010, 340 ss.; F.P. LUISO, B. SASSANI, *La riforma del processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Milano 2006, 299; F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.* 2005, 781, per il quale la questione di competenza verrebbe devoluta "vergine" alla cognizione della Corte d'appello. In tal senso v. già, Cass. 13 ottobre 1986, n. 5983.

degli arbitri circa la sussistenza del proprio potere decisorio, ma, in assoluto, la mancanza *tout court* di tale potere⁴⁹⁰.

L'unica differenza, che, come visto, è interamente riconducibile alla intenzione e condotta delle parti, è nella "reattività" del sistema rispetto alla verifica delle contestazioni delle parti sulla questione o, per dirla altrimenti, nella maggior o minor macchinosità del processo per pervenire ad una statuizione definitiva ed incontrovertibile su quella questione: nel caso della decisione arbitrale *con accertamento pieno*, si tratterà di superare uno scrutinio giudiziale che potremmo definire "rapido e concentrato" (il giudizio di regolamento), essendo caratterizzato dall'immediata azionabilità e dallo svolgersi in un unico grado di giudizio. Nel caso, invece, di una decisione arbitrale adottata *al solo fine della prosecuzione del processo*, lo scrutinio giudiziale sarà posticipato (impugnazione solo unitamente al lodo definitivo) e più macchinoso (due gradi di giudizio, il secondo potendo consistere, a seconda delle ricostruzioni cui si ritenga di accedere con riferimento all'oggetto del giudizio dell'impugnazione per nullità del lodo (su cui v. il paragrafo successivo), alternativamente, nel regolamento di competenza o nel ricorso per cassazione).

Tale articolazione tra esperibilità del regolamento (necessario o facoltativo) ed azionabilità dell'impugnazione per nullità del lodo, fondata sulla *diversa tonalità decisoria* della pronuncia arbitrale, non ha invece ragione d'essere nell'ambito del giudizio statale, ove, stante il chiaro ed inequivocabile dato normativo di cui al comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c., non s'è mai posto "il problema" dell'immediata impugnabilità della decisione giudiziale, risolto appunto positivamente in virtù del richiamo ivi contenuto agli artt. 42 e 43 c.p.c. D'altra parte, sarebbe stato difficile ipotizzare una sentenza, provvedimento tipicamente decisorio, che contenesse, come unico oggetto, una mera cognizione incidentale di una questione, alla luce anche del fatto che, nel sistema delineato dal legislatore, è sempre il giudice statale ad avere (*effettivamente*, in caso di esperimento dei mezzi impugnatori o, in caso di inutile decorso del termine per proporli, *solo virtualmente*) l'ultima parola sulla questione.

15.1.2.4. *Effetti dei giudizi impugnatori avverso il lodo che pronunci (solo o anche) sulla potestas iudicandi arbitrale (regolamento o impugnazione per nullità) e il problema dell'impugnazione della decisione resa dalla Corte d'appello adita ex art. 827 c.p.c.*

Una volta chiarito il rispettivo ambito di applicazione dei due rimedi impu-

⁴⁹⁰ S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 390; E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, cit., 97; M. BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, cit., 366; F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.* 2005, 782.

gnatori esperibili avverso il lodo arbitrale che pronunci separatamente, ed affermativamente, sulla *potestas iudicandi* degli arbitri, e altresì avverso le altre pronunce arbitrali che contengano *solo* o *anche* statuizioni sulla “competenza”, andiamo ad indagare a quali esiti possono condurre l’uno e l’altro.

Per quanto riguarda il regolamento di competenza, non v’è che da richiamare quanto esposto in precedenza con riferimento all’impugnazione, con detto strumento, della decisione del giudice statale con cui questi affermi o neghi la sussistenza del proprio potere decisorio in relazione ad una convenzione di arbitrato. Invero, sotto il profilo dell’oggetto della cognizione della Suprema Corte, questo consisterà nell’esame *diretto* della questione della sussistenza o meno della *potestas iudicandi* arbitrale e, dunque, della esistenza di una convenzione arbitrale valida ed efficace, non, invece, in un controllo dell’operato dell’arbitro e, in particolare, della logicità e non contraddittorietà della sua motivazione⁴⁹¹. Quanto al sindacato svolto dalla Cassazione, come già visto in relazione a quello svolto sulla sentenza pronunciata dal giudice statale, da un lato la sua cognizione non sarà limitata alle censure mosse dalle parti, ma si estenderà ad *ogni profilo reputato rilevante* per l’esercizio del potere di definitiva individuazione dell’organo competente e, dall’altro, in quanto giudice anche del “fatto”⁴⁹², la Suprema Corte valuterà *direttamente* ed *autonomamente*, senza essere cioè in alcun modo influenzata o condizionata dalle valutazioni compiute, in precedenza, dall’arbitro, la convenzione arbitrale, per determinarne esistenza, validità ed efficacia, nonché la compromettibilità della controversia.

Quanto agli effetti del giudizio impugnatorio instaurato tramite regolamento di competenza, non ci sarebbero differenze sostanziali rispetto a quelli già illustrati in relazione all’impugnazione del giudice dello Stato. E quindi, ragionando per analogia, al pari della decisione resa dal giudice statale in prime cure, anche il lodo potrà essere *confermato* o *annullato* (integralmente o anche solo parzialmente). In entrambi i casi, alla decisione resa dalla Cassazione in sede di regolamento sarebbe ricollegata non solo l’efficacia di determinare la sorte dell’arbitrato – sotto il profilo dell’impediente o condizionante presupposto processuale della “competenza” – da cui è originata l’istanza di regolamento, ma altresì l’efficacia di indivi-

⁴⁹¹ Così anche S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 188.

⁴⁹² V. P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Vol. II, Torino 1920, 272 ss.; A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, Torino 2005, 870 ss.; G. BALENA, *Questioni processuali e sindacato del ‘fatto’ in cassazione*, in *Giusto proc. civ.* 2012, 842, nota a Cass. S.U. 22 maggio 2012, 8077, secondo cui: “Quando col ricorso per cassazione è denunciato un vizio comportane la nullità della sentenza impugnata o del procedimento (...) il giudice di legittimità non deve limitarsi a vagliare la sufficienza e la logicità della motivazione con cui quello di merito ha statuito sul punto, ma ha il potere di esaminare e valutare direttamente gli atti e i documenti sui quali il ricorso si fonda, purché la censura sia stata ritualmente formulata”.

duare *una volta per tutte, e per tutto l'ordinamento*, l'organo, giurisdizionale o arbitrale, competente a conoscere il merito della lite.

Nello specifico, ove la Cassazione dovesse "cassare" il lodo con cui l'arbitro, previo accertamento dell'insussistenza di un valido patto arbitrale, avesse declinato la propria competenza, il giudizio di rinvio avrà funzione *lato sensu* "restitutoria", potendo riprendere dinanzi all'arbitro *a quo* in base a quanto disposto dall'art. 49 c.p.c. (secondo cui: "[c]on l'ordinanza la Corte di cassazione statuisce sulla competenza, dà i provvedimenti necessari per la prosecuzione del processo davanti al *giudice* che dichiara competente e rimette, quando occorre, le parti in termini affinché provvedano alla loro difesa"). Tale norma, infatti, risulterebbe applicabile per analogia anche all'arbitrato, non figurando, tra l'altro, tra quelle menzionate dal comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c. (delle cui norme corrispondenti viene esclusa l'applicazione ai rapporti arbitro-giudice). In tal caso, l'arbitrato potrebbe proseguire a partire dal punto in cui si trovava quando è stato proposto il regolamento di competenza *semplificamente previa riassunzione della causa* (non essendo necessaria la riproposizione tramite nuovo atto introduttivo *ad instar* del modello che abbiamo individuato come "corrispondente" all'art. 50 c.p.c. per regolare i rapporti arbitro-giudice, dal momento che, nel caso di specie, *si tratterebbe dello stesso processo che prosegue dinanzi al medesimo organo adito in precedenza*). Come già visto a proposito del giudizio statale, infine, ove il lodo impugnato non si sia limitato a pronunciare sull'*exceptio compromissi*, ma abbia in precedenza statuito, in via definitiva, anche sul merito della lite, la decisione della Cassazione consentirebbe la ripresa del decorso del termine per la proposizione dell'impugnazione per nullità del lodo definitivo.

Ove, invece, il regolamento di competenza porti alla "cassazione" del lodo erroneamente affermativo della sussistenza della *potestas iudicandi* dell'arbitro, si avrà una sorta di *cassazione senza rinvio*, con il travolgimento di eventuali susseguenti statuizioni di merito (dato che il rigetto, in sede arbitrale, della eccezione di carenza di *potestas iudicandi* dell'arbitro ben può accompagnarsi a una decisione, di merito, di accoglimento o rigetto di alcune delle domande proposte) e l'accertamento definitivo e vincolante *dell'improcedibilità dell'azione in sede arbitrale*. Alla parte che intenda ottenere tutela dei propri diritti, non rimarrà altra opzione che rivolgersi al giudice statale, attraverso, in questo caso sì, un atto di *riproposizione* della domanda (ossia un nuovo atto introduttivo), secondo il modello che abbiamo in precedenza individuato come "corrispondente" all'art. 50 c.p.c., con la certezza, tuttavia, di poter conservare gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla domanda originaria.

In ogni caso, come già visto in relazione all'impugnazione della decisione del giudice statale, il pronunciamento della Cassazione metterebbe la parola fine, per

tutto l'ordinamento, alla disputa sull'allocazione della *potestas iudicandi* tra arbitro e giurisdizione statale⁴⁹³.

Specularmente a quanto già osservato in relazione al giudizio statale, la combinazione tra *pronuncia arbitrare separata sulla questione* (in via esclusiva o assieme al merito) e *impugnazione immediata della stessa* con uno strumento (il regolamento di competenza) caratterizzato da una generale efficienza e rapidità e, soprattutto, dal suo svolgersi in un unico grado, consentirebbe di pervenire in una fase tutto sommato ancora preliminare ad un coordinamento preventivo tra la procedura arbitrale e quella statale, fondato sulla possibilità di spendere, nel giudizio statale, la statuizione definitiva, incontrovertibile e vincolante sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, scongiurando così il rischio di un diniego di giustizia conseguente ad una eventuale nuova declinatoria da parte del giudice statale.

Quanto ai motivi per cui riteniamo che la statuizione della Corte abbia la forza del giudicato, incontrovertibile e vincolante nei confronti di ciascun altro giudice dell'ordinamento e degli arbitri, in relazione a tutti quei profili attinenti alla questione della *potestas iudicandi* arbitrale che potrebbero ripresentarsi identici pur se in relazione a controversie diverse quanto a *causa petendi* e *petitum*, rimandiamo alla trattazione sul punto riservata agli effetti dell'impugnazione con regolamento di competenza della decisione del giudice statale. Ivi abbiamo espresso le nostre perplessità circa la posizione di coloro che limitano, invece, l'efficacia pan-processuale della statuizione della Cassazione sulla convenzione arbitrale al caso in cui, in un momento successivo, in sede arbitrale o in sede ordinaria venga riproposta *una controversia identica, sotto il profilo oggettivo o sotto il profilo soggettivo*, a quella cui si riferisce la convenzione su cui la Suprema Corte si sia pronunciata⁴⁹⁴.

Nei casi in cui le parti decidano di esperire l'impugnazione per nullità del lodo ai sensi dell'art. 827 c.p.c., al fine di censurare una decisione dell'arbitro sulla propria "competenza", potranno comunque ottenere un riesame completo della questione, dato che i motivi di impugnazione di cui all'art. 829 c.p.c., con cui censurare, appunto, una decisione dell'arbitro sulla propria "competenza", non sono mai costituiti dall'allegazione di un'errata decisione degli arbitri sulla sussistenza del proprio dovere decisorio, ma dall'asserita mancanza *tout court* di quel potere.

Attraverso l'impugnazione, quindi, la questione verrà sottoposta direttamente

⁴⁹³ C. CAVALLINI, *L'arbitrato rituale*, cit., 151, anche se l'autore pare prospettare un simile risultato piuttosto *de iure condendo*.

⁴⁹⁴ In tal senso v. M. ACONE, voce *Regolamento*, cit., 16, per il quale: "(...) l'accertamento compiuto dalla Corte di cassazione, in quanto strumentale alla decisione sulla competenza, non sarebbe idoneo a provocare un giudicato sostanziale sul patto compromissorio"; G. VERDE, *Arbitrato e giurisdizione*, cit., 98.

al vaglio della Corte d'appello, senza che questa sia in alcun modo condizionata dalla precedente valutazione compiuta dagli arbitri e senza che debba rilevare *errores in iudicando* dell'arbitro, come passaggio necessario per decidere della questione⁴⁹⁵. Il punto è icasticamente sintetizzato da Luiso, per il quale: "(...) la sussistenza del potere di decidere è considerata questione di rito, e non di merito; dunque, aver deciso il merito senza averne il potere (o viceversa) è un *error in procedendo*; al contrario, non è un *error in iudicando* aver errato nel decidere di avere o non avere il potere di decidere il merito (...)"⁴⁹⁶.

Quanto all'esito ultimo del giudizio di nullità, nella sua formulazione originaria (pre-riforma del 1994) l'art. 830 c.p.c. prevedeva che: "il pretore, il tribunale o la Corte d'appello, quando accoglie l'impugnazione, dichiara con sentenza la nullità del giudizio arbitrale e della sentenza e, se la causa è in condizione di essere decisa, pronuncia sul merito". Nell'ambito di tale contesto normativo, la fase rescissoria *giudiziale* era l'evoluzione naturale e necessitata del giudizio di impugnazione. Il legislatore del 1994, tuttavia, prendendo spunto da un ben consolidato orientamento interpretativo, modificava il comma 2 dell'art. 830 c.p.c., prevedendo che le parti potessero sottrarre alla Corte d'appello il giudizio sul merito della controversia in relazione a tutti i casi di accoglimento dei motivi miranti, in un senso o nell'altro, a censurare la decisione degli arbitri sulla loro competenza o la competenza arbitrale *tout court* (non-arbitrabilità della controversia o inesistenza del patto compromissorio⁴⁹⁷; pronuncia arbitrale su domande non comprese nel patto compromissorio⁴⁹⁸; lodo erroneamente declinatorio⁴⁹⁹). La *ratio* di tale in-

⁴⁹⁵ In tal senso v. F.P. LUIO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma*, cit., 119; M. BOVE, *Il patto compromissorio rituale*, cit., 438 ss.; C. CAVALLINI, *L'arbitrato rituale*, cit., 146.

⁴⁹⁶ F.P. LUIO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma*, cit., 120. In quest'ottica, è senz'altro da censurare Cass. 21 settembre 2004, n. 18917, per quale (forse perché ancora sotto l'influsso dell'ideologia negozialista inaugurata dalla famosa decisione delle S.U. del 2000, n. 527): "(...) una volta che gli arbitri abbiano fissato, mediante l'interpretazione della clausola, l'ambito oggettivo di essa e, quindi, del loro potere decisorio, il relativo *dictum*, proprio in quanto ha previamente definito i 'confini' della clausola stessa, non è impugnabile per nullità ai sensi dell'art. 829 comma 1 n. 4 c.p.c. (per avere, cioè, 'pronunciato fuori dei limiti' del compromesso o della clausola compromissoria), bensì unicamente ai sensi del combinato disposto degli artt. 829 comma 1, n. 5 e 823, comma 2, n. 3 c.p.c., vale a dire nel solo caso in cui la motivazione sul punto in esame risulti radicalmente inidonea alla comprensione dell'*iter* logico-giuridico seguito dal collegio arbitrale o all'individuazione della *ratio decidendi* del lodo, ovvero, ai sensi dell'art. 829 comma 2 del codice di rito, per violazione o falsa applicazione delle regole ermeneutiche codicistiche".

⁴⁹⁷ Su cui v., per il passato, Cass. 18 dicembre 1973, n. 3433, in *Giust. civ.* 1974, I, 1112.

⁴⁹⁸ Su cui v., per il passato, Cass. 13 luglio 1954, n. 2453, in *Giur. it.* 1955, I, 1, 159, nt. R. VECCHIONE, *Questioni in tema di arbitrato*.

⁴⁹⁹ Cass. 11 febbraio 1998, n. 1413, ove si statuisce che l'accesso alla fase rescissoria postulereb-

novazione risiedeva nell'esigenza di evitare la perdita di un grado di giudizio, solo formalmente deciso dagli arbitri in prima battuta. In tutti questi casi, all'annullamento del lodo avrebbe fatto seguito la rimessione della controversia al giudice ordinario che, in primo grado, fosse stato competente a conoscere la lite.

Il legislatore della riforma del 2006 ha ribadito la scelta fatta dal suo predecessore, escludendo la necessità del rescissorio dinanzi alla Corte d'appello in relazione a tutti i casi di accoglimento dell'impugnazione per uno dei motivi attinenti alla *potestas iudicandi* degli arbitri (contemplati, rispettivamente, dai nn. 1, 2, 3, 4 e 10 del comma 1 dell'art. 829 c.p.c.). In tali casi, è lo stesso art. 830, comma 3 c.p.c. a stabilire che, alla (nuova) controversia da decidere nel merito, si dovrà fare applicazione della convenzione di arbitrato, salvo che sia stata proprio l'invalidità o inefficacia della convenzione a determinare la nullità del lodo.

Da tale architettura normativa è dunque lecito trarre le seguenti conclusioni: da un lato, ogniqualevolta, previo accertamento dell'inesistenza o dell'invalidità della convenzione di arbitrato, l'impugnazione venga accolta, il giudizio dovrà tornare al giudice ordinario competente⁵⁰⁰, facendo la decisione della Corte d'appello *stato* sulla invalidità o inefficacia della convenzione arbitrale⁵⁰¹; dall'altro lato, laddove, invece, la Corte d'appello annulli un lodo declinatorio, non si farà luogo ad alcuna fase rescissoria dinanzi alla Corte d'appello, dovendo la nuova controversia ritornare agli arbitri⁵⁰² (che potranno essere gli stessi che hanno pronunciato il lodo poi dichiarato nullo o giudici privati anche diversi⁵⁰³), i quali non potranno declinare a loro volta la propria "competenza", in quanto vincolati dall'accertamento, ormai incontrovertibile, del giudice dell'impugnazione circa la validità della convenzione arbitrale⁵⁰⁴.

be *sempre* la sussistenza di un lodo che, anche se nullo, promani comunque da arbitri muniti di *potestas iudicandi*.

⁵⁰⁰ Lo stesso dicasi per il caso di annullamento di un lodo ai sensi del motivo di cui all'art. 829, comma 1, n. 4 c.p.c., dato che le domande esorbitanti non potranno che essere riproposte dinanzi all'autorità giudiziaria. V. S. MENCHINI, *Impugnazioni*, cit., 870. E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, cit., 171; ID., *L'impugnazione per nullità del lodo esorbitante*, cit., 228, parla di natura squisitamente rescindente del motivo di cui all'art. 829, comma 1, n. 4 c.p.c., da cui discenderebbe un'ulteriore conferma del carattere meramente "processuale" del vizio con esso deducibile.

⁵⁰¹ E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale*, cit., 105; M.C. GIORGETTI, *Sub art. 830 c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, cit., 1942; MENCHINI, *Impugnazioni*, cit., 871 ss.; M. BOVE, *L'impugnazione*, cit., 47.

⁵⁰² V. E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale*, cit., 207; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 2007, 632; P.L. NELA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, cit., 1873.

⁵⁰³ Così M. BOVE, *L'impugnazione*, cit., 49; C. PUNZI, *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2007, 437.

⁵⁰⁴ Prima della riforma del 1994, all'annullamento del lodo declinatorio seguiva necessariamente

Sulle modalità con cui la controversia dovrebbe tornare agli arbitri, si registra un contrasto tra gli interpreti. Secondo alcuni, il carattere processuale del rimedio impugnatorio consentirebbe alla Corte di appello di fissare un termine per la costituzione del collegio arbitrale, osservando il quale le parti potrebbero far salvi gli effetti sostanziali e processuali prodotti dalla originaria domanda arbitrale⁵⁰⁵; secondo altri, non vi sarebbe alcun legame tra fase rescindente (declaratoria di nullità del lodo) e fase rescissoria, che potrebbe essere del tutto eventuale e della quale la Corte d'appello dovrebbe del tutto disinteressarsi⁵⁰⁶.

Un altro tema non poco controverso, infine, riguarda il mezzo con cui impugnare la decisione resa dalla Corte d'appello che, in sede di giudizio di nullità, abbia avuto ad oggetto (solo o anche) la questione della *potestas iudicandi* arbitrale, pronunciandosi su uno dei motivi attinenti a quest'ultima (dunque ai sensi dei nn. 1, 2, 3, 4, 8 o 10 dell'art. 829, comma 1 c.p.c.); se cioè sia esperibile il regolamento di competenza, oppure il ricorso per cassazione.

Prima della "svolta negoziale" delle S.U. dei primi anni 2000, la giurisprudenza era divisa. Per una parte, l'esperibilità del regolamento di competenza si giustificava⁵⁰⁷, da un lato, in base alla convinzione che la decisione resa dalla Corte d'appello in sede d'impugnazione del lodo avesse ad oggetto *una questione di competenza*, come tale suscettibile di essere contestata con il rimedio tipicamente esperibile avverso i provvedimenti sulla competenza⁵⁰⁸; dall'altro, in base al fatto che

te la rimessione della causa al giudice statale competente in primo grado: v. Cass. 18 dicembre 1973, n. 3433, salva stipula di un nuovo patto arbitrale. Nel regime delineato dalla novella del 1994, già in sede di stipula della convenzione arbitrale le parti potevano accordarsi nel senso che il giudizio rescissorio sarebbe stato devoluto alla cognizione degli arbitri; v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 2001, 515.

⁵⁰⁵ In tal senso v. G. RUFFINI, S. BOCCAGNA, *Sub art. 830 c.p.c.*, in M. BENEDETTI, C. CONSOLO, L. RADICATI, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, cit., 356.

⁵⁰⁶ In tal senso v. S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 234; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 830 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 2007, 712; M.C. GIORGETTI, *Sub art. 830 c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, cit., 1046.

⁵⁰⁷ V. Cass. 11 ottobre 1999, n. 11383; Cass. 1 aprile 1999, n. 3145, per la quale: "La sentenza della Corte d'appello, che dichiara la nullità del lodo arbitrale per difetto di una valida clausola compromissoria, e si astenga consequenzialmente dal decidere nel merito, essendo la domanda da proporsi al giudice di primo grado, integra una pronuncia *esclusivamente sulla competenza* e, pertanto, è impugnabile con il regolamento di competenza, non con il ricorso ordinario per cassazione (convertibile in regolamento di competenza solo se risulti osservato il termine di cui all'art. 47 c.p.c.)"; Cass. 16 dicembre 1992, n. 13263, per la quale: "Qualora la sentenza della corte di appello, pronunciata in sede di impugnazione per nullità del lodo arbitrale, venga censurata esclusivamente nella parte affermativa della competenza degli arbitri, l'impugnazione esperibile è il regolamento di competenza, ai sensi dell'art. 43 c.p.c., non il ricorso per cassazione (...)"; Cass. 16 novembre 1992, n. 13263.

⁵⁰⁸ In tal senso v. Cass. 15 settembre 2000, n. 12175; Cass. 3 settembre 1998, n. 8739; Cass.

l'esito dell'eventuale annullamento del lodo per accertata insussistenza del potere decisorio degli arbitri sarebbe consistito nella rimessione della causa all'organo competente in primo grado (non, invece, in una decisione sul merito della controversia). In ogni caso, la decisione della Corte di Cassazione avrebbe statuito in maniera definitiva sulla questione della competenza, individuando chi, giudice o arbitro, sarebbe stato competente a conoscere della controversia⁵⁰⁹.

Per un'altra parte della giurisprudenza, lo strumento impugnatorio avrebbe invece dovuto essere esclusivamente il ricorso per cassazione⁵¹⁰, in quanto, in ragione del principio di conversione delle cause d'incompetenza degli arbitri in motivi di nullità del lodo, l'oggetto del giudizio dinanzi alla Corte d'appello era ravvisabile non in una questione di competenza, ma nella questione della validità o meno del lodo arbitrale⁵¹¹. A quest'ultimo approdo giungeva anche la giurisprudenza della "svolta negoziale" (sull'assunto della natura di "merito" della questione risolta dalla Corte d'appello⁵¹²), favorevole all'esperibilità unicamente del ricorso per cassazione (ai sensi, alternativamente, dei nn. 3 o 5 del comma 1 dell'art. 360 c.p.c.).

Dopo la riforma del 2006, si può dire che la questione si sia riproposta più o

23 gennaio 1990, n. 354, in *Riv. arb.* 1991, 79, nt. G. MIRABELLI, *Regolamento o ricorso nell'impugnazione per incompetenza dell'arbitro*; Cass. 22 dicembre 1988, n. 7018; Cass. 21 luglio 1979, n. 4380; Cass. 13 dicembre 1969, n. 3981, in *Giur. it.* 1971, I, 1, 127, nt. SEGRÈ, *Commessione di cause e incompetenza di arbitri*, per il quale non rappresentava un ostacolo alla proposizione del regolamento di competenza avverso la decisione della Corte d'appello il fatto che quest'ultima avesse pronunciato sulla istanza di annullamento del lodo in base ai motivi riguardanti la *potestas iudicandi* degli arbitri, dal momento che: "(...) nell'art. 829 (...) sono elencati, accanto a vizi di forma, vizi di altra natura", tra cui rientrava: "(...) anche l'incompetenza degli arbitri", senza che la stessa si trasformasse in nullità, sì da non poter più essere considerata incompetenza e non dar luogo alla proposizione del regolamento di competenza. In dottrina, a favore di questa tesi, v. S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, cit. 275 ss.

⁵⁰⁹ Cass. 16 luglio 1953, n. 2329, in *Foro it.* 1954, I, 19, nt. V. ANDRIOLI.

⁵¹⁰ V. Cass. 1 giugno 1990, n. 5144, in *Foro it.* 1990, I, 2842.

⁵¹¹ Cass. 1 giugno 1990, n. 5154, in *Riv. arb.* 1991, 81, nt. G. MIRABELLI, *Regolamento o ricorso nell'impugnazione per incompetenza dell'arbitro*; Cass. 20 maggio 1969, n. 1752. In tal senso, in dottrina, v. M. BOVE, *Sul regime dell'eccezione di patto compromissorio rituale*, in *Riv. arb.* 2004, 250; ID., *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza di un patto compromissorio*, nt. Cass. 25 gennaio 1997, n. 781, in *Riv. arb.* 1997, 535 ss. e 546 ss.; R. MARENCO, *Inammissibilità del regolamento di competenza avverso il lodo rituale*, nt. App. Roma 9 marzo 1992, n. 677, in *Riv. arb.* 1992, 708; V. COLESANTI, *Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri*, nt. Cass. 27 luglio 1957, in *Riv. dir. proc.* 1958, 262.

⁵¹² V., *ex multis*, Cass. S.U. 6 luglio 2005, n. 14205, in *Giur. it.* 2006, 323; Cass. 18 maggio 2005, n. 10420, in *Riv. arb.* 2006, 469; Cass. 21 ottobre 2011, n. 21878 (che, benché pronunciata dopo la riforma del 2006, si riferiva comunque ad un contenzioso risalente al tempo della "svolta negozialista" delle Sezioni Unite).

meno negli stessi termini, avendo il legislatore ommesso di regolamentarla in maniera espressa e sussistendo appigli più o meno solidi per sostenere l'una e l'altra tesi.

Chi scrive ritiene tuttavia preferibile la tesi che esclude l'esperibilità del regolamento di competenza avverso la sentenza della Corte d'appello che abbia deciso (anche o solo) profili attinenti alla *potestas iudicandi* degli arbitri⁵¹³. Invero, pur se il legislatore non ha mancato di qualificare detta questione in termini di "competenza" e di limitare, di fatto, l'operatività del principio di conversione della censura dell'incompetenza degli arbitri in motivi di impugnazione per nullità del lodo⁵¹⁴, ci pare dirimente, *in senso ostativo* all'esperibilità del regolamento di competenza, il fatto che la Corte d'appello, quando decide sui motivi di impugnazione attinenti alla *potestas decidendi* dell'arbitro, di cui ai nn. 1 ss. del comma 1 dell'art. 829 c.p.c., *non decide mai sulla propria competenza* (ma, semmai, sulla sussistenza o meno della *potestas iudicandi* di *altri organi*, nello specifico, degli arbitri), come dimostra il fatto che la sua decisione si limita alla fase rescindente, senza mai procedere al rescissorio: una volta annullato il lodo per uno dei motivi attinenti alla *potestas decidendi* dell'arbitro, in altri termini, il merito dovrà essere dedotto e deciso nell'ambito di un nuovo giudizio statale di prime cure o arbitrale (a seconda del contenuto della decisione di annullamento).

Per questo non appare ragionevole applicare in via analogica, alla decisione della Corte d'appello, la norma di cui al comma 1 dell'art. 819 *ter* c.p.c. (secondo cui: "La sentenza, *con la quale il giudice afferma o nega la propria competenza* in relazione a una convenzione d'arbitrato, è impugnabile a norma degli articoli 42 e 43"), dato che, sebbene essa non distingua tra giudice di primo grado e giudice di secondo grado⁵¹⁵, la sua collocazione sistematica e la sua formulazione letterale paiono rimandare unicamente alla decisione del giudice di prime cure e ai suoi rapporti con l'arbitro⁵¹⁶.

⁵¹³ In tal senso v. anche L. SALVANESCHI, *Sub art. 830 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit. 690; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, 2^a ed., cit., 595.

⁵¹⁴ Da cui discenderebbe, da un lato, il depotenziamento del possibile ostacolo rappresentato dall'asserita tassatività dei mezzi di impugnazione del lodo di cui all'art. 827 c.p.c., che andrebbe unicamente riferita alla pronuncia resa dagli arbitri, ad esclusione della decisione resa, avverso quella pronuncia, dal giudice statale d'appello; dall'altro, l'equiparazione, sotto il profilo dell'oggetto del giudizio, delle decisioni del giudice statale (rese, rispettivamente, in prime cure sulla convenzione arbitrale e in sede di impugnazione per nullità avverso la pronuncia arbitrale), individuato in entrambi i casi nella risoluzione di una questione di "competenza".

⁵¹⁵ Argomento invocato da chi è invece favorevole all'esperibilità del regolamento di competenza, per cui il capo della decisione della Corte d'appello che si pronuncia, attraverso il filtro dei motivi di cui ai nn. 1, 2, 3, 4, 8 e 10 del comma 1 dell'art. 829 c.p.c., sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale, sarebbe impugnabile, a seconda dei casi, tramite il regolamento di competenza necessario o facoltativo V., in tal senso, S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 391.

⁵¹⁶ In questo senso v. anche L. SALVANESCHI, *Sub art. 830 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di),

Questa impostazione, d'altra parte, ci pare maggiormente in linea con l'inquadramento (secondo noi corretto) del giudizio di nullità del lodo dinanzi alla Corte d'appello in termini di *giudizio in unico grado avente ad oggetto la validità del lodo arbitrale* e con la conseguente qualificazione in termini di *decisione di merito, sebbene su oggetto processuale*, della decisione della Corte d'appello che, in accoglimento di uno dei motivi, annulli il lodo⁵¹⁷. Da un'altra prospettiva, la pronuncia della Corte d'appello che conferma o annulla un lodo non è, in sé, tecnicamente, *una pronuncia di rito rispetto al merito (seppur processuale) del giudizio di impugnazione* (attinente, cioè, ai presupposti processuali o alle condizioni di decidibilità dell'impugnazione), quanto, piuttosto, *di merito*, sebbene di un merito particolare, nella misura in cui *si sostanzierebbe di un contenuto processuale*, coincidente, appunto, con la questione della validità o nullità di un lodo arbitrale, esaminata alla luce dei motivi di doglianza di cui all'art. 829 c.p.c. Rispetto ad essa, la valutazione avente ad oggetto il patto arbitrale si configurerebbe dunque, al più, quale *motivo portante della decisione*, che continuerebbe, tuttavia, ad avere contenuto ed oggetto *diversi* da quelli di cui alla summenzionata valutazione. A sua volta, oggetto della cognizione e decisione della Corte di Cassazione non sarebbe la questione della sussistenza o meno della "competenza" della Corte d'appello, ma la correttezza o meno della decisione di annullare o confermare il lodo arbitrale, sebbene per motivi attinenti ad una questione, *lato sensu*, di "competenza"⁵¹⁸.

Commentario, cit., 691; S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 237; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 830 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 2007, 838; M. BOVE, *La giustizia privata*, 4^a ed., cit., 235 ss.; M. D'AMBROSIO, *Sull'impugnazione della sentenza dichiarativa della nullità del lodo per invalidità del patto compromissorio*, nt. Cass. 3 febbraio 2005, n. 2379, in *Riv. arb.* 2006, 474. Per Cass. 3 febbraio 2005, n. 2379: "La sentenza della corte di appello che dichiara la nullità per invalidità della clausola compromissoria non costituisce una pronuncia sulla competenza, ma decide una questione di merito, ed è perciò impugnabile con il ricorso ordinario per cassazione".

⁵¹⁷ Così M. BOVE, *Ricadute sulla disciplina dell'arbitrato della legge n. 69/2009*, cit., 90. L'esperibilità del regolamento di competenza avverso la decisione della Corte d'appello potrebbe forse giustificarsi ricostruendo il giudizio di nullità in termini di *giudizio di secondo grado rispetto al giudizio arbitrale, come sua continuazione*, rispetto al quale quello strumento impugnatorio potrebbe avere lo stesso ruolo che ha rispetto ad una sentenza pronunciata in sede di appello da parte del giudice ordinario (come strumento, cioè, di censura sia della decisione del giudice di secondo grado sulla propria competenza funzionale, sia di quella sulla competenza del giudice di prime cure): v., in tal senso, S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 389 ss.; v. Cass. 14 aprile 1993, n. 4442.

⁵¹⁸ Ma v. S. BOCCAGNA, *Sulle conseguenze dell'estinzione del giudizio di rinvio*, cit., 77, per il quale, dalla natura rescindente e non sostitutiva del giudizio di impugnazione per nullità del lodo arbitrale, discenderebbe che la Corte di Cassazione: "(...) potrà di norma conoscere degli *errores in procedendo* relativi al giudizio arbitrale solo attraverso il filtro degli *errores in iudicando* eventualmente commessi dalla corte d'appello, e così senza i poteri di giudice del fatto".

La dottrina che sposa questa impostazione si divide sui motivi invocabili alla base del ricorso per cassazione, in ragione di diverse ricostruzioni attinenti *ora*, in generale, al particolare inquadramento del fenomeno arbitrale, *ora* alla qualificazione dei rapporti arbitro-giudice, *ora*, alla configurazione dell'oggetto devoluto alla cognizione della Corte. È evidente che l'opzione per la spendita dell'uno o dell'altro dei motivi di ricorso per cassazione non può che avere ricadute, in un senso o nell'altro, sul regime e sulla disciplina della procedura di ricorso. Non è magari questo il caso se l'alternativa si pone tra l'invocazione del motivo di cui al n. 1 (giurisdizione) o di quello di cui al n. 2 (competenza), che non va ad incidere in maniera significativa sull'ambito della cognizione e sui poteri di accertamento di cui dispone la Corte (ma, più limitatamente, sulla sua composizione⁵¹⁹)⁵²⁰, atteso che, oltre al fatto che l'art. 382 c.p.c. equipara, quanto al regime processuale e all'esito del ricorso, le decisioni sulla giurisdizione a quelle sulla competenza⁵²¹, in entrambi i casi la Corte è giudice del "fatto processuale", potendone cioè conoscere con diretto apprezzamento e pienezza di cognizione⁵²² e il suo controllo (con il limite che la cognizione si svolga solo su prove documentali acquisite nei precedenti gradi di giudizio) prescinde dalla circostanza che l'accertamento del vizio processuale dipenda dalla verifica di fatti interni o esterni al processo, potendo la Corte conoscere altresì di fatti extraprocessuali rilevanti per la sua determinazione⁵²³.

⁵¹⁹ E neppure sempre, atteso che, a norma dell'art. 374 c.p.c.: "(...) il ricorso può essere assegnato alle sezioni semplici, se alla questione di giurisdizione proposta si sono già pronunciate le sezioni unite".

⁵²⁰ L'art. 384 c.p.c., infatti, non distingue più tra i motivi che possono condurre ad una definizione nel merito del giudizio di cassazione.

⁵²¹ L'art. 382 c.p.c. recita, infatti: "1. La Corte, quando decide una questione di giurisdizione, statuisce su questa, determinando, quando occorre, il giudice competente. 2. Quando cassa per violazione delle norme sulla competenza, statuisce su questa. 3. Se riconosce che il giudice del quale si impugna il provvedimento e ogni altro giudice difettano di giurisdizione, cassa senza rinvio. Egualmente provvede in ogni altro caso in cui ritiene che la causa non poteva essere proposta o il processo proseguito".

⁵²² V., con riferimento proprio ai poteri concessi alla Corte in relazione allo scrutinio di asserite violazioni di norme di carattere processuale, Cass. S.U. 22 maggio 2012, n. 8077.

⁵²³ V. peraltro G. BALENA, *Questioni processuali*, cit., 844, per il quale, a rigore, la diversa formulazione letterale dei nn. 1 e 2 – sia pur sconfessata dalla tradizione e dalla disciplina unificante dettata dall'art. 382 c.p.c. –, parrebbe suggerire, nel caso del motivo attinente alla "violazione delle norme sulla competenza": "(...) un vincolo totale della Corte Suprema agli accertamenti di fatto posti a base del provvedimento impugnato". V., sul punto, con specifico riferimento ai poteri spettanti alla Cassazione chiamata a decidere della legittimità della decisione della Corte d'appello, pronunciata a sua volta su un'istanza di annullamento di un lodo arbitrale per motivi attinenti alla *potestas iudicandi* degli arbitri, Cass. 22 febbraio 2000, 1989, in *Foro it.* 2000, 1352, nt. C.M. BARONE, per la quale: "(...) il principio secondo il quale l'accertamento dell'esistenza, della validi-

A ben vedere, peraltro, limitare il sindacato della Corte di Cassazione alla verifica della legittimità della sentenza resa dalla Corte d'appello, senza un esame diretto sul contenuto della convenzione arbitrale al fine di individuare definitivamente l'organo legittimato a decidere la controversia nel merito, non stonerebbe con un impianto normativo complessivo che tende a valorizzare l'autonomia del fenomeno arbitrale, limitando, per quanto possibile, le interferenze dell'autorità giudiziaria che potrebbe condurre ad una sua più o meno intensa compressione⁵²⁴. Invero, contemplare il ricorso di cassazione anziché il regolamento di competenza avverso la decisione della Corte d'appello adita in sede di impugnazione di nullità del lodo limiterebbe, di fatto, *ad una sola istanza giudiziale* (quella della Corte d'appello) la revisione "di sostanza", con cognizione piena ed autonoma, della questione della *potestas iudicandi* arbitrale, riducendo la funzione dell'ulteriore organo giurisdizionale (la Cassazione) ad un mero controllo di regolarità e legittimità dell'operato del giudice di seconda istanza.

Quanto all'esito del ricorso, una decisione della Corte di Cassazione può confermare o cassare la decisione resa dalla Corte d'appello. In caso di rigetto del ricorso, la sentenza della Corte d'appello passerà automaticamente in giudicato, facendo ovviamente stato, quanto all'accertamento in esso contenuto (sulla validità o invalidità della convenzione arbitrale e, in generale, sulla sussistenza o meno

tà e dell'efficacia del patto compromissorio è istituzionalmente devoluto alla cognizione del giudice dell'impugnazione in funzione strumentale alla decisione sulla nullità del lodo (ai sensi e per gli effetti della norma di cui all'art. 829, comma 1 c.p.c.) si applica anche nei giudizi dinanzi alla Corte di cassazione – che dispone, pertanto, del potere di cognizione diretta dei fatti risultanti *ex actis*, anche al di là dei limiti del mero controllo di quanto emergente dalla sentenza impugnata –, tutte le volte in cui l'interpretazione del negozio compromissorio sia stata richiesta ai fini della risoluzione di una questione processuale concernente la deroga alla competenza del giudice ordinario"; Cass. 8 giugno 2007, n. 13514, *ivi* n. 124. *Mutatis mutandis* tali considerazioni vengono ripetute dalla giurisprudenza, sotto il particolare profilo esaminato, anche in relazione al regolamento di competenza. V., in tal senso, Cass. 24 agosto 2007, n. 18040, in *Rep. Foro it.* 2007, voce "*Competenza civile*" (1420) n. 166, per la quale l'istanza di regolamento di competenza avrebbe la funzione di individuare definitivamente il giudice competente, onde evitare che la sua designazione sia ulteriormente posta in discussione nell'ambito della medesima vicenda processuale; in tale prospettiva: "(...) i poteri di indagine e di valutazione, anche in fatto, della corte, possono esplicitarsi in relazione ad ogni elemento utile acquisito al processo, senza alcun vincolo di qualificazione, ragione o prospettiva che del rapporto dedotto in causa abbiano fatto le parti".

⁵²⁴ Si pensi, a titolo d'esempio, al regime delle questioni pregiudiziali di merito in arbitrato, innovato profondamente dalla riforma del 2006. Il legislatore ha infatti generalizzato il potere di *cognizione incidentale* degli arbitri, riducendo i casi di necessaria sospensione del procedimento arbitrale all'unica ipotesi in cui la questione non compromettibile debba essere decisa (per legge o su domanda di parte) *con efficacia di giudicato*. Con ciò è stata ridotta al minimo l'operatività di un istituto (la sospensione del giudizio) che menomava non poco la funzionalità e l'autonomia del procedimento arbitrale.

della *potestas iudicandi* degli arbitri in relazione a quella particolare convenzione) in tutti i successivi giudizi statali in cui quella questione dovesse riproporsi. Per quanto riguarda i successivi giudizi arbitrali, la questione del vincolo degli arbitri all'accertamento compiuto dalla Suprema Corte si porrebbe negli stessi termini in cui la stessa si pone rispetto all'efficacia extraprocessuale e vincolante della decisione del giudice di merito, per cui rimandiamo alla parte della trattazione in cui ce ne siamo occupati.

In caso di accoglimento del ricorso, a seconda dei casi si potrà avere la cassazione della sentenza impugnata *con rinvio al giudice di seconde cure* per l'annullamento o per una nuova considerazione della validità del lodo⁵²⁵, oppure la cassazione con decisione, *nel merito*, da parte della stessa Corte, ai sensi del comma 2 dell'art. 384 c.p.c., ogniqualvolta non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto. Intendendo, beninteso, l'espressione *merito* come riferentesi alla questione processuale relativa alla validità o invalidità del lodo per motivi attinenti alla *potestas iudicandi* arbitrale non, invece, con riferimento alla disputa sostanziale, rispetto alla quale quella *potestas iudicandi* si pone quale presupposto e condizione⁵²⁶. In ogni caso, la questione della *potestas iudicandi* arbitrale, una volta passata al vaglio della Suprema Corte, sarà definita in maniera incontrovertibile e vincolante, per ogni giudice dell'ordinamento, sia che ne sia affermata la *sussistenza*, sia che ne sia affermata l'*insussistenza*, indipendentemente dalla ritenuta applicabilità o inapplicabilità, alla statuizione in esame, dell'efficacia tradizionalmente ricollegabile alle decisioni sulla giurisdizione o sulla competenza.

16. *Il problema del regime applicabile alla spendita, in un giudizio, della decisione definitiva sulla questione della potestas iudicandi arbitrale formatasi nell'altro. Premessa e rinvio*

Uno dei problemi pratico-applicativi più contorti riguardo alla decisione sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale concerne la sua spendita nell'*altro* giudizio, onde imporre all'altro organo giudicante di conformarsi alla valutazione giudiziale o arbitrale già compiuta sulla esistenza, validità ed efficacia del patto arbitrale e porre così fine (in uno stadio preliminare, o quantomeno *anticipato* rispetto alla spendita del giudicato sul merito della lite) ad una situazione di conflitto.

⁵²⁵ In caso di estinzione del giudizio di rinvio, il lodo diventerà incontrovertibile, acquisendo "l'usbergo del giudicato" (così S. BOCCAGNA, *Sulle conseguenze dell'estinzione del giudizio di rinvio*, cit., 72 ss.), non venendo travolto ai sensi dell'art. 393 c.p.c.

⁵²⁶ Così S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 239; M. BOVE, *L'impugnazione per nullità del lodo rituale*, nota a Cass. 25 gennaio 1997, n. 781, in *Riv. arb.* 2009, 546 ss.

In relazione a tale problematica va chiarito, in via preliminare, da un lato, se alla questione della spendita, in un giudizio, di una decisione definitiva sulla “competenza” formatasi nell’altro, si applichi il medesimo regime (di rilevabilità del giudicato) applicabile alla spendita nell’altro giudizio, di un giudicato (arbitrale o giudiziale) sul merito della lite, pur se il rapporto tra una decisione sulla “competenza” e un giudizio svolgentesi sul merito della disputa (cui si riferisca la convenzione arbitrale oggetto di quella decisione) sia riconducibile alla fattispecie di accertamento “condizionante” rispetto all’oggetto dedotto nell’altro giudizio (alternativamente, in una prospettiva sostanzialistica della questione della *potestas iudicandi* arbitrale, in termini di questione pregiudiziale di merito; o, in un’ottica processualistica, quale suo antecedente logico necessario), ossia ad una relazione di pregiudizialità-dipendenza – che non potrebbe mai dare luogo ad un conflitto pratico tra giudicati (ma soltanto logico) –.

Il problema, in particolare, è dato dal fatto che le norme che rilevano in questo contesto, e che governano la rilevabilità, in un giudizio, del giudicato sul merito formatosi nell’altro (e dunque il n. 8 dell’art. 829, comma 1 c.p.c.; l’art. 395, comma 1, n. 5 c.p.c., ove ritenuto applicabile; l’art. 360, comma 1, nn. 3 o 4 c.p.c., in relazione all’art. 2909 c.c.) si riferiscono, tendenzialmente⁵²⁷, ad ipotesi di identità di cause (per quanto attiene alle parti, al *petitum* e alla *causa petendi*), dedotte, rispettivamente, in sede giudiziale e in sede arbitrale, o, quantomeno, a nessi bensì di pregiudizialità-dipendenza, ma di natura sostanziale.

Dall’altro lato, ci si chiede come si coordini la spendita, in un giudizio, di una decisione definitiva sulla questione della *potestas iudicandi* formatasi nell’altro, con il regime delle preclusioni alle contestazioni della “competenza” dell’organo adito, contemplate, rispettivamente, dagli artt. 817, comma 2 c.p.c.⁵²⁸ e 819 *ter*, comma 1 c.p.c.⁵²⁹. Se, cioè, l’invocazione della decisione definitiva sia comunque soggetta a quelle preclusioni, si da soccombere nel caso in cui venga invocata senza che sia stata prima contestata la competenza dell’organo adito entro i termini preclusivi rispettivamente previsti da quelle norme, oppure se essa prescinda da esse, facendo venir meno *in ogni caso* (per taluno, per sopravvenuta carenza di interesse) la rilevanza della questione della *potestas iudicandi* arbitrale.

Per rispondere ai summenzionati quesiti, è opportuno preliminarmente esa-

⁵²⁷ Secondo l’opinione che prevale in giurisprudenza, che tuttavia, come si vedrà subito *infra*, nel testo, è contrastata dalla dottrina, incline ad aderire alla ricostruzione opposta.

⁵²⁸ Secondo cui la parte che non eccepisce nella prima difesa successiva all’accettazione degli arbitri l’incompetenza di questi per inesistenza, invalidità o inefficacia della convenzione d’arbitrato, non può per questo motivo impugnare il lodo, salvo il caso di controversia non arbitrabile.

⁵²⁹ Secondo cui la mancata proposizione dell’eccezione esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio.

minare il regime della spendita, in un giudizio, del giudicato, rispettivamente statale e arbitrale, formatosi nell'altro giudizio.

17. *Il regime applicabile alla spendita, in un giudizio, della decisione di merito definitiva, formatasi nell'altro giudizio sulla medesima causa*

17.1. *Introduzione*

Nell'ambito della versione "classica" del sistema delle "vie parallele", come visto più volte nel corso della trattazione, la tradizionale *assenza di meccanismi di coordinamento tendenzialmente solo preventivo* tra giudizi implica che il coordinamento fra le due sedi debba avvenire *a valle*, attraverso la spendita, nell'altro giudizio, della decisione (arbitrale o giudiziale) *sul merito della lite* (previo rigetto, quanto meno implicito, dell'eccezione d'incompetenza dell'organo adito) *divenuta per prima incontrovertibile*⁵³⁰.

Con riferimento al regime pre-riforma, si è visto come tutta una serie di possibili meccanismi di coordinamento, di norma applicabili nei rapporti tra giudici ordinari, risultassero *inapplicabili* nell'ambito dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale. Era questo, ad esempio, il caso dell'istituto della litispendenza, basato sul criterio della prevenzione; ma anche dell'immediata impugnabilità del lodo arbitrale, pronunciatosi (anche o solo) sulla *potestas iudicandi* arbitrale, mediante lo strumento del regolamento di competenza; o della possibile riunione, in fase di impugnazione, del procedimento instaurato in sede arbitrale e di quello introdotto in sede giudiziaria (ossia del giudizio di nullità del lodo con quello d'appello contro la sentenza di primo grado), dal momento che, presupposto dell'istituto della riunione *ex art. 274 c.p.c.* era (ed è) l'analogia strutturale e funzionale tra i diversi giudizi e il loro trovarsi nel medesimo grado e nella medesima fase processuale⁵³¹; oppure, ancora, dell'applicabilità, in via analogica, di altri istituti, quali la sospensione *ex art. 295 c.p.c.* o quella *ex art. 819 c.p.c.*, dal momento che si riteneva che la questione di competenza insorta nell'ambito di un giudizio non fosse idonea ad integrare la *condicio sine qua non* per l'applicabilità di quelle norme, ossia una *questione pregiudiziale rispetto al merito* dedotta nell'ambito dell'altro⁵³².

⁵³⁰ V., *supra*, il secondo capitolo, ai parr. 6. e 6.6.

⁵³¹ S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 253; Cass. S.U. 9 marzo 2012, n. 3690.

⁵³² In tal senso v. Cass. 9 aprile 1998, n. 3676. Nello stesso senso, all'indomani dell'ultima riforma, v. Coll. arb. Bari 22 giugno 2011, in *Riv. arb.* 2011, 660, nt. V. ALLOTTI, *Rapporti tra arbitri e giudice ordinario*. Prima della riforma, tuttavia, per una parte della dottrina il disposto

Si è altresì visto come l'orientamento di gran lunga maggioritario escludesse che le decisioni rese, rispettivamente, dal giudice e dall'arbitro sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale – assimilata, sempre dall'orientamento maggioritario, ad una questione di “competenza”, e quindi ad una questione *di rito* – (ivi incluse le pronunce, definitive o meno, di entrambi gli organi nell'ambito di un giudizio vertente sul merito di una lite cui si riferisse la convenzione di arbitrato, nonché la pronuncia della Corte d'appello emanata in sede di impugnazione del lodo⁵³³ e, altresì, la pronuncia della Cassazione in sede di regolamento di competenza o di ricorso per cassazione⁵³⁴), producessero effetti extraprocessuali e vincolanti, come tali invocabili nell'altro giudizio, al fine di paralizzarne la prosecuzione.

La prima occasione per superare la barriera della reciproca indifferenza ed incomunicabilità tra le due procedure per imporre la chiusura in rito di uno dei giudizi giudizio parallelamente pendenti era dunque la spendita della decisione (arbitrale o giudiziale) *resa sul merito della lite*, che per prima fosse *passata in giudicato*, o fosse comunque divenuta *inoppugnabile*.

Sempre nel contesto normativo pre-riforma, la *disponibilità* dell'eccezione di precedente giudicato (giudiziale e arbitrale), in ossequio al consolidato insegna-

di cui all'art. 819 *bis* c.p.c., che formalmente si limitava a regolare le ipotesi di connessione tra giudizio arbitrale e giudizio statale, sarebbe stato idoneo a regolare anche i casi fra le due cause pendenti caratterizzate dall'identità di tutti gli elementi oggettivi e soggettivi, così derogando alla previsione di cui all'art. 39 c.p.c.: con la conseguenza che, come la competenza degli arbitri non sarebbe venuta meno in ragione della pendenza della lite in sede ordinaria, così la competenza del giudice non avrebbe risentito dell'instaurazione del procedimento arbitrale. V. E.F. RICCI, *L'arbitrato di fronte alla litispendenza giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.* 2000, 502 e 509; nonché Coll. arb. Salerno 25 giugno 2001, in *Riv. arb.* 2003, 525, nt. G. RUFFINI, *In tema di sospensione del processo arbitrale per pregiudizialità*; Coll. arb. 9 marzo 1996; Coll. arb. Roma 2 marzo 1996 e Coll. arb. Bergamo 20 luglio 1995, in *Riv. arb.* 1996, 353 e 375, nt. F. LEPRI, *Arbitrato rituale, pendenza della stessa causa innanzi al giudice statale ed applicazione dell'art. 39, 1 comma, c.p.c.*

⁵³³ Questo perché, negare efficacia vincolante alle statuizioni della Corte di Cassazione e, al contempo, attribuirle alle sentenze emesse in sede di impugnazione di nullità, comportava il paradossale effetto di consentire la pronuncia di un lodo, destinato *a priori* ad essere annullato. Così F.P. LUISO, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, cit., 525.

⁵³⁴ L'eventuale ammissione dell'efficacia vincolante, nei confronti dell'arbitro, della sentenza regolatrice della Cassazione, avrebbe imposto, del resto, una revisione del sistema delle impugnazioni, per evitare delle anomalie non facilmente risolvibili, come sottolineato più volte dalla stessa Corte Suprema: v., ad esempio, Cass. 7 aprile 1997, n. 3001, in *Giust. civ.* 1997, I, 2451, nt. D. GIACOBBE, *Questioni di litispendenza*, cit., 518, per la quale una sentenza emessa in sede di regolamento che, per ipotesi, determinasse, in maniera vincolante per gli arbitri, l'esistenza di una deroga alla competenza dell'autorità giudiziaria, si sarebbe configurata quale regolamento preventivo di competenza: “(...) *privando le parti dell'impugnativa per nullità del lodo emesso da arbitri non legittimamente investiti della loro potestas iudicandi, ai sensi dell'art. 829 c.p.c.*”. Su tali profili ci siamo ampiamente soffermati nel secondo capitolo, in particolare al par. 6.4.

mento giurisprudenziale che qualificava l'eccezione di giudicato *esterno* come eccezione in senso stretto⁵³⁵, imponeva alle parti l'onere di eccepirne l'esistenza nel corso del giudizio⁵³⁶.

Con particolare riferimento alla spendita del giudicato statale (o arbitrale) nel giudizio arbitrale, a far data dalla riforma del 1994, il disposto di cui all'art. 829, comma 1, n. 8 c.p.c. implicava che, ove gli arbitri avessero pronunciato nel merito, nonostante la rituale proposizione dell'eccezione di precedente giudicato ad opera della parte interessata, il lodo potesse essere impugnato ed annullato, mentre, nel caso in cui la parte interessata avesse omesso di eccepire il precedente giudicato (statale o arbitrale), il lodo non sarebbe stato censurabile, né suscettibile di rimozione⁵³⁷, consolidandosi definitivamente e finendo per prevalere, per la nota regola della prevalenza del secondo giudicato formatosi nel tempo, sulla precedente decisione divenuta incontrovertibile in un momento cronologicamente anteriore⁵³⁸.

Una disciplina analoga trovava applicazione con riferimento alla spendita del precedente giudicato arbitrale nell'ambito di un giudizio dinanzi all'autorità giurisdizionale, vertente sulla medesima causa su cui quel giudicato si era formato, essendo la parte interessata gravata dall'onere di eccepire l'esistenza della precedente decisione non più impugnabile, onde paralizzare il giudizio statale. In tal caso, più ancora che il citato consolidato insegnamento giurisprudenziale sull'inquadramento del giudicato esterno in termini di *eccezione in senso stretto*, era il carattere *intrinsecamente privatistico* del fenomeno arbitrale, che si riverberava altresì sul suo naturale esito (il lodo) (a prescindere da quello che fosse, tecnicamente, l'inquadramento dogmatico del fenomeno, in termini di giudizio, processo o negozio) ad escludere, *ab origine*, la rilevabilità officiosa del lodo divenuto inoppu-

⁵³⁵ Su cui v. (anche per ulteriori riferimenti) G. TARZIA, *Sub art. 21*, in G. TARZIA, R. LUZZATTO, E.F. RICCI (a cura di), *Legge 5 gennaio 1994 n. 25*, cit., 169 ss.; ID., *Conflitti tra lodi arbitrali*, cit., 631 ss.

⁵³⁶ Ovviamente, attesa la mancanza, nel procedimento arbitrale, di termini perentori (salvo che non fossero stati introdotti dagli arbitri in accordo con le parti), tale eccezione avrebbe potuto essere sollevata ivi durante tutto il corso del processo, salvo il rispetto del principio del contraddittorio, mentre, nel procedimento giurisdizionale, essa era assoggettata al regime previsto per tutte le eccezioni in senso stretto.

⁵³⁷ Così G. RUFFINI, *Sub art. 829 c.p.c.*, in C. CONSOLO, LF.P. LUISO (a cura di), *Codice di procedura civile commentato*, 2^a ed., Milano 2000, 3539. Sul regime di rilevabilità, nell'ambito di un giudizio arbitrale e statale, di un precedente lodo divenuto inoppugnabile, e sulle conseguenze del suo rilievo o mancato rilievo, v. S. MENCHINI, *La natura e la disciplina dell'eccezione con la quale è fatta valere l'efficacia di un (precedente) lodo non più impugnabile*, in *Riv. arb.* 2002, 288 ss.

⁵³⁸ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, Bologna 2001, 640 ss.; M. BOVE, *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.* 1999, 415.

gnabile⁵³⁹, che veniva assoggettato al medesimo regime applicabile alle eccezioni volte a far valere l'esistenza di un precedente contratto sull'oggetto dedotto dinanzi al giudice statale⁵⁴⁰.

La sentenza di primo grado pronunciata nel merito, nonostante la tempestiva proposizione dell'eccezione di precedente giudicato arbitrale, avrebbe potuto essere censurata mediante l'appello, mentre quella resa, nelle medesime circostanze, in appello, mediante il ricorso per cassazione⁵⁴¹.

⁵³⁹ Tanto è vero che quell'orientamento non venne minimamente scalfito dal *revirement* del 2001, con cui le Sezioni Unite affermarono la rilevabilità officiosa dell'eccezione di giudicato esterno, statuendo: "(...) poiché nel nostro ordinamento vige il principio della normale rilevabilità d'ufficio delle eccezioni, derivando la necessità dell'istanza di parte solo da una specifica previsione normativa, l'eccezione di giudicato esterno, in difetto di tale previsione, è rilevabile d'ufficio ed il giudice è tenuto a pronunciare sulla stessa qualora il giudicato risulti da atti comunque prodotti nel corso del giudizio di merito". V. Cass. S.U. 25 maggio 2001, n. 226, in *Giust. civ.* 2001, 10, 2353 ss.; in *Foro it.* 2001, 2810 ss., nt. M. IOZZO, *Eccezione di giudicato esterno e poteri del giudice (anche di legittimità)*; in *Corr. giur.* 2001, nt. O. FITTIPALDI, *Preclusioni processuali e giudicato esterno: verso un disimpegno della Cassazione dalla teorica dell'«eccezione»?;* in *Nuova Giur. civ. comm.* 2002, 265 ss., nt. D. VOLPINO, *L'eccezione di giudicato esterno: problemi e prospettive*. Come successivamente affermato in motivazione da Cass. 27 novembre 2001, n. 15023 (in *Riv. dir. proc.* 2002, 1238, nt. critica di E.F. RICCI, *La Cassazione insiste sulla natura «negoziale» del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici* e in *Riv. arb.* 2002, 287, nt. critica di S. MENCHINI, *La natura e la disciplina dell'eccezione con la quale è fatta valere l'efficacia di un precedente lodo non più impugnabile*), nonché da Cass. 25 giugno 2002, n. 9289 (in *Riv. arb.* 2002, 513, nt. A. BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite ed il regime della eccezione fondata su accordo compromissorio*, e in *Giust. civ.* 2003, 717, nt. C. PUNZI, *Natura dell'arbitrato e regolamento di competenza*), le esigenze di natura pubblicistica che avevano indotto la Suprema Corte a mutare indirizzo in favore della rilevabilità officiosa di una sentenza passata in giudicato sulla medesima causa non sarebbero state ravvisabili con riferimento ad un lodo arbitrale inoppugnabile sulla medesima causa, il cui rilievo avrebbe dovuto rimanere nella disponibilità delle parti. Nello stesso senso v., più recentemente, Cass. 19 ottobre 2012, n. 18041 e T.A.R. Campania Napoli 14 aprile 2009, n. 1967. A tale orientamento aderiva, seppur con qualche riserva, G. VERDE, *Pubblico e privato nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.* 2002, 647, mentre critici si sono da subito mostrati S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, Napoli 2005, 298 ss., favorevole al rilievo officioso del precedente lodo non più impugnabile non solo in sede ordinaria, ma anche in sede arbitrale e E.F. RICCI, *La Cassazione insiste sulla natura «negoziale» del lodo arbitrale*, cit., per il quale la premessa del ragionamento svolto dalla Corte, ossia la natura negoziale del lodo, non sarebbe stata di per sé dirimente, dal momento che la maggior parte delle eccezioni derivanti da rapporti contrattuali sono, in assenza di previsione esplicita, *rilevabili d'ufficio*.

⁵⁴⁰ Per ulteriori riferimenti alle diverse posizioni della dottrina v. S. MENCHINI, *La natura e la disciplina dell'eccezione*, cit., 294 ss.; E.F. RICCI, *La «funzione giudicante» degli arbitri e l'efficacia del lodo (un grand arrêt della Corte costituzionale)*, in *Riv. arb.* 2002, 355 ss.

⁵⁴¹ C. PUNZI, *L'efficacia del lodo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.* 1994, 23, per il quale, attesa la natura negoziale del lodo, il ricorso per cassazione per censurare l'omessa considerazione, da parte del giudice di merito, di un precedente lodo inoppugnabile, si sarebbe configurato negli stessi termini in cui sarebbe stata denunciabile l'omessa valutazione, da parte del giudice del merito, di un prece-

L'omessa proposizione dell'eccezione rendeva invece inattaccabile, per questo motivo, la sentenza eventualmente contraria al precedente giudicato arbitrale, con prevalenza della prima sul secondo, sempre in ragione dei principi vigenti in tema di successione di giudicati nel tempo⁵⁴². In particolare, ove, a fronte di un giudicato risultante *ex actis*, la sentenza resa in grado di appello non si fosse pronunciata sulla relativa eccezione, non era esperibile il rimedio della revocazione ordinaria *ex art. 395, comma 1, n. 5 c.p.c.*, che contemplava (e contempla tutt'ora) solo il conflitto tra sentenze giudiziali, *ma non quello tra un lodo passato in giudicato e una sentenza* pronunciata successivamente tra le stesse parti e sul medesimo oggetto.

Da un punto di vista sistematico, la situazione complessiva che ne derivava (tenendo anche conto dell'assenza di meccanismi di coordinamento preventivo tra le due procedure e il non perfetto equilibrio delle norme in tema di impugnazione, rispettivamente, del lodo arbitrale e della sentenza) *tendeva fatalmente a favorire il processo statale*, in ragione della sua tendenziale e fisiologica maggior durata rispetto a quello arbitrale, con inevitabile compressione dell'effettività dell'opzione delle parti in favore della giustizia privata: che questa fosse stata instaurata prima o dopo il giudizio statale, i tempi biblici per la celebrazione di quest'ultimo rendevano *altamente improbabile* il formarsi di un giudicato statale *in tempo utile* per la sua spendita nel corso del procedimento arbitrale⁵⁴³, consentendo ad una parte, non più intenzionata, per qualsivoglia ragione, a vedere risolta la disputa in arbitrato, di *utilizzare strumentalmente* le croniche inefficienze della via giudiziale per vanificare, *ex post*, gli effetti dell'arbitrato (quantomeno ogniquale volta la parte vittoriosa in arbitrato, contando sull'esito favorevole in quella sede, fosse rimasta contumace nel giudizio statale).

Nel contesto normativo post-riforma del 2006, la situazione, per quanto attiene alla risoluzione del conflitto tra procedure attraverso la possibile spendita, in un giudizio, del giudicato *sul merito* formatosi nell'altro si ripresenta in gran parte simile, anche se alcune modifiche normative hanno inciso su alcune dinamiche procedurali⁵⁴⁴.

dente contratto fra le parti. Sul tema v. anche E. D'ALESSANDRO, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI, *Commentario alle riforme*, cit., 964; S. MENCHINI, *La natura e la disciplina dell'eccezione*, cit., 295.

⁵⁴² S. MENCHINI, *La natura e la disciplina dell'eccezione*, cit., 294; M. BOVE, *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, cit., 417; F.P. LUISO, *Ancora sui rapporti*, cit., 524.

⁵⁴³ L'unica eccezione poteva essere rappresentata dal caso di compromesso stipulato *dopo* la pronuncia di una sentenza giudiziale (in primo grado o in grado d'appello), a cui seguiva l'instaurazione di un procedimento arbitrale.

⁵⁴⁴ Per una panoramica generale v. E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, cit., 198 ss.

17.2. *La spendita del giudicato statale nel giudizio arbitrale: condizioni, regime di rilevanza e conseguenze del mancato rilievo del precedente "giudicato"*

Per quanto riguarda la spendita del giudicato *statale* nel giudizio arbitrale, l'attuale testo di cui al n. 8 comma 1 dell'art. 829 c.p.c., a differenza di quello precedente (che, come visto, richiedeva, ai fini dell'annullamento del lodo contrastante con un precedente giudicato, che la relativa eccezione fosse stata *effettivamente dedotta nel giudizio arbitrale*), contempla bensì lo stesso motivo di annullamento (contrarietà a precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti⁵⁴⁵), ma pone come condizione per l'accoglimento della censura la *produzione del lodo o della sentenza nel corso del giudizio*⁵⁴⁶.

Secondo una consistente parte della dottrina, con tale modifica il legislatore avrebbe di fatto sancito la *rilevanza d'ufficio*, in arbitrato, del giudicato esterno (giudiziale o arbitrale), ogni qual volta questo risulti *ex actis*⁵⁴⁷. Ciò, da un lato, in ossequio al mutato insegnamento della Suprema Corte in tema di eccezione di

⁵⁴⁵ G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5ª ed., cit., 192 ss. La giurisprudenza (v., in particolare, Cass. 8 gennaio 2014, n. 131) ha chiarito che il contrasto deve sussistere tra il lodo impugnato ed altro e diverso lodo, non, invece, con un lodo definitivo emesso nel corso del procedimento, perché in tal caso il motivo invocabile sarebbe quello di cui al n. 4 dell'art. 829, comma 1, c.p.c.

⁵⁴⁶ Per S. MENCHINI, *Impugnazioni del lodo 'rituale'*, cit., 179 ss. e 188, tale modifica sarebbe da apprezzare in quanto contribuirebbe a ridurre il rischio di conflitti tra giudicati. V. anche E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, cit., 198; ID., *Note sull'impugnazione del lodo arbitrale per contrarietà ad altra pronuncia*, in *Riv. dir. proc.* 2007, 1178. Secondo E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 2007, 752, la nuova formulazione della norma renderebbe possibile impugnare il lodo per il motivo di cui al n. 8 dell'art. 829, comma 1 c.p.c. anche nel caso in cui il lodo sia stato prodotto nel procedimento in un momento in cui non si fosse ancora consolidato, a condizione che il passaggio in giudicato si sia comunque verificato prima della decisione.

⁵⁴⁷ In tal senso v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829 c.p.c.*, 754, per la quale la rilevanza d'ufficio, nell'ambito di un giudizio arbitrale, sia di una precedente sentenza passata in giudicato, sia di un precedente lodo non più impugnabile non discenderebbe dalla loro equiparazione *quoad effectum*, ma: "(...) da una corretta esegesi" dell'art. 829, comma 1, n. 8, c.p.c.; S. MENCHINI, *Impugnazioni del lodo 'rituale'*, cit., 188; C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, 2ª ed., II, cit., 558, nt. 173; S. BOCCAGNA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme*, cit., 1029; ID., *Sub art. 829 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 467; E. MARINUCCI, *Note sull'impugnazione del lodo arbitrale*, cit., 521; ID., *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, cit., 198; S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 204 ss. 240; F. AULETTA, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 431; M. BOVE, *La giustizia privata*, 4ª ed., cit., 213 ss. e 224 ss., per il quale nulla farebbe pensare che l'eccezione di cosa giudicata non sia rilevabile d'ufficio anche nell'ambito di un giudizio arbitrale, dal momento che, in assenza di norme espresse, i principi generali impongono comunque all'organo giudicante adito di valutare, *motu proprio*, la sussistenza dei presupposti processuali che condizionano la propria *potestas iudicandi*.

giudicato esterno⁵⁴⁸, ricondotta, dopo la presa di posizione chiarificatrice delle Sezioni Unite, avutasi con la sentenza n. 226 del 2001⁵⁴⁹, alla categoria delle *eccezioni in senso lato*⁵⁵⁰; dall'altro, in base alla convinzione che non vi sarebbe alcun motivo di differenziare, quanto al regime di rilevabilità, tra giudicato esterno *giudiziale* e giudicato esterno *arbitrale*⁵⁵¹.

Anche dopo la riforma del 2006, tuttavia, non mancano autori che continuano a richiedere che, nell'ambito di un giudizio arbitrale, il rilievo del precedente giudicato (si tratti di precedente sentenza passata in giudicato o di precedente lodo divenuto inoppugnabile) avvenga *ad istanza di parte*⁵⁵², in base all'argomento secondo cui, mentre la devoluzione della controversia all'autorità giudiziaria statale comporterebbe sempre l'utilizzo di risorse (umane e finanziarie) pubbliche, dei cui costi viene gravata la collettività (e da cui discenderebbe l'interesse dell'ordinamento ad evitare che, sulla medesima controversia già decisa, abbia luogo un nuovo giudizio⁵⁵³), l'opzione per la via arbitrale, non comportando, in linea di massima, oneri per lo Stato, sarebbe immune da queste preoccupazioni⁵⁵⁴.

⁵⁴⁸ Esplicito, in tal senso, S. MENCHINI, *Impugnazioni del lodo 'rituale'*, cit., 188 e in *Riv. arb.* 2005, 852, per il quale, appunto, la modifica normativa intenderebbe: "(...) far propri alcuni dei principi sanciti dalla sentenza n. 226/2001 delle sezioni unite in punto di rilievo officioso dell'eccezione di giudicato". In tal senso v. anche G.F. RICCI, *Ancora sulla natura e sugli effetti del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.* 2011, 172 ss.; F.P. LUISO, B. SASSANI, *La riforma del processo civile: commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Milano 2006, 326; S. BOCCAGNA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme*, cit., 1029; E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, cit., 198; ID., *Note sull'impugnazione del lodo arbitrale*, cit., 1178. *Contra*, F. TOMMASEO, *Le impugnazioni del lodo arbitrale nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. arb.* 2008, 214, secondo il quale, nonostante la formulazione di cui al motivo n. 8, rimarrebbe comunque la necessità di un'eccezione di parte per il rilievo di un precedente lodo arbitrale inoppugnabile sulla medesima causa.

⁵⁴⁹ In *Giust. civ.* 2001, 10, 2353 ss.; in *Foro it.* 2001, 2810 ss., nt. M. IOZZO, *Eccezione di giudicato esterno e poteri del giudice (anche di legittimità)*.

⁵⁵⁰ Secondo l'orientamento attualmente prevalente, infatti, anche il giudicato esterno, oltre a quello interno, è rilevabile d'ufficio, anche in sede di legittimità: v., in tal senso, *ex multis*, Cass. 3 marzo 2010, n. 5091, in *Foro it.* 2010, I, 3450; Cass. S.U. 16 giugno 2006, n. 13916, in *Foro it.* 2007, I, 493 ss.; Cass. 24 febbraio 2004, n. 3621, in *Foro it.* 2004, I, 2459. V., per ulteriori riferimenti, G. SCARSELLI, *Ancora in tema di eccezione di cosa giudicata esterna e di rapporti tra preclusioni ed eccezioni*, nota a Cass. 17 ottobre 2005, in *Foro it.* 2006, 746 ss.; C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, 3ª ed., Padova 2012, 567.

⁵⁵¹ Così S. IOZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 247.

⁵⁵² In tal senso, ad esempio, F. TOMMASEO, *Le impugnazioni del lodo arbitrale*, cit., 214; NP.L. NELA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme*, cit., 1867.

⁵⁵³ Sul punto v. G. VERDE, *Pubblico e privato*, cit., 647

⁵⁵⁴ Invero, il ragionamento inverso dovrebbe valere per giustificare la possibilità di devolvere in

Un approccio intermedio – assimilabile all’orientamento giurisprudenziale tutt’ora prevalente che, nell’ambito del giudizio statale, estende bensì il nuovo regime officioso della rilevabilità del giudicato esterno ad una precedente sentenza incontrovertibile, ma non ad un precedente lodo non più impugnabile⁵⁵⁵ – è sostenuto da coloro che ritengono *rilevabile d’ufficio*, anche in arbitrato, il giudicato statale, in ragione della sua origine e del suo carattere pubblicistici (nonché in ragione del carattere pubblicistico dell’interesse al suo rispetto), mentre *rilevabile solo ad istanza di parte* il lodo arbitrale non più impugnabile, in ragione del suo essere espressione dell’autonomia delle parti, esercitata sul piano bensì della tutela dei diritti, ma *al di fuori* dell’organizzazione giudiziaria pubblica, il cui carattere non pubblicistico, frutto del *dictum* di soggetti privati, non muterebbe per il solo fatto che il legislatore gli conferisca, *ex post*, gli stessi effetti della sentenza⁵⁵⁶.

Invero, come è stato opportunamente osservato da una parte della dottrina, nell’ambito del nuovo contesto normativo, alla luce di alcune norme espresse (*in primis*, l’art. 824 *bis* c.p.c.) e in considerazione delle inequivoche prese di posizione giurisprudenziali degli ultimi anni sulla piena sostitutività e fungibilità della giustizia privata rispetto a quella pubblica, appare incongruo differenziare il regime di rilevabilità di un lodo non più impugnabile rispetto a quello di una sentenza passata in giudicato, dal momento che entrambi rispondono alla medesima *ratio* dell’autorità associata alla cosa giudicata, riconosciuta non nell’interesse del singolo soggetto che l’ha provocata, ma nell’interesse comune, in quanto – per dirla proprio con le espressioni utilizzate dalle Sezioni Unite che hanno sancito la rilevabilità d’ufficio anche del giudicato esterno –: “(...) i valori che stanno alla base dell’istituto del giudicato, costituiti dalla certezza delle relazioni giuridiche e dalla stabilità delle decisioni, hanno prevalenti connotazioni pubblicistiche”⁵⁵⁷.

arbitrato una controversia già decisa con efficacia di giudicato. Come rileva A. RONCO, *Revocazione e lodo arbitrale*, in AA.VV., *Sull’arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli 2010, 729, anche in tal caso i costi di una duplicazione del giudizio sarebbero a carico esclusivo delle parti; inoltre, se a queste ultime è consentito transigere su una sentenza passata in giudicato, non si vede il motivo per cui esse non possano richiedere agli arbitri un nuovo giudizio sulla medesima controversia. Sennonché, nel prevedere la rilevabilità officiosa del precedente giudicato da parte degli arbitri, il legislatore avrebbe compiuto una scelta diversa, lasciando intendere di considerare l’attività arbitrale e quella propriamente giurisdizionale *egualmente meritevoli di non essere disperse*.

⁵⁵⁵ In tal senso v. Cass. 19 ottobre 2012, n. 18041, in *Rep. Foro it.* 2012, voce *Contratto in genere* (1740), n. 461; Cass. 11 settembre 2007, n. 19090, in *Foro it.* 2008, I, 1966, nt. RENDA e in *Nuova giur. civ.* 2008, I, 472, nt. TORELLI.

⁵⁵⁶ In tal senso v. Cass. 19 ottobre 2012, n. 18041. D’altra parte, secondo G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell’arbitrato*, 5^a ed., cit., 192, emesso il primo lodo, sia stato o meno omologato, le parti potrebbero rinunciare ai suoi effetti, facendo ricorso ad un nuovo arbitrato (eventualità possibile anche in mancanza di cooperazione dell’altra parte).

⁵⁵⁷ Cass. S.U. 25 maggio 2001, n. 226. Alcuni autori (in particolare E.F. RICCI, *La Cassazione*

La nuova formulazione del motivo di cui al n. 8, nella misura in cui condiziona l'impugnabilità del lodo per contrarietà ad un precedente giudicato al fatto che quest'ultimo risulti *ex actis*, riproduce in parte, per il processo arbitrale, il motivo che, nell'ambito di un processo ordinario, giustificerebbe la revocazione ordinaria della sentenza⁵⁵⁸. L'art. 831 c.p.c., tuttavia, nell'assoggettare il lodo a revocazione, si limita a richiamare i casi indicati dai nn. 1, 2, 3 e 6 dell'art. 395 (ossia i casi di revocazione *straordinaria*), senza menzionare invece (oltre al n. 4, altresì) il n. 5, che consente la caducazione, tramite revocazione, della sentenza contraria ad altra precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata, *purché non abbia pronunciato sulla relativa eccezione*.

Le ragioni di tale omissione non sono del tutto intelleggibili nel nuovo contesto normativo. Già in passato autorevole dottrina, commentando tale esclusione, affermava icasticamente come fosse difficilmente immaginabile: "(...) un pasticcio più grande"⁵⁵⁹. Dopo la riforma v'è chi ritiene che il legislatore sia incorso in una dimenticanza, inconsapevolmente omettendo (dopo aver contemplato, tramite l'art. 831 c.p.c., i vizi che potrebbero palesarsi *in qualsiasi momento* dopo il passaggio in giudicato della pronuncia), di integrare l'art. 829 c.p.c. con la disciplina di quei vizi *che invece emergono dall'esame della decisione*⁵⁶⁰. Questo perché appare inspiegabile che il legislatore non sia intervenuto sulla norma, nonostante, da un

insiste sulla natura 'negoziale del lodo arbitrale', cit., 1240) rilevano poi che la collocazione dell'eccezione di precedente giudicato arbitrale tra le eccezioni in senso stretto non potrebbe nemmeno discendere dall'asserita "natura negoziale" del lodo, dato che, in mancanza di una disciplina generale in materia di eccezioni fondate su contratto, oltre al fatto che le modalità di rilievo andrebbero verificate caso per caso (a seconda, cioè, del tipo di fatto modificativo, impeditivo o estintivo rilevante), tale indagine finirebbe verosimilmente per avvalorare il sospetto che "(...) il contratto faccia sorgere nella stragrande maggioranza dei casi eccezioni rilevabili d'ufficio".

⁵⁵⁸ A. RONCO, *Revocazione e lodo arbitrale*, cit., 727; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5ª ed., cit., 192 ss., che però individua alcune differenze tra i due rimedi: da un lato, la revocazione ex art. 395, comma 1, n. 5, c.p.c. va proposta allo stesso giudice che ha emesso la sentenza impugnata, mentre l'impugnazione per nullità di un lodo per contrasto con un precedente giudicato va proposta ad un organo diverso (la Corte d'appello); dall'altro, mentre la revocazione ex art. 395, comma 1, n. 5, c.p.c. non è ammessa se il giudice *a quo* si è pronunciato sulla relativa eccezione, l'impugnazione per nullità ex art. 829, comma 1, n. 8, c.p.c. non è ammessa se il lodo non è stato prodotto nel processo arbitrale (differenza, quest'ultima, che dischiuderebbe un tutt'ora diverso inquadramento dei rispettivi atti, pubblicistico, l'uno, privatistico (nonostante la reciproca equiparazione *quoad effectum*), l'altro. Anche C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, cit., 94 (e già prima della riforma in *Natura dell'arbitrato e regolamento di competenza*, cit., 725) ritiene che il confronto tra l'art. 395, comma 1, n. 5, c.p.c. e l'art. 829, comma 1, n. 8, c.p.c., anziché dimostrare una coincidenza o assimilazione, sul piano sostanziale, tra lodo e sentenza, ne rimarcherebbe il divario.

⁵⁵⁹ Così S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., 345.

⁵⁶⁰ In tal senso v. A. RONCO, *Revocazione e lodo arbitrale*, cit., 724.

lato, il pregresso acceso dibattito sul punto (che ha invero riguardato, soprattutto, come visto in precedenza, e come si ribadirà subito appresso, la revocabilità della sentenza *contraria ad un precedente lodo inoppugnabile*); dall'altro, la codificazione, ad opera dell'art. 824 *bis* c.p.c., dell'assimilazione *quoad effectum* tra un lodo arbitrato e una sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria statale⁵⁶¹; dall'altro ancora, l'opzione per il sistema delle "vie parallele", che avrebbe richiesto la predisposizione di meccanismi atti a garantire il coordinamento fra procedure sulla medesima causa svolgentisi, rispettivamente, in sede arbitrale e in sede giudiziale.

Onde ovviare ad una situazione che, nel discriminare il regime applicabile al lodo e alla sentenza e, in particolare, nel non prevedere la revocabilità del lodo in base a motivi "ordinari" di revocazione, potrebbe financo adombrare profili di incostituzionalità del sistema per violazione degli artt. 3 e 24 Cost.⁵⁶², parte della dottrina ha tentato di aggirare la *non revocabilità* del lodo per contrasto con un precedente giudicato (arbitrale o giudiziale) esterno, proponendo, tuttavia, percorsi argomentativi differenti.

Per alcuni autori, la revocabilità del lodo, preclusa dall'art. 395, comma 1, n. 5 c.p.c., potrebbe essere "riesumata" attraverso l'impugnazione del lodo ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 1 c.p.c. (che, come noto, è condizionata alla tempestiva contestazione della *potestas arbitrato* nel procedimento *apud arbitros*) o dell'art. 829, comma 1, n. 10 c.p.c.⁵⁶³, con la *contestuale produzione del precedente giudicato*.

Per altri, sulla scorta di tentativi già fatti in passato, soprattutto all'indomani della riforma del 1994 (quando, muovendo dalla asserita assimilazione del lodo alla sentenza, si era sostenuta la necessità di ammettere la revocabilità non solo della sentenza contraria a precedente lodo definitivo⁵⁶⁴, ma, altresì, la revocabilità

⁵⁶¹ Secondo F. CAMPIONE, *Un itinerario (non solo) giurisprudenziale sulla revocazione del lodo*, in *Riv. arb.* 2011, 725, la mancata modifica degli artt. 395 e 831 c.p.c. appare tanto più significativa se rapportata alla rammentata parificazione del lodo alla sentenza resa dall'autorità giudiziaria.

⁵⁶² V., in tal senso, G. TARZIA, *Conflitti fra lodi*, cit., 631 ss. e 642 e, per ulteriori riferimenti, S. IZZO, *La convenzione arbitrato nel processo*, cit., 204 ss. Un orientamento risalente della giurisprudenza tendeva a risolvere tale criticità in chiave sistematica, individuando il punto di equilibrio dello sbilanciato regime delle impugnazioni nell'esperibilità della revocazione avverso la sentenza che avesse pronunciato sull'impugnazione di nullità del lodo, la quale, dovendo qualificarsi come emessa in grado di appello ai sensi e per gli effetti dell'art. 395, comma 2, n. 5 c.p.c., sarebbe stata impugnabile: "(...) per tutti i motivi previsti da questo articolo": v., in tal senso, Cass. 4 ottobre 1994, n. 8403, in *Foro it.* 1995, I, 735 ss.; Cass. 11 febbraio 1988, n. 1465, in *Giust. civ.* 1998, I, 1508; Cass. 19 luglio 1982, n. 4237, *ivi*, I, 521.

⁵⁶³ Così S. IZZO, *La convenzione arbitrato nel processo*, cit., 255 ss. Analogamente S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 376.

⁵⁶⁴ S. MENCHINI, *La natura e la disciplina dell'eccezione*, cit., 300; G.F. RICCI, *Sub art. 819 bis c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, Bologna 2001, 368; E.F. RICCI, *La «funzione giudicante*,

del lodo contrario a precedente sentenza⁵⁶⁵), la revocabilità del lodo potrebbe fondarsi *ora* sul combinato disposto degli artt. 827 e 831 c.p.c. (con la prima norma che, nel prevedere l'impugnabilità del lodo con revocazione, richiamerebbe *l'integrale disciplina* di tale mezzo d'impugnazione – dunque *anche* la revocazione per motivi “ordinari” –, e con la seconda che si limiterebbe, invece, a specificare i casi, corrispondenti ai motivi di revocazione straordinaria, in cui il rimedio sarebbe irrinunciabile in via preventiva)⁵⁶⁶; *ora* su un'interpretazione estensiva dell'art. 829, comma 1, n. 8 c.p.c., sì da consentire la deduzione, attraverso l'impugnazione per nullità anche, del precedente giudicato *non prodotto nel corso del giudizio arbitrale*⁵⁶⁷; *ora*, infine, sull'invocazione, nell'ambito del giudizio di impugnazione per nullità, del motivo della violazione dell'ordine pubblico processuale⁵⁶⁸.

Tali tentativi, tuttavia, come non si è mancato di rilevare, appaiono difficilmente praticabili⁵⁶⁹, perché rappresenterebbero una eccessiva forzatura del tenore

cit., 356; ID., *L'«efficacia vincolante» del lodo arbitrale dopo la legge n. 25 del 1994*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1994, 817; G. TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali e tra lodi e sentenze*, in *Riv. dir. proc.* 1994, 645.

⁵⁶⁵ D. GIACOBBE, E. D'ALESSANDRO, *L'arbitrato*, Milano 1999, 145 ss. e 190 ss.; G. TARZIA, *Conflitti tra lodi*, cit., 645. Ma v. E. MARINUCCI, *Note sull'impugnazione*, cit., 1185 e 1190, per la quale l'art. 831 c.p.c., nel prevedere l'impugnazione per revocazione “(...) nei casi nei quali (...)”, parrebbe individuare tutti i – e non altri – motivi di revocazione deducibili contro il lodo; altrimenti, argomentando in senso opposto, il comma successivo della norma, che utilizza la stessa locuzione con riferimento all'opposizione di terzo, risulterebbe ridondante.

⁵⁶⁶ L. SALVANESCHI, *Arbitrato, sub art. 831 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 945.

⁵⁶⁷ Così F. TOMMASEO, *Le impugnazioni del lodo arbitrale*, cit., 214.

⁵⁶⁸ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 817 c.p.c.*, 755 e *Sub art. 831 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 842, secondo la quale la possibilità di fondare la revocabilità del lodo sulla base degli altri motivi di cui al comma 1 dell'art. 829 c.p.c. risulterebbe preclusa dalla necessità della previa produzione del lodo nel corso del giudizio arbitrale. Nel senso della revocabilità del lodo contrario a precedente sentenza o a lodo non prodotti v. G.F. RICCI, *Ancora sulla natura*, cit., 177; ID., *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 502; A. RONCO, *Revocazione e lodo arbitrale*, cit., 730; E. RIGHETTI, *L'eccezione di compromesso*, in AA.VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino 2008, II, 644.

⁵⁶⁹ V., in tal senso, C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., II, 2012, 415; ID., *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2007, 433 ss., che già prima della riforma si era espresso contro ogni tentativo di integrazione del dettato normativo: v. C. PUNZI, *Natura dell'arbitrato e regolamento di competenza*, nota a Cass. S.U. 25 giugno 2002, n. 9289, in *Giust. civ.* 2003, 725; ID., voce *Arbitrato: arbitrato rituale e irrituale*, in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma 1995, 36; ID., *L'efficacia del lodo arbitrale*, cit., 23. In senso contrario alla proponibilità della revocazione ordinaria nei confronti della decisione arbitrale v., nella giurisprudenza pre-riforma, Cass. 4 ottobre 1994, n. 8043; Cass. 11 febbraio 1988, n. 1465. Per l'impossibilità di far valere, ai

letterale della disposizione di cui all'art. 829, comma 1, n. 8 c.p.c., risolvendosi, di fatto, in un'interpretazione *contra legem*.

Invero, la scelta del legislatore di modificare l'art. 829, comma 1, n. 8 c.p.c., prevedendo uno *specifico onere di produzione del precedente giudicato*, appare inequivoca nel porre limiti ben precisi alla deducibilità del vizio in parola, potendo esso essere utilizzato per far valere le censure che normalmente ricadrebbero nell'ambito dell'art. 395, comma 1, n. 5 c.p.c. *solo ove la norma non contenesse tale specificazione*⁵⁷⁰.

Per quanto opinabile in punto di opportunità, dunque, si tratterebbe, in fin dei conti, di una scelta espressa del legislatore, di cui l'interprete dovrebbe limitarsi a prendere atto⁵⁷¹; ciò anche alla luce del fatto, da un lato, che la predisposizione di diversi regimi d'impugnazione rientra fra le facoltà del legislatore⁵⁷² e, dall'altro, che l'inoperatività della revocazione ordinaria nei rapporti fra arbitro e processo potrebbe trovare fondamento e giustificazione nella scarsa attenzione posta dal legislatore, in generale, al tema del coordinamento fra le due procedure (rispettivamente, arbitrale e giudiziale), rispetto al quale l'esclusione dell'operatività dell'istituto della litispendenza implicherebbe l'accettazione, implicita, dell'idea di derogare, sia pur parzialmente, al divieto del *ne bis in idem*⁵⁷³.

D'altra parte, non appare inconcepibile o irragionevole un sistema nel quale l'operatività del giudicato sia rimessa all'iniziativa delle parti (attraverso la sua materiale produzione in giudizio), soprattutto quando uno degli istituti coinvolti nasca e si svolga per la maggior parte *al di fuori* dall'organizzazione giudiziaria statale⁵⁷⁴.

sensi dell'art. 395, comma 1, n. 5, c.p.c., la contrarietà della sentenza a precedente lodo, v. invece Cass. 7 aprile 1997, n. 3001 e Cass. 8 luglio 1996, n. 6205.

⁵⁷⁰ E. MARINUCCI, *Note sull'impugnazione del lodo arbitrale*, cit., 1188.

⁵⁷¹ E. MARINUCCI, *Note sull'impugnazione del lodo arbitrale*, cit., 1191; F. CAMPIONE, *Un itinerario (non solo) giurisprudenziale*, cit., 723; C. CONSOLO, *Le impugnazioni*, cit., 568. Osserva peraltro A. RONCO, *Revocazione e lodo arbitrale*, cit., 729 che potrebbe verificarsi il caso di un lodo non impugnabile per nullità (per non essere stato prodotto agli atti il precedente lodo inoppugnabile), né, ovviamente, revocabile, che venga tuttavia impugnato per altro motivo e successivamente annullato dalla Corte d'appello con decisione nel merito della controversia. In tal caso, la decisione resa dalla Corte, che risultasse contraria al precedente giudicato arbitrale non prodotto dinanzi agli arbitri, dovrebbe poter essere sarebbe suscettibile di revocazione ai sensi dell'art. 395 c.p.c.

⁵⁷² Così E. MARINUCCI, *Note sull'impugnazione del lodo arbitrale*, cit., 1188.

⁵⁷³ In altre parole, se si accetta l'idea che fra arbitro e processo ordinario non trovi applicazione la litispendenza, dovrebbe parimenti accettarsi l'idea che *anche la rilevanza della cosa giudicata* (di cui la litispendenza costituisce un'anticipazione) possa operare *in modo differente* rispetto a quanto accade nel processo ordinario.

⁵⁷⁴ Il che giustificerebbe il *favor* per l'arbitro che emerge dalla previsione di cui all'art. 829, comma 1, n. 8 c.p.c., consistente nel fatto che, ai fini dell'accoglimento dell'impugnazione proposta contro il lodo, sia necessario che il precedente giudicato sia prodotto agli atti del procedimento

Dunque, dall'attuale quadro normativo dovrebbe discendere che un lodo, in contrasto con un precedente giudicato (arbitrale o giudiziale), dovrebbe poter essere censurato ed annullato in sede di impugnazione per nullità, ai sensi del motivo di cui al n. 8, *solo nel caso in cui quel giudicato sia stato bensì prodotto*, ma, ad esempio, sia mancato il rilievo d'ufficio (oltre che quello di parte), oppure l'arbitro abbia (con motivazione erronea) rigettato la relativa eccezione e ciononostante deciso la lite nel merito. Al contrario, la mancata produzione del precedente giudicato, ogniqualvolta ne sarebbe stata possibile la produzione (perché il giudicato si sarebbe formato in un momento in cui il giudizio arbitrale era in una fase ancora idonea a riceverlo), dovrebbe rendere immune il lodo da possibili contestazioni per questo motivo⁵⁷⁵, con la conseguenza di consentirne (in mancanza di altri fondati motivi di impugnazione) la cristallizzazione e la prevalenza sul giudicato (eventualmente confliggente) precedentemente formatosi.

Tale conclusione troverebbe fondamento non solo nei ben noti principi sulla prevalenza del secondo giudicato formatosi nel tempo, ma, altresì, in un'interpretazione dell'omessa deduzione del precedente provvedimento nel senso della manifestazione di una volontà implicita delle parti, compatibile e conforme al carattere privatistico dello strumento di risoluzione della disputa tra loro insorta, di rinunciare al precedente giudicato, superandone la portata in favore della seconda pronuncia⁵⁷⁶.

Nel caso in cui, invece, la mancata produzione in arbitrato del precedente giudicato dipenda dal fatto che questo si sia formato solo successivamente alla conclusione del giudizio arbitrale, o comunque in un momento in cui la sua deduzione non era più possibile nell'ambito di quest'ultimo, si discute se il giudicato precedente possa essere comunque prodotto, *per la prima volta*, in sede di impugnazione del lodo (*ad instar* di quanto avverrebbe, *mutatis mutandis*, nei rapporti tra giudicati statali, con riferimento alla deducibilità del contrasto non tramite la revocazione, ma attraverso il ricorso per cassazione); oppure se, non essendo stati formalmente integrati i requisiti prescritti dal motivo di cui al comma 1, n. 8 dell'art. 829 c.p.c. per un'efficace censura del lodo successivo confliggente, di nuovo la coesistenza delle due decisioni debba essere risolta *in favore di quella*

arbitrale, laddove, con riferimento alla sentenza, tale circostanza è invece irrilevante; A. RONCO, *Revocazione e lodo arbitrale*, cit., 728; R. MURONI, *La pendenza*, cit., 224. Tale diversità di regime potrebbe anche trovare una sua ragione d'essere (non si sa quanto consapevole e intenzionale) nel fatto che, per l'ordinamento, il contrasto fra due provvedimenti giurisdizionali appare più grave rispetto a quello tra un lodo e una sentenza.

⁵⁷⁵ C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., II, 2012, 558; G. RUFFINI, S. BOCCAGNA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in M. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. RADICATI DI BROZOLO, *Commentario*, cit., 348; E. MARINUCCI, *L'impugnazione*, cit., 200; MARINUCCI, *Note sull'impugnazione del lodo arbitrale*, cit., 1179 ss.

⁵⁷⁶ M. BOVE, *La giustizia privata*, 4^a ed., cit., 225.

formatasi per seconda. In base al dettato testuale di quest'ultima norma, risulta in ogni caso pacifica la non deducibilità, in sede di impugnazione del lodo, di taluni "contrast"i" sussumibili nell'ambito di applicazione della precedente formulazione della disposizione⁵⁷⁷.

Va poi osservato che, nell'ambito di un giudizio di impugnazione per nullità, la contrarietà di un lodo ad un precedente giudicato (statale o arbitrale) potrà essere rilevata e invocata, ai fini dell'ottenimento di una pronuncia di annullamento, *solo attraverso l'iniziativa della parte che vi abbia interesse*, essendo precluso al giudice togato il rilievo officioso di vizi non espressamente dedotti dalle parti con l'atto di impugnazione⁵⁷⁸. La Corte d'appello, in altri termini, non potrà in alcun modo rilevare d'ufficio l'*error in procedendo* in cui siano incorsi gli arbitri per non aver rispettato il precedente giudicato prodotto in giudizio (o per non aver pronunciato sulla relativa eccezione), ove il lodo venga impugnato per un motivo *diverso* da quello di cui all'art. 829, comma 1, n. 8 c.p.c. In tal caso, la decisione arbitrale, pur contraria a un precedente giudicato, diverrà insuscettibile di rimozione, integrando l'omessa impugnazione delle parti, nei fatti, una loro rinuncia a dare rilievo al contrasto fra pronunce⁵⁷⁹.

⁵⁷⁷ Si tratta, in particolare, dei casi di contrasto con un precedente lodo non definitivo in quanto ancora impugnabile, reso nel medesimo giudizio arbitrale (che potrà essere fatto valere invocando il motivo di cui al n. 4 del comma 1 dell'art. 829 c.p.c.); del contrasto con una precedente sentenza, bensì passata in giudicato, *ma non prodotta nel giudizio arbitrale*; del contrasto con un precedente lodo reso in un altro giudizio, e bensì non più impugnabile, *ma non prodotto nel giudizio arbitrale*; del contrasto con una sentenza che sia passata in giudicato successivamente alla chiusura della discussione dinanzi agli arbitri (v. Cass. 30 novembre 2017, n. 28827); del contrasto con un lodo reso in un altro giudizio e divenuto definitivo (ossia non più impugnabile) solo successivamente alla chiusura della discussione dinanzi agli arbitri.

⁵⁷⁸ Così E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 755 e, prima della riforma, S. MENCHINI, *La natura e la disciplina dell'eccezione*, cit., 301; Cass. 2 marzo 2000, n. 2307, in *Riv. arb.* 2001, 221, nt. G. RUFFINI, *Motivi di impugnazione per nullità del lodo arbitrale e poteri della Corte d'appello*; Cass. 22 gennaio 1986, n. 398. Ma v. F.P. LUISO, *Dopo il lodo – Il controllo*, cit., 4, per il quale sarebbero rilevabili d'ufficio in sede di impugnazione di nullità avverso il lodo: "(...) tutte quelle nullità che non debbono essere eccepite dalla parte nel processo arbitrale".

⁵⁷⁹ S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 246; S. MENCHINI, *Impugnazioni del lodo 'rituale'*, cit., 188. Ma v., in senso dubitativo, M. BOVE, *L'impugnazione per nullità del lodo rituale*, cit., 31 ss.; ID., *La giustizia privata*, 4^a ed., cit., 224 ss., per il quale bisognerebbe distinguere due situazioni: se la questione era stata decisa dagli arbitri, il richiamo ai principi generali in materia di impugnazioni imporrebbe di escludere la rilevanza d'ufficio della questione del contrasto con un precedente giudicato, gravando sulla parte l'onere di coltivarne la censura in sede di impugnazione; se, invece, la questione non era stata sollevata e/o rilevata nell'ambito del giudizio arbitrale, non vi sarebbero ostacoli a che il giudice dell'impugnazione la rilevasse, per la prima volta, d'ufficio. Ma v. App. Roma 28 agosto 2013, in *Riv. arb.* 2015, 355 ss., che ha ricondotto la fattispe-

17.3. *La spendita del lodo arbitrale non più impugnabile nel giudizio statale: condizioni, regime di rilevabilità e conseguenze del mancato rilievo del precedente “giudicato”*

Per quanto riguarda, invece, la spendita del giudicato *arbitrale* (*rectius*, del lodo “non più impugnabile”⁵⁸⁰) nel giudizio statale, la questione del regime applicabile alla sua rilevabilità è se possibile, ancor più controversa⁵⁸¹.

In senso contrario alla sua rilevabilità d’ufficio si è messo l’accento (soprattutto, ma non solo, nell’ambito dell’orientamento interpretativo tradizionalmente

cie di un lodo pronunciato in violazione di un precedente giudicato ad un’ipotesi di carenza di patto arbitrale.

⁵⁸⁰ Con la locuzione “lodo non più impugnabile”, rimasta inalterata anche dopo l’ultima riforma, il legislatore è parso confermare che l’efficacia conformativa della decisione arbitrale definitiva consegua, in primo luogo, *all’inutile decorso dei termini previsti dall’art. 828 c.p.c.* per la proposizione dell’impugnazione per nullità. Ove, invece, l’impugnazione sia proposta e accolta e la Corte d’appello si occupi anche del giudizio rescissorio, il “giudicato” si formerà (*sulla nuova decisione e non più sul lodo*) quando sia decorso il termine per la proposizione del ricorso per cassazione o all’esito di quest’ultimo. Benché, infine, la formulazione dell’art. 829, comma 1, n. 8, c.p.c. sembri collegare la formazione del giudicato sostanziale alla non proponibilità dell’impugnazione per nullità, nel caso in cui l’impugnazione sia proposta, ma rigettata dalla Corte d’appello, non pare si possa prescindere dalla necessità del passaggio in giudicato della sentenza del giudice d’appello (per inutile decorso dei termini per la proposizione dell’impugnazione avverso essa o per rigetto dell’impugnazione proposta), atteso che l’art. 2945, comma 3, c.c. ricollega il mantenimento dell’effetto interruttivo permanente della prescrizione *al passaggio in giudicato della sentenza resa in sede d’impugnazione del lodo*. Per maggiori riferimenti v. E. D’ALESSANDRO, *Riflessioni sull’efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell’art. 824 bis c.p.c.*, in *Riv. arb.* 2007, 541. D’altra parte, si è visto che parte della dottrina ricollega alla diversa formulazione associata alla pronuncia divenuta incontrovertibile, resa, rispettivamente, in sede arbitrale e in sede giudiziale (“lodo non più impugnabile”, nel primo caso; “sentenza passata in giudicato”, nel secondo caso), un diverso inquadramento giuridico e una diversa disciplina dei relativi effetti. V., ad esempio, E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 756, nt. 202, per la quale tale diversa formulazione non si limiterebbe al piano meramente terminologico, ma mostrerebbe l’intenzione del legislatore di: “(...) non voler accordare al lodo la forza incontrovertibile tipica della pronuncia autoritativa ed, in ultima analisi, di non voler recepire acriticamente, per il lodo, il regime della cosa giudicata”. V., anche, C. PUNZI, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, II, cit., 94, per cui il confronto tra l’art. 395, comma 1, n. 5, c.p.c. e l’art. 829, comma 1, n. 8, c.p.c., anziché dimostrare una coincidenza o assimilazione, sul piano sostanziale, tra lodo e sentenza, ne rimarcherebbe il divario. Anche altri autori, pur se sotto diversi profili (regime applicabile ai lodi parziali e alle sentenze non definitive), hanno sempre auspicato che la disciplina dei lodi dovesse essere tenuta distinta, sul piano dei concetti, da quella delle sentenze: v. G. RUFFINI, *La divisibilità del lodo arbitrale*, cit., 439 ss.; L. MONTESANO, *Sui lodi parziali di merito*, cit., 2487 ss.; D. DALFINO, *Lodi non definitivi su questioni preliminari di merito*, in *Il Giusto proc. civ.* 2010, 303 ss.

⁵⁸¹ Per riferimenti al dibattito v. G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell’arbitrato*, 5ª ed., cit., 194 ss.; A. RONCO, *Revocazione e lodo arbitrale*, cit., 729 ss.

contrario alla ricostruzione del fenomeno arbitrale in termini giurisdizionalistici) sul carattere privatistico dell'istituto arbitrale; nello specifico, sul fatto che la devoluzione in arbitrato di una controversia discenderebbe, sempre e comunque, dalla *comune volontà delle parti*⁵⁸².

Di qui la loro libertà di "rinunciare" ad avvalersi del risultato finale dell'opzione in favore della giustizia privata, per sottoporre la controversia, vergine, alla cognizione dell'autorità giudiziaria (al pari di quanto accade, *mutatis mutandis*, quando, spontaneamente e consensualmente, le parti decidono di sottrarre al giudice statale, attraverso la stipulazione del patto arbitrale, la cognizione sul merito di una determinata lite)⁵⁸³. In tale ottica, la proposizione, nel giudizio statale, dell'eccezione di previo giudicato arbitrale ad opera della parte interessata condizionerebbe, ora come in passato, non solo la possibilità di paralizzare il giudizio statale, ma altresì la proponibilità dell'impugnazione avverso la decisione del giudice statale, confliggente con quel giudicato.

La dottrina favorevole alla rilevabilità d'ufficio dell'eccezione di previo giudicato arbitrale nel giudizio statale mette invece l'accento (come già visto in relazione alla medesima questione, ma nel contesto del giudizio arbitrale), da un lato, sull'equiparazione del lodo alla sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, codificata all'art. 824 *bis* c.p.c. (e, in generale, sulla riconducibilità dell'arbitrato ad un fenomeno propriamente giurisdizionale)⁵⁸⁴; dall'altro, sulla modifica del mo-

⁵⁸² In tal senso v. G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale. Studio di diritto italiano e comparato*, Napoli 2012, 299 ss., per il quale la soluzione sistematicamente più coerente sarebbe quella di riservare alle parti il potere di invocare un precedente lodo non più impugnabile nell'ambito di un processo statale, trattandosi di un'autonoma decisione di natura privata che informa l'intero processo arbitrale, dalle sue fondamenta (il patto arbitrale) al suo prodotto finale (il lodo). In tal senso v., ad esempio, Cass. 11 settembre 2007, n. 19090, per la quale la rilevabilità d'ufficio del giudicato statale affonderebbe: "(...) la propria *ratio* nel particolare carattere della sentenza del giudice statale e nella natura pubblicistica dell'interesse al suo rispetto"; F. AULETTA, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 431.

⁵⁸³ In tal senso G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile. Ristampa con prefazione di Virgilio Andrioli*, Napoli 1980, 117; T. CARNACINI, *Arbitrato rituale*, in *Noviss. Dig. It.*, I, Torino 1957, 880.

⁵⁸⁴ In tal senso v. E. D'ALESSANDRO, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme*, cit., 978 ss.; ID., *Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell'art. 824-bis c.p.c.*, in *Riv. arb.* 2007, 550 ss.; S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela della convenzione arbitrale*, in *Riv. arb.* 2013, 395 ss.; ID. (già prima della riforma), *La natura e la disciplina dell'eccezione*, cit., 290 ss.; A. RONCO, *Revocazione e lodo arbitrale*, cit., 730; M. BOVE, *La giustizia privata*, 4^a ed., cit., 224 ss., per il quale, quand'anche la giustizia privata si fondi su un accordo privato delle parti (il patto arbitrale), il suo esito sarebbe tuttavia un giudicato in tutto analogo a quello statale, tanto che, ove la relativa eccezione non dovesse essere sollevata nel corso del giudizio statale, dovrebbe poter fondare l'impugnazione per revocazione ordinaria della sentenza ai sensi dell'art. 395, comma 1, n. 5, c.p.c., ossia per contrasto con un precedente giudicato (arbitrale); G.F. RICCI, *Ancora sulla natura e sugli effetti del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.* 2011, 175 ss.

tivo di cui al n. 8 dell'art. 829, comma 1 c.p.c., che non contempla più, tra i requisiti per l'impugnabilità del lodo contrario a precedente sentenza o lodo non più impugnabile, la deduzione della relativa eccezione nel giudizio arbitrale (ma, appunto, solo la produzione del relativo provvedimento), implicando così, secondo questo orientamento, la rilevabilità d'ufficio del previo giudicato esterno (sia arbitrale che giudiziale)⁵⁸⁵. In quest'ottica, il mancato rilievo officioso, da parte del giudice ordinario, del precedente giudicato arbitrale, dovrebbe legittimare la parte interessata a censurare, in sede di impugnazione, la decisione del giudice statale con esso confligente⁵⁸⁶.

I contrasti in dottrina e giurisprudenza sussistono, d'altra parte, non solo sul regime di rilevabilità di un precedente giudicato arbitrale nell'ambito di un giudizio statale, ma, anche, sui rimedi esperibili avverso una decisione del giudice con esso confligente. In linea di principio, non vi sono dubbi che, ove il giudizio or-

⁵⁸⁵ In tal senso v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829 c.p.c.*, 754, per la quale la rilevabilità d'ufficio, nell'ambito di un giudizio arbitrale, sia di una precedente sentenza passata in giudicato, sia di un precedente lodo non più impugnabile non discenderebbe dalla loro equiparazione *quoad effectum*, ma: "(...) da una corretta esegesi" dell'art. 829, comma 1, n. 8, c.p.c.; S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 398 ss.; ID., *Impugnazioni del lodo 'rituale'*, cit., 188 e in *Riv. arb.* 2005, 852, per il quale, appunto, la modifica normativa intenderebbe: "(...) far propri alcuni dei principi sanciti dalla sentenza n. 226/2001 delle sezioni unite in punto di rilievo officioso dell'eccezione di giudicato".

⁵⁸⁶ V., sul punto, G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5ª ed., cit., 192 ss., per il quale l'assimilazione del lodo alla sentenza, sancita espressamente dall'art. 824 *bis* c.p.c. dovrebbe indurre a ritenere che la pronuncia statale contraria ad un precedente lodo non più impugnabile possa essere aggredita esattamente come può essere aggredita la sentenza contraria ad altra sentenza, dunque attraverso la deduzione di un *error in procedendo* che, in sede di legittimità, dovrebbe essere fatto valere ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 4, c.p.c. e per la cui verifica la Corte di Cassazione potrà esercitare una cognizione diretta sul lodo, onde verificare che si tratti effettivamente di precedente giudicato; impugnazione che, in caso di accoglimento, dovrebbe condurre ad una cassazione senza rinvio. Sul punto v. anche E. D'ALESSANDRO, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI, *Commentario alle riforme*, cit., 979; ID., *Riflessioni sull'efficacia del lodo*, cit., 552 ss. Una posizione intermedia è sostenuta da A. RONCO, *Revocazione e lodo arbitrale*, cit., 730, per il quale, pur essendo il lodo arbitrale non più impugnabile soggetto al regime del rilievo di ufficio, le parti possono estinguerne gli effetti attraverso i loro poteri di autonomia negoziale, mentre lo stesso non potrebbe dirsi per quanto attiene al giudicato statale; anche per G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 300, le parti sarebbero legittimate a: "(...) rinunciare alla precedente decisione arbitrale e rimuoverne gli effetti". V., sul punto, la peculiare decisione di Trib. Milano 28 settembre 2009, in *Riv. arb.* 2012, 321 che, in un caso in cui la parte soccombente in un arbitrato aveva adito il giudice ordinario sulla base dei medesimi fatti, lì dedotti come inadempimento contrattuale, e stavolta qualificati come fatto illecito, ritenendo che il diverso titolo giuridico non valesse a rendere "altra" la domanda, ha bensì ritenuto fondata l'*exceptio rei jam judicatae*, ma subordinandola alla previa dichiarazione di incompetenza fondata sull'accertata fondatezza dell'eccezione di compromesso.

dinario di primo grado non sia stato paralizzato per tempo dalla deduzione, produzione o rilievo (a seconda delle diverse ipotesi ricostruttive) del precedente giudicato arbitrale, lo strumento per far valere la contrarietà a questo della decisione statale sia rappresentato dall'appello (nell'ambito del quale dovrebbe potersi dedurre anche, per la prima volta, ai sensi dell'art. 345, comma 2 c.p.c., il giudicato arbitrale, ove si acceda alla tesi della sua rilevabilità d'ufficio in sede ordinaria⁵⁸⁷).

Con riferimento, invece, ai rimedi esperibili avverso le sentenze rese in grado d'appello o in unico grado, si registrano posizioni divergenti.

Stando al dato letterale delle disposizioni che qui rilevano (in particolare, l'art. 395, comma 1, n. 5 c.p.c.), l'unico rimedio esperibile sarebbe il ricorso per cassazione, ma solo nel caso in cui la pronuncia di merito *abbia deciso sulla relativa eccezione* (risolvendo il conflitto con qualsivoglia esito) o nel caso in cui il giudicato arbitrale sia sopravvenuto, ossia si sia formato *successivamente alla conclusione del giudizio* (o comunque alla possibilità di ivi utilmente invocarlo)⁵⁸⁸; in caso contrario (ossia di mancata produzione del lodo nell'ambito dei giudizi di merito), non sarebbe ammessa censura alcuna, sotto il profilo che qui rileva, nei confronti della sentenza d'appello o di quella resa in unico grado, proprio perché il rimedio revocatorio non contempla, tra i motivi invocabili, la contrarietà della sentenza *ad un precedente lodo non più impugnabile*.

Alla luce, tuttavia, dell'equiparazione *quoad effectum* tra lodo arbitrale e sentenza statale sancita dall'art. 824 *bis* c.p.c., una parte della dottrina, al pari, come si è più volte ricordato in precedenza, di quanto ipotizzato nel vigore del precedente contesto normativo, soprattutto all'indomani della riforma del 1994 (che, secondo questo orientamento, avendo equiparato, sotto il profilo effettuale, il lodo alla sentenza, avrebbe aperto la strada per ammettere la revocabilità della sentenza contraria anche ad un precedente lodo non più impugnabile, oltre che ad una sentenza già passata in giudicato⁵⁸⁹), ha suggerito di procedere ad un'integrazione della disciplina normativa, attraverso un'interpretazione *estensiva* dell'art. 395, comma 1, n. 5 c.p.c., sì da ammettere la revocabilità della sentenza *contraria*

⁵⁸⁷ In tal senso v. S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 257; E. MARINUCCI, *Note sull'impugnazione del lodo arbitrale*, cit., 1186.

⁵⁸⁸ Cass. 23 maggio 2019, n. 13987; Cass. 31 maggio 2019 n. 14883; Cass. 27 gennaio 2012, n. 1189; Cass. S.U. 20 ottobre 2010, n. 21493.

⁵⁸⁹ Per un'interpretazione estensiva dell'art. 395, comma 1, n. 5 c.p.c., nel senso di ricomprendervi anche il lodo non impugnato o non più impugnabile v., prima della riforma, C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione*, cit., 668; E.F. RICCI, *La «funzione giudicante*, cit., 356; ID., *L'efficacia vincolante del lodo arbitrale*, cit., 819; G. TARZIA, *Conflitti fra lodi*, cit., 631; S. MENCHINI, *La natura e la disciplina dell'eccezione*, cit., 300; G.F. RICCI, *Sub art. 819 bis c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 2001, 368.

*anche a precedente lodo non più impugnabile*⁵⁹⁰, nel rispetto della condizione ivi contemplata della *mancata pronuncia sulla relativa eccezione*. Si consentirebbe, così, la revocabilità della sentenza non solo in caso di mancata pronuncia del giudice statale sull'eccezione di previo giudicato arbitrale pur se dedotto o prodotto, ma anche nel caso della *mancata deduzione o produzione tout court* del giudicato nell'ambito del giudizio statale⁵⁹¹.

Tale opzione ricostruttiva, seppur non irragionevole, soprattutto alla luce dell'art. 824 *bis* c.p.c., finirebbe per legittimare una eccessiva differenziazione fra il regime, da un lato, della sentenza, che risulterebbe assoggettabile (oltre che al ricorso per cassazione, altresì) alla revocazione ordinaria per contrarietà con un precedente giudicato arbitrale non prodotto o su cui comunque non via sia stata alcuna decisione e, dall'altro, del lodo, che rimarrebbe invece assoggettabile alla sola impugnazione per nullità (non, invece, alla revocazione per contrasto con una precedente sentenza statale passata in giudicato, *ma non prodotta nel giudizio arbitrale*⁵⁹²). Ne risulterebbe una soluzione di spiccato favore per l'arbitrato e per il lodo (di cui verrebbe significativamente puntellata la stabilità rispetto alla sentenza), in un certo qual senso disso-

⁵⁹⁰ In tal senso G.F. RICCI, *Ancora sulla natura*, cit., 177; ID., *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, Bologna 2007, 502; A. RONCO, *Revocazione e lodo arbitrale*, cit., 727 ss.; E. RIGHETTI, *L'eccezione di compromesso*, cit., 644; M. BOVE, *La giustizia privata*, 4^a ed., cit., 213 ss.; F. CAMPIONE, *Un itinerario (non solo) giurisprudenziale*, cit., 723; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, Bologna 2007, 754.

⁵⁹¹ Anche se, a fronte della rammentata rilevabilità officiosa del precedente giudicato, una parte della dottrina ritiene che, contrariamente al passato, quando il rimedio revocatorio era esperibile a prescindere dal fatto che la pronuncia fosse stata allegata o meno agli atti (così C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., II, 2012, 556; ID., *"Efficacia di sentenza" del lodo*, cit., in *Riv. arb.* 2005, 839), nel caso di omesso rilievo di un giudicato risultante *ex actis* la sentenza resa dal giudice di secondo grado dovrebbe ritenersi impugnabile con il ricorso per cassazione e non più con la revocazione ordinaria, il cui utilizzo sarebbe circoscritto all'ipotesi in cui il giudicato *non sia proprio stato prodotto in giudizio*. V. sul punto, F. CAMPIONE, *Un itinerario (non solo) giurisprudenziale*, cit., 723; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829 c.p.c.*, cit., 754.

⁵⁹² V., sul punto, S. MENCHINI, *Impugnazioni del lodo 'rituale'*, cit., 188 ss., per il quale il regime del lodo e quello della sentenza contrari a precedente giudicato sarebbe del tutto analogo, *quanto volte quest'ultimo risulti da atti del processo*. Per contro, emergerebbero delle differenze per il caso in cui la precedente sentenza e il precedente lodo *non siano stati prodotti*: Invero, in tali ipotesi, mentre la sentenza sarà suscettibile di essere revocata ai sensi dell'art. 395, comma 1, n. 5 c.p.c., il lodo non potrà essere in alcun modo eliminato, in ragione, da un lato, del dato testuale di cui all'art. 829 comma 1, n. 8 c.p.c. e, dall'altro, di quello di cui all'art. 831, comma 1 c.p.c., che non richiama, tra i motivi di revocazione del lodo, il n. 5 dell'art. 395, comma 1 c.p.c. Detta norma, infatti, è stata sempre ritenuta dalla dottrina maggioritaria un ostacolo non superabile al fine dell'ammissibilità della revocazione di un lodo per i motivi revocatori "ordinari", in particolare, appunto, di quello di cui al n. 5 dell'art. 395, comma 1 c.p.c. Per riferimenti v. S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 257.

nante rispetto alla *pari dignità ed efficacia attribuiti al lodo e alla sentenza* dall'ultima riforma, e altresì non del tutto in linea con il dato normativo⁵⁹³.

17.4. *Il problema del conflitto tra un "giudicato" arbitrale e un giudicato statale sulla medesima causa*

Questi, dunque, i profili collegati alla spendita, in un giudizio, del giudicato (arbitrale o giudiziale) sul merito, formatosi per primo nell'altro.

V'è da chiedersi (questione già più volte accennata *en passant*) cosa accada quando non sia avvenuta la spendita, nell'ambito di un giudizio ancora pendente, del giudicato già formatosi nell'altro, o quando tale spendita sia bensì avvenuta, ma non sia stata idonea (secondo tempi, modi ed effetti diversi a seconda delle diverse ricostruzioni elaborate in dottrina e in giurisprudenza in tema di regime applicabile alla spendita e al rilievo delle relative eccezioni⁵⁹⁴) né a paralizzare il

⁵⁹³ Sicché, come auspicato da una parte della dottrina (tra cui C. CONSOLO, *Le impugnazioni*, cit., 568; F. CAMPIONE, *Un itinerario*, cit., 723; E. MARINUCCI, *Note sull'impugnazione*, cit., 1191), sarebbe forse più corretto prendere atto del dettato normativo e "rassegnarsi" all'inammissibilità del rimedio revocatorio, tanto nei confronti della sentenza, quanto nei confronti del lodo.

⁵⁹⁴ Come illustrato nel corso della trattazione, gli scenari possono essere i più vari, e altrettanto variegata sono le ricostruzioni del dato normativo elaborate dalla dottrina. Si pensi al caso della *mancata produzione nel giudizio arbitrale del precedente giudicato*, conseguente non all'inerzia delle parti, ma ad una oggettiva impossibilità non imputabile alla volontà delle parti (come nel caso in cui la precedente decisione sulla medesima causa si consolidi successivamente al deposito delle difese finali o il passaggio in giudicato della precedente decisione avvenga quando la controversia sia stata già assunta in decisione dagli arbitri). Se una situazione analoga si verifica nell'ambito del giudizio ordinario, la sentenza contraria al precedente giudicato non prodotto potrebbe essere impugnata con lo strumento della revocazione (*sempre*, nel caso di precedente sentenza passata in giudicato, mentre, nel caso di precedente lodo non più impugnabile, *solo aderendo ad una lettura estensiva della norma*, non così azzardata alla luce della recente equiparazione funzionale ed effettuale tra giustizia privata e giustizia statale, operata, rispettivamente, dalla giurisprudenza e dal legislatore, ma allo stato controversa). Nel caso, invece, di lodo contrario a un precedente giudicato non prodotto nel giudizio, il dato testuale sembra condurre verso la cristallizzazione (nonché la prevalenza) del lodo successivamente formatosi (in tal senso v. C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., II, 2012, 556; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829 c.p.c.*, 755 e *Sub art. 831 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 755 e 840), salvo ritenersi applicabile, in tale ipotesi, l'art. 337, comma 2, c.p.c., al fine di spendere il primo lodo, ai sensi e per gli effetti di detta norma, non però nell'ambito del giudizio arbitrale, ma in quello di impugnazione del lodo. A fronte delle incertezze pratico-applicative derivanti dal dato normativo lacunoso, una parte della dottrina auspica un intervento correttivo del legislatore o financo della Corte costituzionale, che potrebbe, per ipotesi, alla luce del nuovo contesto normativo e delle recenti prese di posizione della giurisprudenza nel senso dell'equiparazione funzionale ed effettuale tra arbitrato e giurisdizione statale, dichiarare l'illegittimità costituzionale degli artt. 395 e 831 c.p.c., nella parte in cui non contemplano l'esperibilità del rimedio revocatorio in caso di contrasto fra lodo e sentenza: su cui v. G.

giudizio pendente, né a legittimare l'impugnabilità della decisione pronunciata all'esito di questo e in conflitto con quel giudicato: cosa accada, in altri termini, quando si trovino a convivere due decisioni, una arbitrale e una statale, divenute entrambe *incontrovertibili*⁵⁹⁵.

Attesa l'equiparazione, *quoad effectum*, tra lodo arbitrale e sentenza giudiziale sancita dall'art. 824 *bis* c.p.c. e l'ormai difficilmente controvertibile svolta giurisprudenziale (non solo della Cassazione, ma altresì della Corte costituzionale) in favore dell'inquadramento dell'arbitrato come fenomeno propriamente giurisdizionale, pienamente sostitutivo e fungibile rispetto alla giurisdizione statale, nonché alla luce dei principi costituzionali, soprattutto di quelli di cui agli artt. 3, 24 e 111 Cost., non sarebbe accettabile una soluzione che attribuisse, a prescindere dalle norme di diritto positivo e dai diversi scenari potenzialmente verificabili di contrasto tra lodo e sentenza, la prevalenza sempre e comunque alla decisione resa dal giudice ordinario, in ragione di una non meglio giustificata primazia della giustizia togata, in quanto pubblica, rispetto a quella arbitrale, in quanto privata⁵⁹⁶.

La regola che è andata affermandosi in dottrina (e altresì in giurisprudenza) per risolvere i conflitti fra pronunce arbitrali e giudiziali, sulla scia di quella applicata, sin da Chiovena e Carnelutti⁵⁹⁷, ai rapporti (e conflitti) tra giudicati statali, è quella della prevalenza del *giudicato formatosi per secondo*⁵⁹⁸, sull'assunto che la parte interessata a far prevalere il giudicato formatosi per primo non avrebbe mostrato la necessaria diligenza nello sfruttare tutti i rimedi a disposizione per evitare, in una fase anteriore, il conflitto e, così, la cristallizzazione della decisione pronunciata per seconda.

Alcuni autori mettono l'accento non solo sul momento, ma altresì sul *modo* in cui la precedente decisione sia divenuta incontrovertibile: così, ad esempio, se l'inoppugnabilità di un lodo arbitrale sopravviene quando sarebbe ancora possibile produrlo nell'ambito di un giudizio statale, ma ciò non sia avvenuto, sarebbe la sen-

RUFFINI, S. BOCCAGNA, *Sub art. 831 c.p.c.*, in M. BENEDETTELLI, C. CONSOLO, L. RADICATI DI BROZLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, cit., 364.

⁵⁹⁵ V., per una panoramica della problematica, G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., 192 ss.; S. BOCCAGNA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme*, cit., 1029.

⁵⁹⁶ Una simile regola finirebbe, infatti, per attribuire alle parti una sorta di *ius poenitendi*, consentendo loro di sottrarsi, unilateralmente e senza limiti di tempo, agli effetti dell'accordo compromissorio. Nel contesto attuale, tale soluzione sarebbe in ogni caso in contrasto con la pari dignità fra arbitrato e processo ordinario. V. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 757.

⁵⁹⁷ G. CHIOVENA, *Principii*, cit., 900; CARNELUTTI, *Sistema*, cit., I, 314.

⁵⁹⁸ In questo senso, v. A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti oggettivi*, in *Riv. dir. proc.* 1990, 497; S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Torino 1987, 41 ss., cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

tenza successiva a dover prevalere, mentre, nel caso in cui l'inoppugnabilità del lodo dovesse materializzarsi quando non sia più possibile una sua produzione dinanzi al giudice ordinario, la prevalenza dovrebbe essere conferita al lodo arbitrale⁵⁹⁹.

Esiste, peraltro, un orientamento minoritario, secondo cui la prevalenza dovrebbe essere attribuita al giudicato *formatosi per primo*⁶⁰⁰, quantomeno in relazione ad alcune fattispecie. Si è infatti osservato che, nel nostro ordinamento, la regola della prevalenza del secondo giudicato, in tanto si giustifica in quanto esista un'impugnazione idonea a rimuovere il conflitto in una fase precedente al formarsi dei due giudicati: solo il mancato esperimento di tale impugnazione determinerebbe (quale sanzione per l'inerzia o la negligenza della parte interessata a tutelare l'accertamento contenuto nel primo giudicato) la cristallizzazione della decisione resa successivamente al precedente giudicato⁶⁰¹. Ogniqualvolta non sia invece possibile, per la parte interessata, *in ragione di disposizioni del diritto positivo*, impugnare la decisione successiva contraria a precedente giudicato, verrebbe meno la *ratio* dell'attribuzione della prevalenza al secondo giudicato, dovendosi in tal caso applicare la regola opposta, ossia la prevalenza del giudicato *formatosi per primo*⁶⁰².

Altri autori giungono alla medesima conclusione osservando come la regola della preclusione del dedotto e del deducibile, in forza della quale il primo giudicato perderebbe rilevanza ove non prodotto nel corso del giudizio ancora pendente sulla medesima causa, presuppone la deducibilità dei fatti e/o atti rilevanti nel processo, sicché essa non dovrebbe operare in mancanza di tale presupposto; laddove, dunque, il primo giudicato si formi quando *non sia più possibile produrlo nell'altro foro*, la successiva decisione dovrebbe nascere *già inefficace*⁶⁰³. Una tale

⁵⁹⁹ Così M. BOVE, *La giustizia privata*, 4ª ed., cit., 213 ss.

⁶⁰⁰ Nel senso della prevalenza del primo giudicato, innanzitutto nei rapporti tra giudici e giudici ordinari, A. LORENZETTO PESERICO, *La continenza di cause*, Padova 1992, 148; ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc.* 1990, 497; L. MONTESANO, *Tutela giurisdizionale dei diritti*, cit., 228, nt. 36.

⁶⁰¹ E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 756; E. MARINUCCI, *Note sull'impugnazione del lodo*, cit., 1192; prima della riforma v. M. DE SANTIS, *In tema di rapporti tra giudice ordinario e arbitri*, nota a Cass. 8 febbraio 1999, n. 1079, in *Foro it.* 2000, I, 2314.

⁶⁰² E. MARINUCCI, *Note sull'impugnazione del lodo*, cit., 1192.

⁶⁰³ F.P. LUISO, *Ancora sui rapporti*, cit., 525. Merita di essere qui segnalata anche la riflessione di G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5ª ed., cit., 192 ss., che ricorda come, in passato, in caso di contrasto fra decisioni definitive pronunciate da giudici appartenenti a Stati diversi, si tendesse ad attribuire prevalenza a quella divenuta definitiva per prima, in ragione del fatto che si trattava di pronunce per loro natura non omologhe ed espressione di sovranità diverse. Oggi, tuttavia, come riconosciuto dallo stesso autore, tale tendenza, in ragione anche di vicende legate alla sempre più diffusa circolazione a livello internazionale di provvedimenti emessi da giudici fra loro "stranieri", andrebbe via via erodendosi.

impostazione darebbe bensì rilievo, nell'ambito del tentativo di prevenire o risolvere un conflitto tra giudicati, alla non imputabilità alle parti della mancata contestazione, per contrasto con un precedente giudicato, della seconda sentenza non ancora definitiva, ma si scontrerebbe fatalmente con il combinato disposto degli artt. 295, comma 1, n. 5, 829, comma 1, n. 8 e 831, comma 1 c.p.c., i quali, ponendo limiti (diversi per il lodo e per la sentenza) alla revocabilità della decisione successiva confliggente, sembrerebbe palesare la volontà del legislatore di applicare al conflitto lodo-sentenza (e sentenza-lodo) un regime diverso rispetto a quello applicabile al conflitto fra decisioni giudiziali⁶⁰⁴.

Ogni intervento correttivo del regime positivo rischierebbe dunque di sdoganare l'invalidità o inefficacia della seconda decisione, *anche quando la mancata produzione del previo giudicato non sia dipesa da un'impossibilità oggettiva di deduzione o produzione*, ma sia ascrivibile ad una scelta (per quanto tacita) della parte interessata.

Per queste ragioni, a parità di inconvenienti delle rispettive ricostruzioni, il dato normativo dovrebbe orientare l'interprete, onde non forzare eccessivamente la sua volontà così come espressa (seppur in maniera lacunosa) nelle norme, verso la tesi che attribuisce prevalenza, in caso di conflitto, al giudicato formatosi per secondo. Una soluzione, come più volte ricordato, che, in ragione della strutturale e fisiologica maggior durata dei giudizi statali rispetto a quelli arbitrali, tende a penalizzare la scelta delle parti in favore della giustizia privata.

Tenendo presente quanto emerso nella trattazione che precede, andiamo ora a rivolgere la nostra attenzione al tema della spendita, in un giudizio, della decisione definitiva sulla questione della *potestas iudicandi* arbitrale formatasi nell'altro.

18. *Il problema dell'applicabilità dell'art. 829, comma 1, n. 8 c.p.c. alla spendita, nel giudizio arbitrale sul merito della lite, dell'accertamento (giudiziale o arbitrale definitivo) sul rapporto "condizionante" (i.e. la questione della potestas iudicandi arbitrale), il rapporto con le preclusioni processuali di cui all'art. 817 c.p.c. e le conseguenze del mancato rilievo nelle fasi di impugnazione del lodo*

Per quanto riguarda la spendita, *nell'ambito di un giudizio arbitrale*, di una decisione *giudiziale* definitiva sulla *potestas iudicandi* arbitrale, va preliminarmente osservato che tale decisione potrebbe essere stata resa o nell'ambito di un giudizio *ex art. 819 ter*, comma 3 c.p.c., oppure nell'ambito di un giudizio statale vertente sul merito della lite.

Per una parte della dottrina, una tale decisione giudiziale, anche ove passata in

⁶⁰⁴ C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., II, 2012, 558.

giudicato formale, dovrebbe comunque essere assoggettata, al pari di ogni altro rilievo o contestazione relativi alla *potestas iudicandi* dell'organo adito, al rispetto delle preclusioni di cui all'art. 817 c.p.c., con la conseguenza che, in linea di principio, in tanto una decisione statale definitiva, che abbia negato la *potestas iudicandi* arbitrale, potrebbe essere dedotta nel giudizio arbitrale (ed altresì invocata nell'eventuale successivo giudizio di impugnazione di nullità del lodo), in quanto la parte interessata abbia tempestivamente contestato la "competenza" degli arbitri, fatte salve le ipotesi in cui tale contestazione non sia richiesta (come accade per l'eccezione di non arbitrabilità della disputa⁶⁰⁵). In mancanza, financo quella previa decisione sarebbe improduttiva di effetti e dunque *tamquam non esset*.

Ove, invece, l'allegazione e produzione in giudizio di una precedente decisione inoppugnabile, che abbia accertato l'inesistenza di un valido patto arbitrale, faccia seguito alla tempestiva contestazione della competenza arbitrale ad opera della parte interessata e, ciononostante, gli arbitri pronuncino un lodo in contrasto con le risultanze di quella decisione, stante la non invocabilità, per questo orientamento, del motivo di cui al n. 8 dell'art. 829, comma 1 c.p.c. (non trattandosi di conflitto fra decisioni *su cause identiche*⁶⁰⁶), la parte interessata potrebbe censurare il lodo alternativamente in base ai motivi di cui ai nn. 1 (invalidità della convenzione arbitrale) o 4, parte seconda (decisione del merito della controversia in ogni altro caso in cui il merito non poteva essere deciso).

Nel caso opposto, invece, qualora una precedente decisione resa dal giudice statale, e divenuta inoppugnabile, abbia affermato la sussistenza di un valido patto arbitrale, ma gli arbitri abbiano ciononostante declinato la propria *potestas iudicandi* e provveduto a chiudere in rito il giudizio, la sentenza disattesa potrebbe

⁶⁰⁵ V. S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 255. Farebbero eccezione le ipotesi di incompetenza rilevabili anche *ex officio* dagli arbitri (si pensi al caso della vessatorietà delle clausole compromissorie contenute nei contratti conclusi con i consumatori), che potranno essere dedotte per la prima volta anche in sede di giudizio di impugnazione del lodo arbitrale, nonché quelle di non arbitrabilità della disputa, che potranno essere rilevate in qualunque sede, anche al di fuori del giudizio di nullità. Per taluno, inoltre, i vizi di inesistenza o carenza assoluta della convenzione di arbitrato, oltre a condurre alla inesistenza del lodo, si sottrarrebbero all'onere di impugnazione ai sensi dell'art. 829 c.p.c.: così Cass. 9 agosto 2017, n. 19917 e Cass. 7 febbraio 2006, n. 2598; ma v., *contra*, F.P. LUISO, *Dopo il lodo – Il controllo*, cit., 5.

⁶⁰⁶ V. S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 248; S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 376 ss., cui si rinvia per ulteriori riferimenti; v. anche E. MARINUCCI, *Note sul contrasto fra lodo non definitivo e lodo definitivo nel giudizio di impugnazione per nullità*, nota a App. Roma 11 aprile 2013, in *Riv. arb.* 2013, 967, per la quale: "(...) la conformità fra la decisione degli arbitri e la precedente decisione del giudice togato, in ordine alla validità della convenzione di arbitrato, non è affidata alla protezione dell'art. 829, comma 1, n. 8 c.p.c. (...) ma è assicurata da altri motivi di impugnazione previsti da quella norma", ovvero il n. 1 (per invalidità della convenzione di arbitrato) e il n. 10 dell'art. 829, comma 1 c.p.c.

essere dedotta, *anche per la prima volta*, in sede di impugnazione di nullità (non essendo previsto, dall'art. 817 c.p.c., alcun onere, in capo alla parte interessata, di esprimersi, entro un determinato termine, sulla *positiva sussistenza* della competenza arbitrale), al fine di supportare il motivo di cui al n. 10 (“(...) se il lodo conclude il procedimento senza decidere il merito della controversia e il merito della controversia doveva essere deciso dagli arbitri”). Motivo che, infatti, a differenza di quelli di cui ai nn. 1, 2 e 4 dell'art. 829, comma 1 c.p.c., non rinvia ad alcun termine preclusivo nell'ambito del giudizio arbitrale.

Per esigenze di sistema, di certezza e prevedibilità delle condotte delle parti, chi scrive ritiene tuttavia preferibile un'interpretazione *ampia* dell'art. 829, comma 1 n. 8 c.p.c., tale da sussumere nel suo ambito di applicazione anche l'accertamento sul rapporto “condizionante” intercorrente tra la decisione, definitiva, sulla *potestas iudicandi* arbitrale e il giudizio arbitrale sul merito della lite. Tale lettura è bensì in contrasto con la giurisprudenza maggioritaria, tradizionalmente orientata in senso contrario⁶⁰⁷, ma trova una sponda nella prevalente dottrina, che si è espressa sul nesso di pregiudizialità-dipendenza nell'ambito dei rapporti tra giudici ordinari, per la quale, appunto, *anche* il contrasto con il giudicato precedente su oggetto pregiudiziale potrebbe essere censurato ai sensi dell'art. 395, n. 5 c.p.c.⁶⁰⁸, norma che presenta più di un'analogia con il motivo di cui al n. 8 dell'art. 829, comma 1 c.p.c.

L'adesione a tale impostazione, non scevra da difficoltà pratico-applicative, soprattutto per quanto attiene all'esito della futura decisione della Corte d'appello e alla possibilità che sia attribuita ad essa la fase rescissoria, come previsto dall'art. 830, comma 2 c.p.c.⁶⁰⁹, implicherebbe il *superamento delle preclusioni* di cui

⁶⁰⁷ V. Cass. 7 ottobre 1996, n. 8761, in *Foro amm.* 1996, 1182; Cass. 23 giugno 1992, n. 7697, in *Rep. Foro it.* 1992, n. 20; Cass. 3 luglio 1987, n. 5813, in *Mass. Foro it.* 1987, 982; Cass. 26 novembre 1987, n. 8787, in *Mass. Foro it.* 1987, 1443.

⁶⁰⁸ In tal senso v. E.T. IEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano 1984, 374; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli 2006, 537; ATTARDI, *La revocazione*, Padova 1959, 207; A. CERINO CANOVA, G. TOMBARI FABRINI, voce *Revocazione (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.* XXVII Roma 1991, 4; C. CONSOLO, *Le impugnazioni*, cit., 386.

⁶⁰⁹ L'art. 830, comma 2 c.p.c., infatti, annovera il motivo di cui all'art. 829, comma 1, n. 8 c.p.c. fra le ipotesi in cui la Corte d'appello, una volta accolta l'impugnazione, è ammessa a decidere il merito della controversia. Sui profili problematici del combinato disposto di queste due norme, nella particolare prospettiva esposta nel testo, v., in particolare, G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5^a ed., cit., 192 ss. 194, per il quale la scelta del legislatore di affidare, in tal caso, la fase rescissoria alla Corte d'appello sarebbe il frutto (oltre che dell'adesione alla c.d. teoria sostanziale del giudicato dell'adozione di una prospettiva che considera la fattispecie di cui all'art. 829, comma 1, n. 8 c.p.c. come riferita principalmente *proprio al caso* in cui la contrarietà riguardi pronunce aventi a oggetto rapporti legati da nesso di pregiudizialità-dipendenza e non pronunce sulla medesima lite (così anche E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, cit., 202 ss.). *Proprio nel caso in cui il precedente*

all'art. 817 c.p.c., potendo la decisione definitiva sulla *potestas iudicandi* arbitrale, al pari di un giudicato di merito, essere dedotta ed invocata *durante tutto il corso del giudizio arbitrale*, ed altresì *rilevata d'ufficio*⁶¹⁰. Ciò secondo l'orientamento affermatosi in tempi recenti in giurisprudenza in tema di giudicato esterno⁶¹¹ e altresì secondo l'interpretazione prevalente sulla portata del motivo di cui al n. 8 che, non richiedendo più, come nel precedente contesto normativo, l'eccezione di parte, ma unicamente la produzione in giudizio della decisione definitiva, avrebbe appunto avallato il rilievo d'ufficio, ad opera dell'arbitro, del giudicato esterno⁶¹².

abbia ad oggetto la sola questione di competenza, tuttavia, la previsione di cui all'art. 830, comma 2 c.p.c. risulterebbe di difficile applicazione. Ove, infatti, in sede arbitrale sia fatta valere una sentenza a contenuto declinatorio e, ciò nonostante, gli arbitri si dichiarino a loro volta privi della *potestas iudicandi*, applicandosi il motivo di cui al n. 8 dell'art. 829, comma 1 c.p.c., la Corte d'appello, una volta annullato il lodo per la ritenuta erronea valutazione da parte degli arbitri, pur essendo in linea di principio legittimata a rendere, proprio sulla base di quella norma, una decisione nel merito, si troverebbe nell'impossibilità pratica di procedere in tal senso: le parti verrebbero infatti private non solo di un grado di giudizio, ma addirittura del diritto a vedere la loro controversia decisa in sede arbitrale (circostanza che non si verificherebbe ove si ritenesse invocabile, in tale ipotesi, il motivo di cui all'art. 1 dell'art. 829, comma 1 c.p.c., perché in tal caso alla Corte d'appello, verificata la produzione del precedente giudicato nel corso del giudizio arbitrale, non resterebbe che conformarvisi, dichiarando la nullità del lodo e rinviando le parti agli arbitri per l'eventuale decisione della lite nel merito). *Mutatis mutandis*, le stesse problematiche sorgerebbero nel caso in cui, in sede arbitrale, fosse stata prodotta una sentenza affermativa della *potestas iudicandi* del giudice statale e ciononostante gli arbitri avessero deciso la lite nel merito. Anche in tal caso, nessun problema si porrebbe facendo applicazione dei motivi di cui ai nn. 1 o 4 dell'art. 829, comma 1 c.p.c., perché alla Corte d'appello, che ritenesse fondate le censure dell'impugnante, non resterebbe, di nuovo, che conformarsi al *dictum* contenuto nella decisione giudiziale, prodotta nel giudizio arbitrale, dichiarare la nullità del lodo ed arrestarsi alla fase rescindente. Viceversa, facendo applicazione del disposto di cui al n. 8 dell'art. 829, comma 1 c.p.c., alla Corte d'appello sarebbe di fatto preclusa la fase rescissoria, spettando in tal caso, la cognizione del merito della lite, al giudice ordinario. Su tali problematiche v. anche L. SALVANESCHI, *Sub art. 830 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 932 ss.; P. BIANCHI, *La domanda giudiziale relativa alla invalidità e all'inefficacia della convenzione di arbitrato*, cit., 1091.

⁶¹⁰ Così C. DELLE DONNE, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., in P. COMOGLIO *et al.* (a cura di), *Commento del codice*, cit., 592, per la quale, se la sentenza emessa dal giudice statale esclude la validità e l'efficacia del patto arbitrale, dinanzi agli arbitri dovrebbe bensì trovare applicazione l'art. 817 c.p.c. (sicché, la relativa eccezione dovrebbe essere suffragata dalla produzione resa in sede giudiziale), ma, in difetto di eccezione, gli arbitri dovrebbero poter rilevare d'ufficio il giudicato esterno ai sensi del n. 8 dell'art. 829, comma 1 c.p.c., che non richiede più, ai fini dell'annullabilità del lodo, la previa eccezione di parte, ma solo la produzione del documento. In tal senso v. anche P. BIANCHI, *La domanda giudiziale relativa alla invalidità e all'inefficacia della convenzione di arbitrato*, cit., 1089; L. SALVANESCHI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Commentario*, cit., 575.

⁶¹¹ A seguito, come più volte ricordato, del *revirement* pronunciato da Cass. S.U. 25 maggio 2001, n. 226.

⁶¹² V., *ex multis*, C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze*, cit., 481, per il quale l'inno-

Tale impostazione consentirebbe di sottrarre l'efficacia pregiudicante della precedente decisione alla sfera di esclusiva disponibilità dei compromittenti; i quali, osservando un comportamento omissivo (sia con riferimento al previo giudicato arbitrale, sia con riferimento a quello giudiziale), finirebbero per sanare gli eventuali vizi della convenzione arbitrale (per ipotesi accertati dal previo giudicato non dedotto) o, all'opposto, per rinunciare ad un patto arbitrale da questo accertato come valido, ricollegando esclusivamente alla nuova decisione, che andrebbe così cristallizzandosi, la disciplina della questione⁶¹³. In base a questa impostazione, e *ad instar* di quanto già osservato in relazione alla rilevabilità del giudicato esterno sul merito della lite, ove, nonostante la tempestiva produzione della decisione statale o arbitrale definitiva, che abbia accertato l'insussistenza della *potestas iudicandi* arbitrale, gli arbitri dovessero pronunciarsi in senso difforme rispetto all'accertamento in essa contenuto, il lodo potrebbe essere censurato in sede di impugnazione per nullità in base al motivo di cui al n. 8 dell'art. 829, comma 1 c.p.c. (nonché sempre, in caso di lodo declinatorio contrastante con un previo giudicato affermativo della competenza arbitrale, ai sensi del motivo di cui al n. 10)⁶¹⁴.

Ove, invece, la decisione non venga prodotta nel giudizio arbitrale, dovrebbero distinguersi due ipotesi: quella in cui la decisione non dedotta fosse in linea di principio deducibile, perché già passata in giudicato in un momento in cui il giudizio arbitrale avrebbe ancora potuto recepirlo (nel qual caso il lodo pronunciato sul merito dovrebbe essere immune da censure sotto il profilo accertato dalla decisione non prodotta⁶¹⁵); e quella in cui il procedimento arbitrale, pur se non ancora formalmente terminato, fosse in una fase che non consenta più, in concreto, l'allegazione e/o la produzione del precedente giudicato (perché, ad esempio, già entrato nella fase della deliberazione della decisione o in una fase ancora posteriore⁶¹⁶), nel qual caso la produzione del giudicato dovrebbe poter essere consentita,

vazione testuale introdotta dalla riforma sarebbe: "(...) meramente ricognitiva di quanto già ricavabile da una corretta interpretazione del testo previgente: discriminante risulta oggi, come già prima, la produzione del documento e così l'acquisizione agli atti del giudicato, mentre l'eccezione di parte (...) non è mai stata necessaria, non operando al riguardo l'art. 829 comma 2".

⁶¹³ Così S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 118; S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 371; ID., *Impugnazione del lodo "rituale"*, in *Riv. arb.* 2005, 849.

⁶¹⁴ C. DELLE DONNE, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., in P. COMOGLIO *et al.* (a cura di), *Commento del codice*, cit., 592.

⁶¹⁵ Così S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 376; S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 120; C. DELLE DONNE, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., in P. COMOGLIO *et al.* (a cura di), *Commento del codice*, cit., 592, per i quali, appunto, in caso di mancata produzione della sentenza, il lodo pronunciato sul merito sarà immune da censure sotto il profilo del contrasto con un precedente giudicato e destinato a prevalere su questo.

⁶¹⁶ F.P. LUISO, *Ancora sui rapporti*, cit., 524.

per la prima volta, dinanzi alla Corte d'appello, a supporto di un'impugnazione proposta ai sensi dell'art. 829, comma 1, nn. 1 o 10 c.p.c.⁶¹⁷

19. *Il regime di rilevabilità applicabile alla spendita, in un giudizio statale, di un lodo non più impugnabile sulla questione della potestas iudicandi arbitrale*

Per quanto riguarda, invece, la spendita di una decisione arbitrale definitiva sulla *potestas iudicandi* arbitrale nell'ambito di un giudizio statale, chi scrive ritiene di condividere le posizioni di quella parte della dottrina per cui già sarebbero tendenzialmente predicabili le stesse dinamiche viste in precedenza, sia in relazione al giudicato giudiziale (sul merito e sulla *potestas iudicandi* arbitrale) spendibile nell'ambito del giudizio arbitrale⁶¹⁸, sia in relazione alla spendita di un giudicato *arbitrale* sul merito della lite nel giudizio statale⁶¹⁹: ossia rilevabilità d'ufficio del giudicato arbitrale sulla *potestas iudicandi* arbitrale e conseguente obbligo, per il giudice statale, di conformarvisi⁶²⁰. In tal caso, l'*exceptio compromissi* verrebbe su-

⁶¹⁷ S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 255; S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 377, nt. 20; M. BOVE, *Ancora sui rapporti*, cit., 363, per il quale: "Se finisce prima il processo statale sulla valida esistenza della convenzione di arbitrato, il giudicato così formatosi sarà spendibile nel processo, privato o pubblico, instaurato sul rapporto sostanziale, se la questione attinente alla competenza arbitrale sia ancora aperta, ossia non sia preclusa". D'altra parte, la formazione del giudicato spendibile nel procedimento arbitrale vincerebbe la preclusione relativa alla contestazione della "competenza" arbitrale, in quanto il vizio sarebbe destinato ad essere assorbito in quello descritto dal motivo di cui al n. 8.

⁶¹⁸ V., in tal senso, S. MENCHINI, *Impugnazioni del lodo 'rituale'*, cit., 188 e in *Riv. arb.* 2005, 852, per il quale, appunto, la modifica normativa intenderebbe: "(...) far propri alcuni dei principi sanciti dalla sentenza n. 226/2001 delle Sezioni Unite in punto di rilievo officioso dell'eccezione di giudicato"; F.P. LUISO, B. SASSANI, *La riforma del processo civile: commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Milano 2006, 326; S. BOCCAGNA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme*, cit., 1029; C. CAVALLINI, *L'arbitrato rituale. Clausola compromissoria e processo arbitrale*, Milano 2009, 43 ss.; C. DELLE DONNE, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., in P. COMOGLIO *et al.* (a cura di), *Commento del codice*, cit., 592.

⁶¹⁹ E. D'ALESSANDRO, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme*, cit., 978 ss.; ID., *Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell'art. 824-bis c.p.c.*, in *Riv. arb.* 2007, 550 ss.; S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela della convenzione arbitrale*, in *Riv. arb.* 2013, 395 ss.; ID. (già prima della riforma), *La natura e la disciplina dell'eccezione*, cit., 290 ss.; A. RONCO, *Revocazione e lodo arbitrale*, cit., 730, per il quale, tuttavia, la rilevabilità officiosa della precedente decisione arbitrale troverebbe un limite nell'esplicita volontà delle parti di rinunciare al risultato derivante dall'attività arbitrale per sottoporsi nuovamente al giudizio dell'autorità giudiziaria; E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829 c.p.c.*, 754; G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5ª ed., cit., 192 ss.

⁶²⁰ C. DELLE DONNE, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, cit., in P. COMOGLIO *et al.* (a cura di), *Commento*

perata da un'eccezione di cosa giudicata, soggetta, in quanto relativa ad un giudicato "esterno", non più ai termini preclusivi di cui all'art. 819 *ter*, comma 1 c.p.c., ma, appunto, al diverso regime di rilevabilità, officioso e in ogni stato e grado del giudizio, delle eccezioni in senso lato⁶²¹.

Tale conclusione, tuttavia, che presuppone il rilievo d'ufficio di un "giudicato" arbitrale sulla *potestas iudicandi*, non è evidentemente condivisa da quegli autori che si rifanno all'orientamento prevalente in giurisprudenza⁶²², per il quale la rilevabilità d'ufficio di un lodo non più impugnabile sarebbe preclusa dal fatto che la devoluzione in arbitrato di una controversia discenderebbe, sempre e comunque, dalla comune volontà delle parti, facendo così venir meno le esigenze di carattere pubblicistico tradizionalmente associate alla cosa giudicata statale⁶²³. In tale ottica, la proposizione, nel giudizio statale, dell'eccezione di previo giudicato arbitrale sulla *potestas iudicandi* arbitrale ad opera della parte interessata condizionerebbe non solo la possibilità di paralizzare il giudizio statale, ma altresì la proponibilità dell'impugnazione avverso la decisione del giudice statale, confliggente con quel giudicato.

Per un'altra parte della dottrina, infine, il coordinamento preventivo operante in sede arbitrale attraverso la spendita di un giudicato statale sulla *potestas iudi-*

del codice, cit., 592; S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 401; G. RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 288 ss., per il quale il lodo non impugnato che abbia deciso sulla "competenza" degli arbitri sarebbe pienamente idoneo a produrre, fra le parti, l'efficacia di cui all'art. 824 *bis* c.p.c. e, per l'effetto, a vincolare la decisione di un eventuale giudice statale davanti al quale sia sollevata l'*exceptio compromissi*; F.P. LUIISO, *Ancora sui rapporti*, cit., 525, per il quale l'allegazione del giudicato arbitrale, intervenuto dopo la precisazione delle conclusioni nel giudizio di primo grado, potrà avvenire in appello, travolgendo la sentenza di primo grado: "(...) che nasce inefficace".

⁶²¹ F.P. LUIISO, *Ancora sui rapporti*, cit., 525, per il quale, ove la prima decisione (arbitrale o giudiziale), divenuta incontrovertibile, pur potendolo, non sia stata spesa nell'altro giudizio, il contrasto tra le due decisioni si dovrebbe risolvere in favore della decisione emanata per seconda (così anche G. VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 5ª ed., cit., 192 ss.); ove, al contrario, la prima decisione divenuta definitiva non avesse potuto comunque essere spesa nell'altro giudizio, il contrasto si dovrebbe risolvere in favore della decisione su cui si sia formato per primo il giudicato. Resterebbe comunque aperta, per F.P. LUIISO, la strada all'utilizzo della revocazione ordinaria della sentenza, per quei casi in cui la deduzione dell'effetto non sia avvenuta neppure in grado di appello. Ove nessuno dei meccanismi di coordinamento tra le due procedure utilizzabili nell'ambito dei rispettivi giudizi di impugnazione dovesse servire a prevenire un contrasto tra giudicati, questo dovrebbe essere risolto in favore del giudicato formatosi per secondo.

⁶²² V., in tal senso, Cass. 19 ottobre 2012, n. 18041, in *Rep. Foro it.* 2012, voce *Contratto in genere* (1740), n. 461; Cass. 11 settembre 2007, n. 19090, in *Foro it.* 2008, I, 1966, nt. RENDA e in *Nuova giur. civ.* 2008, I, 472, nt. TORELLI.

⁶²³ G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, cit., 299 ss.; F. TOMMASEO, *Le impugnazioni del lodo arbitrale*, cit., 214 ss.; AULETTA, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 431.

candi arbitrale non sarebbe mai attuabile nell'ambito del giudizio statale⁶²⁴, in quanto la previsione legislativa di cui all'art. 827, comma 3 c.p.c., che impone l'impugnazione, *solo unitamente a quello definitivo*, dei lodi che risolvono alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio arbitrale (come nel caso della decisione sulla *potestas iudicandi* degli arbitri), escluderebbe in partenza la spendita di un lodo sulla "competenza" indipendentemente da quella del lodo di merito⁶²⁵. Insomma, *dalla prospettiva del giudizio statale pendente*, la composizione del conflitto (positivo o negativo) di competenza tra giudice e arbitro non potrebbe che avvenire *sul terreno della decisione arbitrale di merito*, secondo le regole, le modalità e le tempistiche già viste in precedenza in relazione a tale fattispecie, potendosi, al più, riconoscersi un (precario) effetto extraprocessuale anticipato: "(...) non certo un'efficacia di accertamento sostanziale, ma almeno un vincolo sull'oggetto processuale"⁶²⁶, ai sensi dell'art. 337, comma 2 c.p.c., alla decisione della Corte d'appello resa in sede di impugnazione per nullità del lodo, soggetta ad impugnazione⁶²⁷.

Infine, per una parte della dottrina, sempre sotto il profilo del coordinamento tra procedure e decisioni, rispettivamente, giudiziali ed arbitrali, ove un lodo di merito si consolidi prima di una sentenza del giudice statale (esclusivamente o anche) sul patto compromissorio, l'accertamento giudiziale sarà irrilevante ai fini della validità del lodo, potendo al massimo rilevare per eventuali successivi giudizi che dovessero essere instaurati sulla base della medesima convenzione arbitrale⁶²⁸; sempre che non si ritenga di attribuire, *in ogni caso*, prevalenza al precedente giudicato arbitrale anche sul capo della *potestas iudicandi* arbitrale, non solo nei rapporti reciproci tra le due procedure sulla medesima causa, ma altresì in relazione a

⁶²⁴ In tal senso v. S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 256. Escludono in radice un'efficacia vincolante discendente dalla statuizione dell'arbitro sulla propria "competenza", e dunque l'utilità di una sua eventuale spendita nel giudizio statale, anche P.L. NELA, *Sub art. 817 c.p.c. e sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme*, cit., 1711, 1814 e 1867 ss.; E. MARINUCCI, *Note sul contrasto fra lodo non definitivo e lodo definitivo*, cit., 970; B. CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in A. RIGUGLIO, B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme*, cit., 879 ss.

⁶²⁵ S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 256.

⁶²⁶ Così S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 256.

⁶²⁷ C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze*, cit., 392, per il quale, peraltro, dell'art. 337, comma 2, c.p.c. potrebbe farsi applicazione anche in una fase anticipata rispetto a quella descritta, ossia per orientare la decisione dell'organo *ad quem*, di fronte al quale sia stato riassunto il processo, a seguito di una pronuncia declinatoria di competenza (non ancora passata in giudicato) pronunciata dal giudice statale in ragione dell'accertata esistenza di un valido patto arbitrale: v. anche C. CONSOLO, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza*, cit., 1111.

⁶²⁸ S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 376, per il quale il provvedimento giudiziale sulla *potestas iudicandi*, formatosi successivamente all'acquisizione, da parte del lodo, dell'incontestabilità, risulterebbe irrilevante; v. anche, in tal senso, M. BOVE, *La giustizia privata*, Padova 2013, 68.

successivi e diversi processi vertenti bensì su *thematata decidenda* diversi, ma in cui rilevi quella medesima convenzione arbitrale⁶²⁹.

Evidentemente, solo in relazione a quelle posizioni per cui la statuizione arbitrale definitiva sulla *potestas iudicandi* degli arbitri è ritenuta idonea ad esplicare effetti in un giudizio statale pendente, indipendentemente dalla sua rilevabilità d'ufficio o solo ad istanza di parte, si porrà il problema dei rimedi esperibili avverso una decisione del giudice statale con essa confliggente.

Come già visto in relazione al problema della spendita di un giudicato arbitrale *sul merito della lite*, anche in tal caso i problemi si porranno essenzialmente con riferimento ai rimedi esperibili avverso le sentenze rese in grado d'appello o in unico grado: ciò perché, ove sia il giudizio ordinario di primo grado a non essere stato paralizzato per tempo dalla deduzione, produzione o rilievo, a seconda delle diverse ipotesi ricostruttive, del precedente giudicato arbitrale, è pacifico che gli strumenti per far valere la contrarietà, a questo, della decisione statale saranno, alternativamente, il regolamento di competenza (nel caso si rientri nelle ipotesi contemplate dall'art. 819 *ter*, comma 1 c.p.c., ossia nel caso in cui il giudice statale, nel rigettare l'eccezione di cosa giudicata sulla *potestas iudicandi* arbitrale, abbia, di fatto, *affermato la propria competenza in relazione ad una convenzione di arbitrato*), oppure l'appello (nel caso in cui il giudice statale abbia omesso *tout court* di conoscere e decidere della relativa eccezione).

Con riferimento ai rimedi esperibili avverso le sentenze rese in grado d'appello o in unico grado, si riproporranno evidentemente le stesse problematiche pratico-applicative già viste in relazione al problema della contrarietà della sentenza ad un giudicato arbitrale *sul merito della lite*, accentuate dal fatto che l'art. 395, comma 1, n. 5 c.p.c., oltre a non contemplare, tra i motivi di revocazione, la contrarietà ad un precedente lodo non più impugnabile, sembra riferirsi unicamente alle ipotesi di contrasto *pratico* tra decisioni (relative, cioè, alla medesima causa) e non a quelle di contrasto *meramente teorico* (intercorrente, cioè, tra

⁶²⁹ S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 376, ad esempio (che a proposito dell'efficacia della decisione, arbitrale e giudiziale, sulla convenzione di arbitrato emanata all'interno del giudizio sulla controversia sostanziale parla di *efficacia panprocessuale*, limitando il vincolo scaturente da tale decisione ai casi di riproposizione della medesima domanda), nel caso in cui il lodo, reso nell'ambito di un giudizio sul merito della lite, accerti il vizio della convenzione, mentre una sentenza resa *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c. ne accerti invece la validità e l'efficacia, ritiene che la parte interessata possa: "(...) dare avvio ad un nuovo procedimento arbitrale, all'interno del quale esplicherà efficacia vincolante l'accertamento giurisdizionale, con la conseguenza che non sarà discutibile che la convenzione fonda la potestà decisoria degli arbitri in ordine alla lite instaurata". Su tali tematiche v. anche M. BOVE, *Ancora sui rapporti*, cit., 363; A. CHIZZINI, *Note in tema di clausola compromissoria per arbitrato irrituale e azione di mero accertamento dinanzi al giudice ordinario*, nota a App. Milano 10 aprile 2001 in *Riv. arb.* 2001, 732.

decisioni vertenti, rispettivamente, su un rapporto pregiudiziale ed un rapporto dipendente).

20. *Effetti del lodo e della sentenza, non ancora divenuti definitivi, sulla potestas iudicandi arbitrale*

In chiusura della nostra ricerca, riallacciandoci a quanto affermato in precedenza circa la necessità di attendere il passaggio in giudicato formale delle decisioni, arbitrali e statali, sulla *potestas iudicandi* arbitrale per poter attribuire loro effetti vincolanti nell'altra sede, *ove la questione risulti ancora pendente*, ci pare opportuno riportare il dibattito (nell'ambito di quegli orientamenti favorevoli ad attribuire efficacia extraprocessuale alle decisioni giudiziali e arbitrali sulla convenzione di arbitrato) relativo alla possibilità che detta efficacia extraprocessuale (o quantomeno un'efficacia simile, seppur fatalmente più precaria) si produca *ancor prima del passaggio in giudicato formale* di quelle decisioni, in quanto impugnate o perché il termine per la loro impugnazione non sia ancora decorso.

Quanto all'idoneità a produrre i summenzionati effetti "provvisori", una parte della dottrina tende ad accomunare lodo arbitrale e sentenza statale, alternativamente negando qualsivoglia efficacia ad entrambe le decisioni, in quanto, da un lato, suscettibili di essere poi travolte in sede di impugnazione e, dall'altro, perché comunque gravitanti nell'orbita di un sistema, quello delle "vie parallele", ispirato non solo al principio della reciproca indipendenza e indifferenza delle due procedure, ma anche a quello del potere di ciascun organo di valutare autonomamente la convenzione di arbitrato, *che permarrebbe integro anche a fronte di una decisione già resa, sulla questione, nell'altra sede*; oppure, in alternativa, attribuendo loro, al più, la possibilità di essere invocate ai sensi dell'art. 337, comma 2 c.p.c., che, ricordiamo, statuisce che un processo, nel quale venga invocata l'autorità di una sentenza, può essere sospeso se tale sentenza è impugnata.

Si è già avuto modo di osservare, nel primo capitolo, come tale norma, che disciplina un'ipotesi di sospensione *propria e discrezionale*, sia espressamente richiamata dall'art. 819 *bis*, comma 2 c.p.c., ai sensi del quale si applica il comma 2 dell'art. 337 se nel procedimento arbitrale sia invocata l'autorità di una sentenza e questa sia impugnata⁶³⁰.

In linea di principio, tale ipotesi di sospensione trova il suo fondamento nel nesso di diritto sostanziale che intercorre tra la situazione soggettiva accertata con la sentenza impugnata e quella oggetto del processo in cui la pronuncia stessa venga invocata, nel senso che quest'ultima deve essere dipendente, in senso sia

⁶³⁰ V., per ulteriori riferimenti, *supra*, il primo capitolo, al par. 5.3.

logico che giuridico, dalla prima⁶³¹, richiedendosi peraltro l'identità sotto il profilo soggettivo (ossia delle parti coinvolte in entrambe i giudizi)⁶³².

Una delle questioni maggiormente dibattute dalla dottrina e dalla giurisprudenza riguarda l'esatto significato da attribuire al termine "autorità": se esso si riferisca, cioè, a tutte le decisioni, anche a quelle non ancora incontrovertibili, perché impugnate con un *mezzo di impugnazione ordinario*, o solo alle decisioni formalmente *già passate in giudicato*, avverso le quali sia stata proposta un'impugnazione straordinaria, oppure ad entrambe le ipotesi⁶³³.

In via di estrema sintesi, va osservato che, nei rapporti tra giudici togati, la norma di cui all'art. 337, comma 2 c.p.c., secondo un primo indirizzo, troverebbe applicazione solo in quelle ipotesi in cui la decisione, *già passata in giudicato*, sia soggetta ad un rimedio impugnatorio straordinario, dovendo altrimenti cedere il passo alle norme di cui agli artt. 295 e 297 c.p.c.⁶³⁴.

⁶³¹ La dottrina prevalente collega infatti la sospensione ex art. 337, comma 2 c.p.c. ai fenomeni di pregiudizialità-dipendenza tra effetti giuridici distinti e i relativi processi. V., in tal senso, E.T. LIEBMAN, *Sulla sospensione propria ed «impropria» del processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 1958, I, 153 ss.; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, II, 4^a ed., Napoli 1960, 420 ss.; N. GIALLONGO, *Note in tema di sospensione, pregiudizialità e connessione nel processo di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1985, 616 ss.; G. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo civile di cognizione*, Bari 1987, 279 ss.; A. ATTARDI, *Ancora sulla portata dell'art. 337 c.p.c.*, in *Giur. it.* 1986, I, 1, 1237 ss.; F. CIPRIANI, *Sospensione*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma 1993, 9 ss.; S. MENCHINI, A. MOTTO, *Sub art. 819 bis c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 353. In tal senso v. anche Cass. 15 settembre 2006, n. 19922, ord.; Cass. S.U. 26 luglio 2004, n. 14060, ord. In senso parzialmente contrario v. L. MONTESANO, *La sospensione per dipendenza di cause civile e l'efficacia dell'accertamento contenuto nella sentenza*, in *Riv. dir. proc.* 1983, 3825 ss. specie 408; ID., *Questioni e cause pregiudiziali nella cognizione ordinaria del codice di procedura civile*, in *Riv. dir. proc.* 1988, 299 ss., spec. 326, il quale fonda la sospensione ex art. 337, comma 2 c.p.c. su esigenze essenzialmente di economia processuale, ritenendo che tale istituto operi quante volte sia invocata, in un processo connesso per identità di titolo o di questione, l'autorità logica della sentenza, che esplicherebbe una mera autorità *di fatto* (non, quindi, di accertamento), inidonea a vincolare il giudice statale alla soluzione delle questioni in comune già affrontate dalla sentenza invocata.

⁶³² Così S. MENCHINI, A. MOTTO, *Sub art. 819 bis c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 353, per i quali tra i due giudizi deve sussistere altresì un'identità soggettiva.

⁶³³ Per una panoramica delle diverse posizioni pre-riforma 2006, v. S. BOCCAGNA, *L'impugnazione per nullità del lodo*, I, Napoli 2005, 350 ss.; per una panoramica post-riforma del 2006 v. E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, Milano 2009, *passim*.

⁶³⁴ In tal senso v., in particolare, M. VELLANI, *Appunti sulla natura della cosa giudicata*, Milano 1958, 53; A. CERINO CANOVA, *Le impugnazioni civili*, Padova 1973, 71 ss., nt. 57; A. ATTARDI, *Ancora sulla portata dell'art. 337*, cit., 1237; N. GIALLONGO, *Note in tema di sospensione*, cit., 616 ss.; G. TRISORIO LIUZZI, *La sospensione del processo*, cit., 285; S. MENCHINI, voce *Sospensione del processo civile di cognizione*, in *Enc. dir.*, Milano 1990, 24 ss., ivi anche per ulteriori riferimenti. In tal senso, in giurisprudenza, v., *ex multis*, Cass. 29 agosto 2008, n. 21924, ord., in *Rep. Foro it.* 2008, voce *Competenza civile*, 1420, n. 84.

In base ad un secondo indirizzo, cui aderisce altresì la giurisprudenza più recente⁶³⁵, l'art. 337, comma 2 c.p.c. fornirebbe invece un argomento testuale alla tesi di coloro che distinguono tra forza di giudicato relativa all'immodificabilità di tutti gli effetti della sentenza ed efficacia dichiarativa "naturale" della medesima, che giustificerebbe la sospensione del processo su causa "pregiudicata" *anche prima del passaggio in giudicato della sentenza "pregiudicante"*⁶³⁶. In tali casi non potrebbe trovare applicazione l'art. 295 c.p.c., da un lato, perché, secondo la dottrina e giurisprudenza prevalenti, la sospensione necessaria disciplinata da questa norma sarebbe prevista unicamente per le ipotesi di *pregiudizialità in senso tecnico tra accertamenti di merito*⁶³⁷, non potendo, pertanto, invocarsi per le ipotesi di rapporto tra un accertamento di merito ed uno di rito⁶³⁸; dall'altro, perché, se-

⁶³⁵ V., in tal senso, Cass. S.U. 9 giugno 2012, n. 10027, in *Riv. dir. proc.* 2013, 683, nt. (critica) S. MENCHINI; in *Corr. giur.* 2012, 1322 nt. B. ZUFFI; in *Giur. it.* 2012, 2601, nt. E. D'ALESSANDRO; la decisione aderisce alla tesi di E.T. LIEBMAN, richiamando espressamente: "(...) l'autorità della sentenza di primo grado nell'ambito della reazione tra lite sulla causa pregiudiziale e lite sulla causa pregiudicata". In precedenza, sulla stessa linea, v. Cass. 2 marzo 2012, n. 3338, ord., voce *Compromesso civile*, n. 81; Cass. S.U. 26 luglio 2004, n. 14060, in *Gius* 2004, 3982; Cass. 16 dicembre 2009, n. 26435, in *Mass. Foro it.* 2009, 1530.

⁶³⁶ In tal senso, E.T. LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sentenza*, Milano 1935, rist. 1962, *passim*; ID., *Sulla sospensione propria ed impropria del processo civile*, in *Riv. dir. proc. civ.* 1958, 153; ID., *Sentenza e cosa giudicata: recenti polemiche*, in *Riv. dir. proc.* 1980, I; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3^a rist., II, Napoli 1960, 419; D. VOCINO, *Considerazioni sul giudicato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1962, 1527; G. FABBRINI, *Contributo alla dottrina dell'intervento adesivo*, Milano 1963, 89; A. PROTO PISANI, *Opposizione di terzo ordinaria*, Napoli 1965, 62; A. GIUSSANI, *Sospensione del processo*, in *Dig. disc. priv.* XVIII, Torino 1998, 613; M. BOVE, *Lineamenti di diritto processuale civile*, Torino 2012, 178 ss.; E. D'ALESSANDRO, *Le Sezioni Unite e la tesi di Liebman sui rapporti tra art. 295 e 337 c.p.c.: much ado about nothing?*, in *Giur. it.* 2012, 2601.

⁶³⁷ Così E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, 4^a ed. (a cura di M. VELLANI), Milano 1997, II, 318; L. MONTESANO, *La sospensione per dipendenza di cause civili e l'efficacia dell'accertamento contenuto nella sentenza*, in *Riv. dir. proc.* 1983, 385 ss.; A. PROTO PISANI, *Sulla sospensione necessaria del processo civile*, in *Foro it.* 1969, I, 2516; A. ATTARDI, *Conflitto di decisioni e sospensione necessaria del processo*, in *Giur. it.* 1987, IV, 417 ss.

⁶³⁸ V., in tal senso, Cass. 4 luglio 2011, n. 14578, ord., in *Mass. Foro it.* 2011, 563; Cass. 16 marzo 2007, n. 6159, in *Rep. Foro it.* 2007, voce *Procedimento civile*, 5190, n. 273. Secondo la giurisprudenza più recente, la questione pregiudiziale idonea a determinare la sospensione della causa postula che sia investito un punto costituente, un antecedente logico indispensabile, di fatto o di diritto, rispetto alla decisione principale, del quale il giudice non può conoscere *incidenter tantum* e neppure giudicare sul merito, essendone imposto, per legge, l'accertamento con efficacia di giudicato: v. Cass. 19 gennaio 2010, n. 813, in *Il Giusto proc. civ.* 2011, 193, nt. F.G. DEL ROSSO, ove viene altresì statuito il principio secondo cui la sollecita definizione della controversia, assurta a valore di rango costituzionale con la sua codificazione nell'art. 111 Cost., prevale sull'opposta esigenza di evitare un contrasto tra giudicati. V. anche Cass. 2 agosto 2007, n. 16995, in *Rep. Foro it.* 2007, voce *Procedimento civile*, 5190, n. 262, con riferimento espresso a questioni di rito che pos-

condo una recente decisione delle Sezioni Unite, l'applicazione dell'art. 295 c.p.c. andrebbe esclusa ogniquale volta la definizione del rapporto pregiudiziale sia già avvenuta, seppur con sentenza non ancora passata in giudicato, rimanendo spazio solo per una sospensione discrezionale *ex art. 337, comma 2 c.p.c.*⁶³⁹.

Si è già accennato in precedenza al fatto che, con riferimento ai rapporti tra arbitrato e giurisdizione statale, le principali questioni che pone l'applicabilità della norma di cui all'art. 337, comma 2 c.p.c. consistono, da un lato, nella possibilità di riferire l'"autorità" invocata, oltre che ad una sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, anche ad un lodo arbitrale, avverso il quale sia stata proposta impugnazione (a cominciare da quella per nullità del lodo, ma, evidentemente, a seconda delle ricostruzioni cui si aderisca in relazione all'art. 337, comma 2 c.p.c. nell'ambito dei rapporti tra giudici statali, anche una di quelle straordinarie, quali la revocazione o l'opposizione di terzo), che non potrebbe in ogni caso rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 295 c.p.c. (non solo perché qui si parla di sospensione *facoltativa e non necessaria*, ma soprattutto perché tale ultima norma, come più volte ricordato, non è applicabile ai rapporti arbitro-giudice, giusta il disposto dell'art. 819 *ter*, comma 2 c.p.c.); dall'altro, nella possibilità di riferire l'"autorità" invocata, oltre che ad una decisione (giudiziale o arbitrale) *sul merito*, altresì ad una decisione (giudiziale o arbitrale) sulla *potestas iudicandi* arbitrale, estendendo cioè l'ambito di applicazione della norma, oltre che ai rapporti di pregiudizialità-dipendenza tra situazioni giuridiche sostanziali (di cui quello pregiudiziale rientri nella fattispecie costitutiva di quello pregiudicato), anche a un rapporto intercorrente tra, da un lato, una decisione su quello che può essere definito (in senso atecnico e a prescindere dagli inquadramenti teorici più puntuali) *un presupposto processuale* e, dall'altro, un rapporto di natura sostanziale su cui debba esercitarsi il potere agiudicatorio, *che su quel presupposto si fonda*.

20.1. *La possibilità di riferire "l'autorità" di cui all'art. 337, comma 2 c.p.c. ad un lodo arbitrale, avverso il quale sia stata proposta impugnazione*

Per quanto riguarda il primo profilo, l'opinione che prevale in dottrina è favorevole a riferire l'"autorità" invocata, oltre che ad una sentenza impugnata, *anche ad un lodo di merito non ancora incontrovertibile perché impugnato*; e ciò non solo in ragione dell'equiparazione, *quoad effectum*, operata dall'art. 824 *bis* c.p.c.,

sono rilevare anche ai fini del merito (e dunque in relazione all'esperibilità del regolamento necessario, ovvero di quello facoltativo, di competenza); Cass. 22 novembre 2006, n. 24859, in *Giur. it.* 2006, 133.

⁶³⁹ Cass. S.U. 9 giugno 2012, n. 10027.

tra la prima e il secondo⁶⁴⁰, ma altresì alla luce del fatto che l'art. 829, comma 1, n. 8 c.p.c. disciplina *in modo identico* il contrasto tra “giudicati” (statale e arbitrale)⁶⁴¹.

20.2. *La possibilità di riferire “l'autorità” di cui all'art. 337, comma 2 c.p.c., oltre che ad una decisione (giudiziale o arbitrale) pregiudiziale sotto il profilo sostanziale, altresì ad una decisione (giudiziale o arbitrale) sulla potestas iudicandi arbitrale*

Per quanto riguarda il secondo profilo, parte della dottrina, pur consapevole che l'art. 337, comma 2 c.p.c. trovi di norma applicazione in presenza di nesi di diritto sostanziale tra la situazione soggettiva accertata con la sentenza impugnata e quella oggetto del processo in cui la pronuncia è invocata, ritiene possa predicarsene l'applicabilità anche nel caso in cui il rapporto giuridico compromissorio rappresenti *una questione pregiudiziale di natura processuale* rispetto alla decisione sul merito della lite, risultando perciò “condizionate”, per gli arbitri per: “(...) la risoluzione di una questione del processo”⁶⁴². Il ricorso a tale forma di sospensio-

⁶⁴⁰ In tal senso F.P. LUISO, in F.P. LUISO, B. SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano 2006, 305 ss.; M.A. ZUMPARO, *Sub art. 819 bis c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, B. CAPPONI, *Commentario alle riforme*, cit., 867, nt. 9; S. MENCHINI, A. MOTTO, *Sub art. 819 bis c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 353. Per S. BOCCAGNA, *Sub art. 819 bis c.p.c.*, in C. CONSOLO (a cura di), *Codice di procedura civile*, cit., 1406 ss., stante la disposizione dell'art. 824 bis c.p.c., non dovrebbero sussistere più dubbi sulla possibilità di estendere l'art. 337, comma 2, c.p.c. anche ai casi in cui dinanzi agli arbitri venga invocata l'efficacia di un precedente lodo (e non solo di una precedente sentenza) reso tra le parti e relativo ad una situazione giuridica pregiudiziale (in senso conforme v. Coll. arb. Roma 5 novembre 2010, in *Arch. giur. op. pubb.* 2011, 101), ferma restando la necessità di stabilire se l'autorità invocabile nel procedimento arbitrale dipendente sia solo quella del lodo non più impugnabile per nullità, avverso il quale sia stata esperita un'impugnazione straordinaria, ovvero anche quella del lodo non ancora divenuto immutabile e impugnato per nullità (in tal senso si era espresso S. BOCCAGNA prima della riforma, in *L'impugnazione per nullità del lodo*, cit., 364 ss.).

⁶⁴¹ Ma v., *contra*, R. VACCARELLA, *La contemporanea pendenza*, cit., 192, per il quale la reciproca autonomia dei due procedimenti contemporaneamente pendenti esclude che, al di fuori dell'ipotesi di connessione di cause, operi la regola dell'art. 337, comma 2 c.p.c.

⁶⁴² Così S. MENCHINI, A. MOTTO, *Sub art. 819 bis c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 335 ss. in part. 353; S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 377, nt. 29; G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 381, per il quale, se viene proposto regolamento di competenza avverso la decisione con cui il giudice ordinario abbia pronunciato sull'*exceptio compromissi*, nel giudizio arbitrale dovrebbe poter trovare applicazione l'art. 819 bis, comma 2 c.p.c., sicché, in caso di rigetto, da parte degli arbitri, della contestazione alla loro “competenza”, il giudizio arbitrale nel frattempo proposto potrà essere sospeso ai sensi dell'art. 337, comma 2 c.p.c.; in tal senso v. anche A. BARLETTA,

ne discrezionale consentirebbe di evitare il rischio discendente dal mancato conformarsi del giudice o dell'arbitro alle risultanze della decisione emessa nell'altra sede, ossia, in altri termini, il rischio di esporre la decisione resa nel processo "dipendente" alla necessità di conformarsi successivamente al giudicato *medio tempore* formatosi sull'altra⁶⁴³.

Sotto il profilo teorico, l'attribuzione anche alla decisione, arbitrale o giudiziale, sulla *potestas iudicandi* arbitrale, non ancora passata in giudicato, di una (per quanto limitata) efficacia extraprocessuale, ai sensi e per gli effetti dell'art. 337, comma 2 c.p.c., implicherebbe, sulla scia del pensiero di Liebman, il riconoscimento anche a decisioni a contenuto dichiarativo (o costitutivo) dell'idoneità a produrre effetti provvisori, idonei a riverberarsi sul giudizio del processo dipendente, a prescindere, dunque, dal loro passaggio in giudicato formale⁶⁴⁴.

Translatio iudicii e nuovi rapporti tra giudici ed arbitri, cit., 94, nt. 85, per il quale, nel caso in cui il lodo declinatorio della "competenza" sia impugnato, il giudice statale sarebbe tenuto, di regola: "(...) a non pronunciarsi nuovamente sulla questione già affrontata dagli arbitri, salva la possibilità di sospendere il giudizio ai sensi dell'art. 337, comma 2 c.p.c., nell'attesa che venga definita l'impugnazione del provvedimento arbitrale"; C. CONSOLO, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza*, cit., 1111. In senso contrario v., prima della riforma, F. AU-LETTA, *Le questioni incidentali*, in G. VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato*, cit., 325, per il quale: "(...) fuori dei casi di divieto della cognizione arbitrale, in linea di principio non è obbligata la sospensione quando emergano altre pregiudiziali (innanzitutto di tipo processuale, ivi comprese quelle relative alla *potestas iudicandi*). Anzi, la generale sanzione dell'art. 819, comma 2, c.p.c., a mente della quale 'gli arbitri decidono tutte le questioni insorte nel giudizio' va proprio nella direzione di interdire agli arbitri qualunque altro potere di sospensione, del tipo, per esempio, disponibile a norma dell'art. 337, comma 2 c.p.c."

⁶⁴³ S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 125.

⁶⁴⁴ In tal senso ha deciso Trib. Milano 30 novembre 2012, in *Riv. arb.* 2014, 367 ss., nt. D. AMADEI, *Vie parallele ed efficacia del lodo sul processo giurisdizionale*, con riferimento all'immediata produzione di effetti, nel giudizio statale, di una pronuncia con la quale gli arbitri, ai sensi dell'art. 817, comma 1 c.p.c., abbiano dichiarato la propria competenza in forza della convenzione arbitrale, statuendo, appunto, che: "(...) poiché il lodo ha effetto sul processo giurisdizionale, fin dalla data della sua pronuncia, ed incide su di esso condizionando il contenuto della decisione da assumere, risulta percorribile la via dell'attribuzione al giudice della facoltà di attendere la definitività del lodo medesimo, e quindi sospendere in attesa della decisione della Corte d'appello sull'impugnazione per nullità del lodo eventualmente proposta". Per quanto il Tribunale abbia fatto riferimento all'art. 337, comma 2 c.p.c., dalla motivazione discende che, più che su questa norma, si sia basato sull'art. 282 c.p.c., statuendo che: "(...) il principio delle 'vie parallele' trova il suo limite naturale nella contemporanea esigenza di prevenzione del contrasto di giudicati ..." e che: "(...) il principio della reciproca indifferenza tra i due procedimenti è destinato a valere fino a quando in uno dei giudizi non intervenga una decisione (lodo o sentenza) che come tale è idonea a dare una composizione provvisoria alle contrapposte posizioni delle parti". Per ulteriori riferimenti a tale problematica v. S. MENCHINI, A. MOTTO, *Sub art. 819 bis c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 335 ss. in part. 353; S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 377; S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 125, che ricorda come per E.T. LIEBMAN

Ove si aderisse a tale lettura “estensiva” della norma di cui al comma 2 dell’art. 337 c.p.c., potrebbe giocare un ruolo di coordinamento non indifferente la più volte menzionata decisione delle Sezioni Unite, la n. 10027 del 9 giugno 2012⁶⁴⁵, per la quale: “(...) l’autorità della sentenza di primo grado nell’ambito della relazione tra lite sulla causa pregiudiziale e lite sulla causa pregiudicata” implicherebbe, per l’organo giudicante del processo pregiudicato, unicamente l’alternativa tra il conformarsi alla decisione già resa e la sospensione facoltativa ai sensi dell’art. 337, comma 2 c.p.c., *precludendogli, invece, la possibilità di compiere una valutazione autonoma circa il rapporto pregiudicante*, secondo una tesi già avanzata in questo senso in dottrina. L’applicazione di tale *dictum* alla fattispecie qui in esame avrebbe invero un significativo impatto sotto il profilo del coordinamento tra due procedure sulla medesima causa svolgentesi contestualmente, o in momenti successivi, in sede, rispettivamente, arbitrale e giudiziale, anche solo per il fatto che rappresenterebbe una deroga ai principi che governano il funzionamento del sistema delle “vie parallele”. Essa precluderebbe, infatti, all’organo della causa “pregiudicata”, *proprio quell’autonoma e indipendente valutazione* sulla sussistenza di un valido patto arbitrale che costituisce il pilastro su cui detto sistema si fonda.

D’altra parte, la fisiologica maggior celerità del giudizio arbitrale rispetto a quello statale, con la prevedibile anteriorità cronologica di una pronuncia *arbitrale* sulla questione pregiudicante (la sussistenza o meno della *potestas iudicandi* arbitrale), renderebbe molto improbabile la ricezione del giudicato statale nell’ambito di un arbitrato ancora pendente.

Ove, invece, si ritenesse di non seguire, nel contesto arbitrale, l’innovativo *dictum* delle Sezioni Unite, l’organo della causa “pregiudicata” manterrebbe un ventaglio di opzioni più ampio, che includerebbe, da un lato, la decisione di conformarsi spontaneamente alla pronuncia dell’altro organo; dall’altro, la decisione di sospendere il giudizio sulla causa “pregiudicata”⁶⁴⁶; infine, la decisione di rendere una *pronuncia incidentale difforme*.

Va peraltro osservato, da un lato, che il summenzionato caso deciso dalle Sezioni Unite riguardava un rapporto di pregiudizialità-dipendenza *tra rapporti so-*

l’accertamento del rapporto sostanziale, e la modificazione giuridica che ne consegue, si produrrebbero *sin dal momento della pubblicazione della sentenza*, con la conseguenza di far sorgere un obbligo di conformazione nell’ambito dei successivi processi relativi a rapporti: “(...) connessi, interferenti, incompatibili o dipendenti con quello che è stato deciso”.

⁶⁴⁵ In *Riv. dir. proc.* 2013, 689, nt. (critica) S. MENCHINI, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra gli articoli 295, 297 e 337, 2° comma, c.p.c.: una decisione che non convince*; in *Corr. giur.* 2012, 1178, nt. B. ZUFFI, *Le Sezioni Unite ammettono la sola sospensione discrezionale del processo sulla causa dipendente allorché la causa pregiudiziale sia stata decisa con sentenza di primo grado impugnata*.

⁶⁴⁶ V. D. AMADEI, *Vie parallele ed efficacia del lodo sul processo giurisdizionale*, cit., 381 ss.

*stanziali*⁶⁴⁷; dall'altro, e soprattutto, che la posizione sinora prevalsa nella giurisprudenza di legittimità è nel senso che gli effetti dichiarativi e costitutivi di una pronuncia si verificano *solo a seguito del passaggio in giudicato della decisione*, essendo così la produzione *provvisoria e anticipata* degli effetti della sentenza definitiva circoscritta alle ipotesi di decisioni di condanna⁶⁴⁸. Solo, dunque, forzando non poco i limiti di questo orientamento consolidato si potrebbe pensare ad un'incidenza *anticipata*, sul processo pendente sulla causa "pregiudicata", di una decisione dichiarativa non ancora passata in giudicato, avente ad oggetto una convenzione arbitrale e formatasi in un altro processo⁶⁴⁹.

Per un'altra parte della dottrina, infine, le riflessioni circa la possibilità di attribuire efficacia extraprocessuale alla decisione sulla convenzione di arbitrato non ancora divenuta definitiva dovrebbero distinguere tra lodo arbitrale, da un lato, e decisione del giudice statale, dall'altro, pur se pronunciatisi entrambi sulla medesima questione della sussistenza o meno della *potestas iudicandi* arbitrale.

Infatti, se, a certe condizioni, un'efficacia "esterna" potrebbe bensì attribuirsi alla decisione giudiziale, seppur non ancora incontrovertibile, *ciò non potrebbe invece mai avvenire per un lodo arbitrale*, la cui idoneità a produrre effetti extrapro-

⁶⁴⁷ Nello specifico, il rapporto intercorreva tra una domanda di accertamento della filiazione naturale ed un'azione di petizione di eredità. Nello stesso senso v. G.F. RICCI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 512 ss. Ma v., *contra*, G. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 376, per il quale il giudice statale, in attesa dell'esito del giudizio di impugnazione per nullità del lodo pendente sulla questione della decidibilità della causa da parte degli arbitri, dovrebbe sospendere il giudizio ai sensi dell'art. 295 c.p.c.

⁶⁴⁸ V., in tal senso, Cass. S.U. 22 febbraio 2010, n. 4059, in *Riv. dir. proc.* 2011, 1, 180 ss., nt. MARTINELLI; Cass. 29 luglio 2011, n. 16737, in *Foro it.* 2012, I, 182, nt. G. IMPAGNATIELLO.

⁶⁴⁹ Così S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 126; S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela*, cit., 377. Ma v. L. MONTESANO, *La sospensione per dipendenza di cause civili*, cit., 408 ss.; ID., *Questioni e cause pregiudiziali*, cit., 299 ss., spec. 326 ss., che, come visto, individua la *ratio* dell'art. 337, comma 2 c.p.c. in esigenze di economia dei giudizi, e ritiene che tale figura operi quante volte nel processo connesso per titolo o per mere questioni sia invocata l'autorità *logica* di una sentenza, idonea ad esercitare una *mera persuasione di fatto*, che non vincola il giudice circa la soluzione delle questioni in comune già affrontate dalla sentenza invocata. Per il caso in cui la decisione pregiudicante, non ancora passata in giudicato, sia stata resa ai sensi del comma 3 dell'art. 819 *ter* c.p.c., v. la peculiare posizione di R. VACCARELLA, *La contemporanea pendenza*, cit., 192, per il quale, sarebbe insito, nell'ammissibilità di una domanda *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c., il riconoscimento della pregiudizialità della questione risolta in tale sede, e quindi della legittimità della sospensione *ex art. 295 c.p.c.* del procedimento pregiudicato. Secondo l'autore, non rileverebbe, in tale ipotesi, il disposto di cui al comma 2 dell'art. 819 *ter* c.p.c. (i.e. l'inapplicabilità, ai rapporti arbitro-giudice, di "regole corrispondenti all'art. 295"), in quanto esso si riferirebbe esclusivamente alla soluzione di conflitti, sia positivi che negativi, di competenza tra arbitri e giudice togato, mentre la domanda *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c. mirerebbe proprio a *prevenire ogni tipo di conflitto*.

cessuali sarebbe sempre condizionata ad una *previa mediazione di un giudizio statale*⁶⁵⁰. Tale conclusione troverebbe fondamento nel dato normativo, ad esempio, nell'art. 829, comma 1, n. 8 c.p.c., che continua a distinguere fra lodo "non più impugnabile" e sentenza "passata in giudicato", lasciando intendere di: "(...) non voler accordare al lodo la forza incontrovertibile tipica della pronuncia autoritaria ed, in ultima analisi, di non voler acriticamente applicare, al lodo, il regime della cosa giudicata"⁶⁵¹; ma anche nell'art. 827, comma 3 c.p.c., per il quale il lodo che non decide parzialmente il merito della controversia, ma solo alcune delle questioni insorte, senza definire il giudizio arbitrale, è *impugnabile solo unitamente al lodo definitivo*.

Ulteriore profilo differenziale tra lodo e sentenza, che impedirebbe di predicare per il lodo non impugnato gli effetti previsti dall'art. 830, comma 3 c.p.c., sarebbe rappresentato, secondo questa impostazione, dalla circostanza che per esso non sarebbe ipotizzabile quella doppia valenza, ai fini del rito e del merito, dell'esame condotto sulla convenzione arbitrale, *che seppure non servita a fondare la soluzione offerta, varrebbe ad escluderla per il caso in parola*⁶⁵². Per questa parte della dottrina, l'unica decisione (nell'ambito di una vicenda arbitrale considerata nel suo complesso, ossia includendo altresì l'appendice impugnatoria) a poter spiegare efficacia conformativa (provvisoria o definitiva) su un giudizio statale, pendente o introdotto successivamente (sul merito di una lite cui si riferisca la convenzione di arbitrato) potrebbe al più essere quella *giudiziale*, resa in sede di impugnazione del lodo, e dunque, da un lato, quella della Corte di appello (produttiva di effetti, alternativamente, se impugnata, ai sensi dell'art. 337, comma 2 c.p.c. oppure, se già passata in giudicato, ai sensi delle regole e dei principi che governano la cosa giudicata); dall'altro, quella resa dalla Corte di Cassazione⁶⁵³.

⁶⁵⁰ Così S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 204 ss., 242 ss., per la quale: "In via interpretativa, un naturale effetto vincolante extraprocessuale al lodo di cui si discorre significherebbe riconoscere al provvedimento un'autorità che lo stesso non può assumere, neppure ove siano le parti a domandare agli arbitri un accertamento pieno sulla convenzione arbitrale".

⁶⁵¹ Così E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in F. CARPI (a cura di), *Arbitrato*, cit., 756, nt. 202.

⁶⁵² Così S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 204 ss., 242 ss.

⁶⁵³ Così S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, cit., 256 ss., per la quale il giudice statale, di fronte al quale sia invocata l'autorità della Corte d'appello, resa sull'impugnazione del lodo e a sua volta impugnata, potrebbe orientarsi nel senso della sospensione del processo, ai sensi dell'art. 337, comma 2 c.p.c., in attesa degli esiti del giudizio di legittimità (salvo conformarsi all'innovativo *dictum* delle Sezioni Unite del 9 giugno 2012, n. 10027). In tali casi, secondo S. IZZO, l'*exceptio compromissi* non sarebbe più soggetta al suo proprio regime preclusivo, ma a quello che caratterizza la deduzione del giudicato esterno, sia pur di carattere processuale, rilevabile anche d'ufficio sino a quando il processo non sia in grado di riceverlo, e dunque anche in fase di impugna-

Come visto nel paragrafo precedente, vi è bensì una parte della dottrina che ritiene spendibile, nel giudizio statale, anche una decisione degli arbitri sulla propria competenza *non ancora divenuta definitiva*, ai sensi e per gli effetti dell'art. 337, comma 2 c.p.c. Tuttavia, l'idoneità di questa via a pervenire ad un efficace coordinamento preventivo delle due procedure deve fare i conti con non pochi ostacoli. Da un lato, infatti, in ogni caso il vincolo di cui all'art. 337, comma 2 c.p.c. non sarebbe "rigido", ma subordinato alla valutazione discrezionale del giudice statale se conformarvisi o meno (salvo aderire alla lettura della norma prospettata da Cass. n. 10027 del 9 giugno 2012, secondo cui all'organo del processo "pregiudicato" rimarrebbe unicamente l'alternativa tra il conformarsi all'"autorità" della decisione attualmente impugnata e la sospensione facoltativa, essendogli preclusa la possibilità di compiere alcuna valutazione autonoma circa il rapporto "pregiudicante", ed eventualmente di discostarsi dall'accertamento compiuto dalla decisione impugnata ed invocata). Dall'altro, è controverso se *anche decisioni di mero accertamento* (com'è, senz'altro, quella con cui l'arbitro decide sulla esistenza, validità o efficacia di una convenzione di arbitrato) siano idonee ad una produzione "anticipata" dei loro effetti tipici, prima, cioè, del loro passaggio in giudicato formale.

zione (in tal senso v. Cass. S.U. 25 maggio 2001, n. 226, in *Foro it.* 2001, I, 2910, nt. M. IOZZO; in *Corr. giur.* 2001, 1462, nt. FITTIPALDI; in *Giust. civ.* 2001, I, 2353).

Finito di stampare nel mese di gennaio 2022
nella Rotolito S.p.A. – Via Sondrio, 3
20096 Pioltello (MI)

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO E SOVRANAZIONALE

Studi di diritto processuale civile

Per i tipi di Giuffrè

1. GIUSEPPE TARZIA, *L'oggetto del processo di espropriazione*, 1961, pp. VII-581.
2. VITTORIO COLESANTI, *Il terzo debitore nel pignoramento di crediti*, 1967, vol. I, pp. XVI-1-196; vol. II, pp. XII-197-658.
3. GIUSEPPE TARZIA, *Profili della sentenza civile impugnabile, (L'individuazione della sentenza)*, 1967, pp. XII-183.
4. EDOARDO F. RICCI, *Il giudizio civile di rinvio*, 1967, pp. 325.
5. BRUNO CAVALLONE, *I poteri di iniziativa istruttoria del Giudice civile*.
6. GIUSEPPE TARZIA, *Il litisconsorzio facoltativo nel processo di primo grado*, 1972, pp. VIII-454.
7. ALBERTO PIERGROSSI, *L'arbitrato commerciale negli Stati Uniti d'America e i suoi rapporti con l'ordinamento italiano*, 1974, pp. XVII-532.
8. EDOARDO F. RICCI, *La prova nell'arbitrato rituale*, 1974, pp. VIII-172.
9. ACHILLE SALETTI, *La riassunzione del processo civile*, 1981, pp. IV-400.
10. *Les mesures provisoires en procédure civile*, Atti del Colloquio internazionale Milano, 12-13 ottobre 1984, a cura di GIUSEPPE TARZIA, 1985, pp. IV-324.
- 11¹. *I progetti di riforma del processo civile, (1866-1935)*, a cura di GIUSEPPE TARZIA e BRUNO CAVALLONE, Tomo I, 1989, pp. IV-828.
- 11². *I progetti di riforma del processo civile, (1866-1935)*, a cura di GIUSEPPE TARZIA e BRUNO CAVALLONE, Tomo II, 1989, pp. 829-1420.
12. LAURA SALVANESCHI, *L'interesse ad impugnare*, 1990, pp. X-418.
13. ELENA MERLIN, *Compensazione e processo*, 1991, pp. XIV-694.
14. ACHILLE SALETTI, *Processo esecutivo e prescrizione, Contributo alla teoria della domanda esecutiva*, 1992, pp. X-290.
15. ANGELO CASTAGNOLA, *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, 1993, pp. XII-382.
16. ELENA MERLIN, *Compensazione e processo, II, Il giudicato e l'oggetto del giudizio*, 1994, pp. XII-338.
17. ANGELO CASTAGNOLA, *Le rivendiche mobiliari nel fallimento*, 1996, pp. X-530.
18. MARIA CRISTINA VANZ, *L'espropriazione dell'immobile locato*, 1997, pp. X-204.
19. *Il progetto di riforma organica del processo civile*, Atti del Convegno nazionale organizzato dalla Camera Civile, Milano, 18-19 aprile 1997, a cura di GIUSEPPE TARZIA, 1998, pp. XII-368.

20. LOTARIO DITTRICH, *I limiti soggettivi della prova testimoniale*, 2000, pp. XII-534.
21. MARIACARLA GIORGETTI, *Le rinunce alle impugnazioni civili*, 2000, pp. XIV-500.
22. *Enrico Tullio Liebman oggi, Riflessioni sul pensiero di un maestro*, 2004, pp. VIII-144.
23. FRANCESCA FERRARI, *La "prova migliore", Una ricerca di diritto comparato*, 2004, pp. VIII-360.
24. STEFANO A. VILLATA, *Impugnazioni di delibere assembleari e cosa giudicata*, 2006, pp. X-540.
25. MICHELE VANZETTI, *L'insolvenza transnazionale: storia del problema, in Germania, in Italia e nei progetti di convenzione internazionale*, 2006, pp. XVI-476.

Per i tipi di Giappichelli

26. ALBERT HENKE, *I conflitti di potestas iudicandi tra arbitro e giudice statale nel diritto italiano e comparato*, 2022, pp. XVIII-1054.

