



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO E SOVRANAZIONALE
SEZIONE DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

SCUOLA DI DOTTORATO IN SCIENZE GIURIDICHE
CORSO DI DOTTORATO IN DIRITTO COMPARATO, PRIVATO, PROCESSUALE
CIVILE E DELL'IMPRESA
CURRICULUM DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

XXX CICLO

Tesi di dottorato di ricerca

**CONVENZIONE D'ARBITRATO E CONFLITTO TRA ARBITRI E
GIUDICE ORDINARIO**
(s.s.d. IUS/15)

Dottoranda:
Dott.ssa Carolina STEFANETTI
Matricola: R10947

Tutor:
Chiar.ma Prof.ssa Laura SALVANESCHI

Coordinatrici del dottorato:
Chiar.ma Prof.ssa Maria Teresa CARINCI
Chiar.ma Prof.ssa Elena MERLIN
Chiar.ma Prof.ssa Maria Francesca GHIRGA

Anno Accademico 2016/2017

CONVENZIONE D'ARBITRATO E CONFLITTO TRA ARBITRI E GIUDICE

ORDINARIO

I.	LA CONTROVERSA QUESTIONE DELLA NATURA DEL FENOMENO ARBITRALE E DELL'ECCEZIONE DI ARBITRATO FINO AL 2006	
1.1.	Introduzione.....	1
1.2.	La tesi giurisdizionalista.....	5
1.2.1.	Il fondamento teorico della tesi.....	6
1.2.2.	La natura dell'eccezione di arbitrato nell'ambito della tesi.....	12
1.2.3.	L'efficacia del lodo.....	15
1.3.	La tesi negoziale.....	19
1.3.1.	Il fondamento teorico della tesi.....	20
1.3.2.	La natura dell'eccezione di arbitrato nell'ambito della tesi.....	25
1.3.3.	L'efficacia del lodo.....	26
1.4.	La c.d. "svolta negoziale" del 2000.....	31
1.4.1.	Il fondamento teorico della decisione.....	32
1.4.2.	La critica dottrinale alla pronuncia.....	35
1.4.3.	Riflessi della pronuncia del 2000 nella giurisprudenza successiva.....	39
II.	IL D.LGS. 2 FEBBRAIO 2006, N. 40: L'ULTIMA RIFORMA DELL'ARBITRATO	
2.1.	Introduzione.....	59
2.2.	Il conflitto tra arbitri e giudice in termini di competenza: gli articoli 817 e 819 <i>ter</i> c.p.c.	60
2.3.	L'efficacia del lodo arbitrale: l'articolo 824 <i>bis</i> c.p.c.	66
2.4.	Il sistema delle "vie parallele". Cenni e rinvio.....	74
2.5.	Ipotesi di applicazione analogica del regime della <i>translatio iudicii</i> tra giudice ordinario e arbitri.....	79
III.	IL PROBLEMATICO RAPPORTO TRA ARBITRO E GIUDICE ORDINARIO NEL SISTEMA ATTUALE	
	PARTE I: DUE RILEVANTI PRONUNCE DEL 2013.....	84

3.1.1. La sentenza della Corte costituzionale 19 luglio 2013, n. 223.....	86
3.1.2. L’ordinanza delle Sezioni Unite 25 ottobre 2013, n. 24153.....	91
PARTE II: LA QUALIFICAZIONE DEL RAPPORTO TRA ARBITRI E GIUDICE IN TERMINI DI COMPETENZA E LE “VIE PARALLELE”.....	96
3.2.1. La qualificazione del rapporto tra arbitri e giudice in termini di competenza. Critica.....	96
3.2.2. La validità della convenzione di arbitrato come oggetto di giudizio autonomo.....	101
3.2.3. Il sistema delle “vie parallele” e l’accertamento incidentale sulla convenzione di arbitrato.....	105
3.2.4. La disciplina del lodo e della sentenza sulla competenza.....	126
PARTE III: LA <i>TRANSLATIO IUDICII</i> TRA GIUDIZIO ORDINARIO E ARBITRATO.....	133
3.3.1. Il conflitto negativo di competenza. Rinvio.....	133
3.3.2. La prosecuzione della controversia all’esito della <i>translatio iudicii</i>	136
3.3.2.1. Riassunzione o riproposizione della domanda.....	136
3.3.2.2. Vincolatività delle preclusioni maturate prima della <i>translatio iudicii</i>	140
3.3.2.3. Effetti delle misure cautelari concesse nel primo giudizio.....	141
3.3.2.4. Conservazione delle prove “raccolte” nel primo processo.....	143
3.3.2.5. Terzi intervenuti nel processo estranei alla convenzione d’arbitrato e domande riconvenzionali che non rientrano nel perimetro della convenzione medesima.....	144
CONCLUSIONI.....	148
BIBLIOGRAFIA.....	163

CAPITOLO I

LA CONTROVERSA QUESTIONE DELLA NATURA DEL FENOMENO ARBITRALE E DELL'ECCEZIONE DI ARBITRATO FINO AL 2006

SOMMARIO: 1.1. Introduzione; 1.2. La tesi giurisdizionalista; 1.2.1. Il fondamento teorico della tesi; 1.2.2. La natura dell'eccezione di arbitrato nell'ambito della tesi; 1.2.3. L'efficacia del lodo; 1.3. La tesi negoziale; 1.3.1 Il fondamento teorico della tesi; 1.3.2. La natura dell'eccezione di arbitrato nell'ambito della tesi; 1.3.3. L'efficacia del lodo; 1.4. La c.d. "svolta negoziale" del 2000; 1.4.1. Il fondamento teorico della decisione; 1.4.2. La critica dottrinale alla pronuncia; 1.4.3. Riflessi della pronuncia del 2000 nella giurisprudenza successiva.

1.1. INTRODUZIONE

La questione della natura da attribuire al fenomeno arbitrale è stata oggetto di disputa a livello dottrinale e, di riflesso, giurisprudenziale fin da tempi risalenti. Si vedrà, nel prosieguo, che, a partire dalla riforma dell'arbitrato del 2006, la questione pare oggi, in gran parte, risolta.

È, tuttavia, indispensabile ripercorrere, seppur brevemente, il dibattito sull'argomento, per inquadrare i problemi connessi all'oggetto del presente lavoro. Tale dibattito verrà analizzato nella vigenza del codice di procedura civile del 1940 e sarà fondamentale fare riferimento alle modifiche alla disciplina dell'arbitrato introdotte con le riforme di cui alla legge 9 febbraio 1983, n. 28 e alla legge 5 gennaio 1994, n. 25 che hanno inciso in maniera molto rilevante sul dibattito descritto in questo Capitolo.

Negli anni, si sono avvicinate, sulla questione della natura dell'arbitrato, due principali teorie: quella c.d. giurisdizionalista e quella c.d. negoziale. Di ciascuna di queste teorie si sono sviluppate differenti versioni e ognuna di queste verrà analizzata dal punto di vista del rispettivo fondamento teorico nonché delle ricadute in tema di natura dell'eccezione di arbitrato e di efficacia del lodo arbitrale.

Verranno, poi, esaminate nel dettaglio una importante pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione del 2000, la discussione dottrinale che ne è conseguita e l'evoluzione della successiva prassi giurisprudenziale fino al 2006.

Prima di inoltrarci nell'analisi delle due tesi è, dunque, fondamentale individuare il dato normativo da cui la dottrina ha preso le mosse per l'elaborazione del dibattito sulla natura dell'arbitrato. Con riferimento al codice di procedura civile del 1940, le disposizioni rilevanti erano quelle contenute nel capo relativo alla "Sentenza" contenuto nel titolo VIII sull'arbitrato.

In particolare, la disposizione più rilevante era quella di cui all'art. 825 c.p.c., che regolava il deposito del lodo prevedendo che *"Il lodo deve essere depositato da uno degli arbitri in originale, con l'atto di compromesso o con l'atto contenente la clausola compromissoria e gli atti con i quali sono stati proposti i quesiti, nel termine perentorio di cinque giorni dalla data di sottoscrizione, nella cancelleria della pretura del luogo in cui è stato pronunciato.*

Il pretore, accertata la tempestività del deposito e la regolarità formale del lodo, lo dichiara esecutivo con decreto.

Il decreto del pretore conferisce al lodo efficacia di sentenza.

Del deposito e del provvedimento del pretore è data notizia dalla cancelleria alle parti nei modi stabiliti nell'articolo 133 secondo comma.

Contro il decreto del pretore che nega l'esecutorietà del lodo, è ammesso reclamo mediante ricorso al presidente del tribunale che provvede con ordinanza non impugnabile, sentite le parti"¹.

¹ Per completezza, si segnalano le disposizioni rilevanti, così come formulate nel codice di procedura civile del 1865. Inserita nel Titolo preliminare al capo II, la disciplina relativa alla "sentenza degli arbitri" era regolata negli articoli da 21 a 33 del codice. In particolare, l'art. 24 disponeva che *"la sentenza originale è depositata coll'atto di compromesso, nel termine di giorni cinque, da uno degli arbitri, o personalmente o per mezzo di mandatario munito di procura speciale per quest'oggetto, alla cancelleria della pretura del mandamento in cui fu pronunciata: altrimenti è nulla.*

Si forma processo verbale del deposito, che è sottoscritto da chi lo fa, dal pretore, e dal cancelliere. La procura anzidetta è annessa al processo verbale.

La sentenza è resa esecutiva e inserita nei registri per decreto del pretore, il quale deve pronunziarlo nel termine di giorni cinque dal deposito nella cancelleria".

Ulteriore disposizione rilevante era l'art. 23 che prevedeva che le regole previste per la provvisoria esecutorietà delle sentenze dell'autorità giudiziaria fossero applicabili anche alle sentenze degli arbitri.

La disposizione si inseriva in un contesto politico-sociale di accentramento e di “rafforzamento del principio di autorità dello Stato [che] si proietta e si traduce necessariamente, nel processo, in un rafforzamento dell’autorità del giudice [...]”².

Questo il fondamento normativo sul quale si è sviluppato il dibattito relativo alla natura dell’arbitrato fino al 1983.

Con la L. 9 febbraio 1983, n. 28 è stata modificata in maniera rilevante la disciplina del lodo.

Nel 1983 l’art. 823 c.p.c. veniva arricchito del quarto comma che attribuiva al lodo “efficacia vincolante tra le parti dalla data della sua ultima sottoscrizione”, superando così la necessità, con riferimento almeno all’efficacia tra le parti, del decreto pretorile. Quest’ultimo, rimaneva rilevante ai fini della efficacia esecutiva del lodo dal momento che, ai sensi dell’art. 825 c.p.c., se richiesto entro un anno dal ricevimento del lodo, conferiva efficacia esecutiva alla decisione degli arbitri. Ai fini di questa disposizione, e diversamente dalla disciplina originaria prevista nel codice del 1940, il deposito non costituiva più un obbligo degli arbitri, bensì una facoltà delle parti, da considerarsi come un onere per la parte che intendesse far eseguire il lodo nel territorio della Repubblica.

La sentenza degli arbitri aveva dunque, di per sé, “esistenza di mero fatto, non giuridica e produttiva di effetto” (così, E. CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1915, 455 s.), produceva effetto dal punto di vista giuridico solo con il deposito, previsto a pena di nullità, dall’art. 24, e acquistava efficacia esecutiva con la pronuncia del decreto pretorile, previsto dalla medesima norma. Il decreto del pretore aveva la funzione di ordinare che la sentenza arbitrale fosse eseguita. Cfr., sul punto, G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P. MANCINI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Napoli, 1875, 120, ove si specifica che “questo decreto dunque non importa omologazione, quindi deve esser dato sic et simpliciter, esso non deve far altro, che imprimere suggello della pubblica autorità, a solo oggetto, che una sentenza resa da privati, acquisti la forza esecutoria”. La procedura, prevista dall’art. 24, è stata criticata da L. BORSARI (a cura di), *Il codice italiano di procedura civile annotato*, Torino, 1865, 51 s., perché eccessivamente “rigorosa” nonché per il fatto che attribuiva al pretore, che aveva competenza limitata, quanto al valore, a lire 1500, il compito di rendere eseguibili “le sentenze degli arbitri che possono contenere il valore di milioni”.

² *Relazione alla Maestà del Re imperatore del Ministro Guardasigilli presentata nell’udienza del 18 ottobre 1940 per l’approvazione del testo del codice di procedura civile*, in *G.U.* 28 ottobre 1940, n. 253, I, § 2, 4004, disponibile su www.gazzettaufficiale.it.

In conseguenza delle due modifiche normative viste finora, veniva eliminato dall'art. 829, comma 1, n. 5 c.p.c. il riferimento alla impugnazione per nullità del lodo non depositato.

Come si vedrà *infra*, le innovazioni appena descritte hanno avuto un rilevante impatto sul dibattito relativo alla natura dell'arbitrato.

Lo stesso può dirsi per la riforma adottata con la L. 5 gennaio 1994, n. 25, che ha inciso ampiamente nonché in maniera organica sulla disciplina dell'arbitrato.

Per quanto interessa ai fini del presente lavoro, è rilevante sottolineare che, con la riforma del 1994, sono state modificate disposizioni del codice di procedura civile così come del codice civile. In particolare, la domanda di arbitrato è stata inserita tra gli atti idonei a interrompere e a sospendere il decorso della prescrizione³. Sempre con riferimento al codice civile, sono stati modificati gli articoli 2652, 2653, 2691 e 2692 quanto agli atti soggetti a trascrizione, nel senso di equiparare alla domanda giudiziale *“l'atto notificato con il quale una 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”*.

Altrettanto rilevante è stato il riconoscimento, a livello normativo, del principio di autonomia della clausola compromissoria⁴ così come l'introduzione dell'art. 819 *bis* c.p.c., che ha stabilito che la *potestas iudicandi* degli arbitri non è esclusa dalla connessione della controversia con altra pendente dinanzi al giudice dello Stato, e la modifica dell'art. 819 c.p.c., relativo al potere degli arbitri di risolvere questioni incidentali⁵.

³ Cfr. artt. 2943 e 2945 c.c..

⁴ Cfr. art. 808 c.p.c..

⁵ *“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.*

Fuori da tali ipotesi gli arbitri decidono tutte le questioni insorte nel giudizio arbitrale [...]”. Si segnala che l'art. 27, comma 1, delle disposizioni attuative alla L. n. 25 hanno stabilito che la norma si applicasse ai procedimenti arbitrali in corso, salvo che fosse già intervenuta una pronuncia di incompetenza da parte degli arbitri. Sul punto, cfr. Cass., Sez. I, 15 luglio 1996, n. 6403, in *Riv. arb.* 1997, 53, con nota di F.P. LUIISO, *Una questione di diritto transitorio della legge di riforma dell'arbitrato*, *ivi*, 55 ss.

Inoltre, sono state molto significative le modifiche normative relative agli effetti del lodo arbitrale. In primo luogo, è stato eliminato dall'art. 825 c.p.c. il riferimento al termine per il deposito del lodo ai fini dell'emanazione del decreto pretorile, facendo così venir meno il termine annuale di decadenza per ottenere l'esecutività del lodo.

Ancora, l'art. 827 c.p.c. ha espressamente previsto la possibilità di impugnare il lodo non depositato, ossia il lodo dotato della "efficacia vincolante" di cui all'art. 823 c.p.c.. È stato, poi, previsto quale motivo di nullità del lodo il caso di "contrarietà ad altro precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti, purché la relativa eccezione sia stata dedotta nel giudizio arbitrale".

Da ultimo, sono stati eliminati tutti i riferimenti, presenti nel codice, al *nomen* "sentenza" arbitrale in favore del riferimento al "lodo"⁶.

Così tracciato il quadro normativo e le intervenute modificazioni rilevanti ai fini del presente lavoro, si procede di seguito all'analisi delle teorie sulla natura dell'arbitrato.

1.2. LA TESI GIURISDIZIONALISTA

La prima tesi che verrà esaminata nel dettaglio è quella giurisdizionalista, che ha visto nell'arbitro un "sostituto" del giudice ordinario.

Citando le parole di Satta, la tesi muove dall'assunto per cui "come da ogni domanda nasce un rapporto processuale, così da ogni compromesso nasce un rapporto processuale"⁷.

⁶ Tale sostituzione è stata posta in essere, dall'art. 9 della L. n. 25, nell'art. 817 c.p.c. che disciplina l'eccezione d'incompetenza così come, dall'art. 13 della medesima legge, nella rubrica del Capo IV del Titolo VIII del Libro quarto c.p.c..

⁷ S. SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1969, 12. L'Autore ha, inoltre aggiunto, con riferimento alla citazione riportata nel testo: "un'identica situazione che scaturisce da due diversi atti; o quanto meno due eguali parallele situazioni, con contenuto perfettamente identico, e solo distinte dalla mera circostanza esteriore che là un giudice, qui l'arbitro, là un giudice ufficiale, qui un giudice liberamente eletto sono i soggetti, o uno dei soggetti del rapporto. Al di fuori di questo tutto è e deve essere uguale nella sostanza".

La giurisprudenza ha a lungo, fino alla “svolta negoziale” del 2000 che sarà oggetto di analisi nel paragrafo 1.4., accolto la tesi della natura giurisdizionale dell’arbitrato, specialmente nella forma “intermedia” che si descriverà nel paragrafo successivo.

1.2.1. IL FONDAMENTO TEORICO DELLA TESI

La tesi giurisdizionalista, come si è accennato, ha tradizionalmente individuato nella funzione arbitrale una funzione giurisdizionale vera e propria, identificando il lodo con la sentenza, indipendentemente dal decreto pretorile, qualificato come *“condizione di efficacia della pronuncia giurisdizionale, come atto di approvazione e visto di legalità, avente il carattere di atto di giurisdizione volontaria”*⁸.

Il principio fondamentale della teoria in esame, dal punto di vista teorico, è stato formulato, già a partire dal 1923, da Mortara che ha affermato la natura giurisdizionale dell’arbitrato *“perché l’ufficio degli arbitri trae autorità ed efficacia dal riconoscimento della legge, che consente loro, in certa misura, l’esercizio della funzione giurisdizionale. Questa è la sostanza dell’istituto [...]”*⁹.

Queste le premesse teoriche della tesi giurisdizionalista nella sua espressione più radicale¹⁰.

⁸ G. TOMBARI, *Natura e regime giuridico dell’eccezione di compromesso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1964, 1019 ss., spec. a 1029.

⁹ L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, 1923, 37 s., che ha aggiunto che *“tutto quanto riguarda la specialità di forme e degli atti processuali è accidente affatto, così nel campo della teoria, come in quello del diritto positivo”*. La differenza tra la giurisdizione ordinaria e quella arbitrale risiederebbe allora nel fatto che l’esercizio del potere giurisdizionale è conferito alla prima in quanto organo destinato al compito specifico dell’esercizio della giurisdizione, alla seconda, invece, per tramite del compromesso.

¹⁰ Una visione radicalmente giurisdizionalista della natura dell’arbitrato, come regolato nel codice del 1940, è stata assunta anche da U. ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, I, Torino, 1957, 128 ss., spec. a 154, che ha affermato che, nel fenomeno arbitrale, si verificherebbe l’assunzione da parte di un soggetto privato di una pubblica funzione o un pubblico servizio assimilabile alla situazione giuridica che si viene a creare, per esempio, quando un cittadino arresta l’autore di un reato colto in flagranza. In questo senso, gli arbitri rimarrebbero soggetti privati, così come rimarrebbero privati gli effetti giuridici del

Su tali premesse si è inserito il rilievo di Schizzerotto che ha visto un indice della giurisdizionalità dell'arbitrato nell'inserimento, operato dal legislatore del 1940, della disciplina dell'arbitrato nel libro dei procedimenti speciali, sottraendolo dal “*campo dell'indeterminatezza ove prima naufragava*”¹¹, con l'intenzione di inserire l'istituto nel sistema processuale, nonostante le notevoli peculiarità che lo caratterizzano.

In coerenza con tale concezione giurisdizionale è stato sottolineato che il fatto che il potere degli arbitri derivi dalla volontà privata non sarebbe idoneo a negare che questi ultimi esercitino attività giurisdizionale, dal momento che è vero che il conferimento del potere di giudicare attraverso un atto privato è presupposto del potere degli arbitri, ma questo non fa sì che la natura privata del primo si trasferisca al secondo. Allo stesso modo, la medesima considerazione è stata svolta in riferimento alla nomina, da parte di soggetti privati, degli arbitri. In questo senso, è stato affermato che sarebbe erroneo pensare che il potere di scegliere il giudice privato sia in contraddizione con l'esercizio della giurisdizione dal momento che l'arbitrato assumerebbe carattere di giurisdizionalità per il tramite della disciplina normativa che lo regola all'interno del codice di procedura civile¹².

Si ritiene, poi, di trattare in questo paragrafo anche la tesi del Carnelutti, che, pur negando agli arbitri soli funzioni giurisdizionali in senso stretto, ha rifiutato altresì la tesi strettamente privatistica della funzione arbitrale¹³, individuando la

compromesso che si producono tra le parti. L'aspetto di diritto pubblico, cioè il conferimento di poteri giurisdizionali agli arbitri, resterebbe al di fuori della volontà delle parti e deriverebbe dalle norme di diritto processuale che disciplinano l'arbitrato. In conseguenza di ciò, la sentenza arbitrale sarebbe già una “*vera e propria sentenza munita di forza obbligatoria, ma ad essa manca la forza esecutiva, che è caratteristica del potere di imperio dello Stato*” e che viene conferita solo in un secondo momento con il decreto pretorile di cui all'art. 825 c.p.c..

¹¹ G. SCHIZZEROTTO, *Della natura giuridica dell'arbitrato rituale*, in *Rass. arb.* 1962, 89 ss., spec. a 93.

Come si è visto *supra* alla nota 1, l'arbitrato era regolato, nel codice di procedura civile del 1985, in un titolo preliminare.

¹² G. SCHIZZEROTTO, *op. ult. cit.*, 94.

¹³ Si segnala che, nella vigenza del codice di rito del 1865, l'Autore aveva rilevato che il lodo non potesse essere considerato di per sé come sentenza perché per essere esecutivo e obbligatorio necessitava del decreto del pretore. Allo stesso modo, l'Autore negava che fosse attribuibile agli arbitri l'esercizio di azioni meramente private. Alla luce di tali rilievi,

sussistenza di una tale funzione in capo agli arbitri unitamente al pretore. In altre parole, l'Autore ha preso in considerazione il fenomeno arbitrale nella sua complessità, costituita da attività degli arbitri unitamente ad attività del pretore al fine di giustificare l'efficacia di sentenza da attribuirsi al lodo alla luce del dato normativo. Infatti, è proprio della previsione dell'efficacia di sentenza da riconoscere al lodo che l'Autore ha preso le mosse per l'elaborazione della propria teoria.

Carnelutti ha sottolineato, infatti, da un lato, che *“l'equivalenza tra il processo per arbitri e il processo avanti al giudice è stabilita dalla legge in quanto attribuisce al lodo «efficacia di sentenza»”*¹⁴; dall'altro lato, ha individuato nell'omologazione pretorile una *“garanzia”* predisposta dallo Stato. Secondo l'Autore, sorgerebbero dal compromesso, dunque, due poteri processuali: uno, quello degli arbitri, di preparare la sentenza, l'altro, quello del pretore, di integrare la decisione degli arbitri con il decreto di omologazione. Di questi due poteri processuali così individuati, nessuno sarebbe, di per sé, un potere giurisdizionale, ma quest'ultimo sarebbe costituito dalla fusione dei due poteri processuali visti¹⁵.

La conseguenza di tale rilievo è che, per l'Autore, il decreto pretorile di omologazione sarebbe parte integrante, insieme al lodo, della *“sentenza arbitrale”*, dotata di pari efficacia rispetto a quella del giudice statale. Da questo punto di vista, infatti, la sentenza arbitrale non sarebbe né soltanto il lodo né soltanto il decreto, così come il giudice non sarebbe né soltanto l'arbitro né soltanto il pretore. La sentenza arbitrale sarebbe un atto complesso, formato, inevitabilmente dal lodo più il decreto. Allo stesso modo, il giudice sarebbe un organo complesso costituito dall'arbitro e dal

l'Autore considerava arbitri e giudici come soggetti esercitanti attività della medesima natura e, di conseguenza, la sentenza non doveva essere individuata solamente nel lodo, ma nemmeno solamente nel decreto pretorile. In altre parole *“se agli arbitri la potestà giurisdizionale non spetta per l'intero, ne spetta tuttavia una frazione. Far consistere l'intera sentenza nel decreto del pretore, nel quale si trasfonderebbe, costituendone il contenuto logico, il giudizio degli arbitri è un discorso il quale, per poco che venga chiarito, mostra la sua inconsistenza [...]”* (così. F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, Padova, 1936, 556). Cfr., inoltre, F. CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, in *Studi di diritto processuale*, Padova, 1925, 1 ss., spec. a 19 ss.

¹⁴ F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1941, 63.

¹⁵ F. CARNELUTTI, *Arbitrato estero* cit., 19 s.

giudice che concorrerebbero inscindibilmente alla formazione della sentenza arbitrale¹⁶.

Sembra ispirarsi alla concezione appena esposta una parte rilevante della giurisprudenza dell'epoca e merita un riferimento specifico la pronuncia delle S.U. n. 1505 del 1956¹⁷, con la quale la Suprema Corte ha sancito che “*costituisce una questione di giurisdizione quella se la domanda attenga a materia esclusivamente demandata alla cura dell'Amministrazione, nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali, o comunque ad una controversia devoluta alla cognizione di un giudice speciale, ovvero, invece a diritti soggettivi per la cui tutela è ammissibile l'arbitrato*”¹⁸. In motivazione, con riferimento al dibattito sulla natura dell'arbitrato, le S.U. hanno precisato che la giurisprudenza della Corte si può dire sostanzialmente contraria alla concezione interamente privatistica dell'istituto arbitrale, ma da ciò non si può dedurre nemmeno che abbia aderito alla dottrina interamente giurisdizionale. Le S.U. hanno, invece, inteso aderire alla teoria che “*ravvisa l'atto di giurisdizione nella fusione del lodo e del decreto, il quale soltanto colorisce ex post [...] il procedimento arbitrale, attribuendogli retroattivamente gli effetti che sono*

¹⁶ È stato rilevato da G. SCHIZZEROTTO, *op. ult. cit.*, 97 che ha sottolineato che, con la ricostruzione appena vista, l'Autore “*ponendo sullo stesso piano arbitri e pretore, e considerando i primi, sostanzialmente, collaboratori del secondo e, come quest'ultimo forniti di poteri giurisdizionali, [...] pose in essere il primo vero tentativo di allacciare logicamente e su di un piano giuridico l'attività degli arbitri e del pretore*”. Sul punto, cfr. anche G. MARANI, *Aspetti negoziali e aspetti processuali dell'arbitrato*, Torino, 1966, 173, che ha aderito alla tesi di Carnelutti attribuendole il merito di sottolineare che gli elementi costitutivi della sentenza arbitrale (il lodo e il decreto pretorile) vanno posti sul medesimo piano come egualmente essenziali e nessuno dei due prevale sull'altro. Ancora, cfr. E. REDENTI, voce *Compromesso*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1967, III, 786 ss., spec. a 792 che ha sottolineato come il decreto di esecutorietà conferisca alla decisione degli arbitri il “*carattere di atto vicario di una sentenza del giudice, cioè di un provvedimento (complesso e composito)*”.

¹⁷ Cass., S.U., 9 maggio 1956, n. 1505, in *Foro pad.* 1956, I, 847 ss., con nota di V. ANDRIOLI, *Procedura arbitrale e regolamento di giurisdizione*, nonché in *Giust. civ.* 1956, I, 818 ss., con nota di L. MARMO, *Recenti orientamenti della dottrina e della giurisprudenza sulla natura giuridica dell'arbitrato rituale*. Cfr., nello stesso senso, T. CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1974, I², 874 ss., spec. a 879 s..

¹⁸ Tuttavia, sarebbe inammissibile, secondo la pronuncia medesima, la proposizione del regolamento di giurisdizione in pendenza del procedimento arbitrale perché quest'ultimo non sarebbe compiutamente procedimento giurisdizionale fino al decreto pretorile.

propri del processo giurisdizionale, con la conseguente normale retroattività della pronuncia al momento della instaurazione della domanda”¹⁹.

In questo scenario dottrinale e giurisprudenziale si è inserita la menzionata riforma del 1983, con la quale, come si è visto sopra, è stato introdotto il quarto comma dell’art. 823 c.p.c. che ha attribuito al lodo efficacia vincolante tra le parti dal momento della sua ultima sottoscrizione. Tale modificazione ha avuto un forte impatto sulla teoria giurisdizionale, con particolare riferimento all’efficacia che i sostenitori di tale teoria hanno attribuito al lodo. Per questo motivo, si darà più ampio spazio alla questione *infra* nel paragrafo 1.1.3.. Qui basti rammentare che nel 1983 è stato introdotto il principio per cui il lodo arbitrale produce, quale effetto immediato e “*naturale*”²⁰, l’efficacia vincolante tra le parti a partire dal momento dell’ultima sottoscrizione. Tale effetto è autonomo e anteriore rispetto alla eventuale esecutività che sarà acquistata dal lodo con il decreto di omologazione del pretore.

Ancora, effetti rilevanti per la teoria giurisdizionale dell’arbitrato devono essere rinvenuti nelle modifiche normative introdotte con la menzionata riforma del 1994.

Come si è visto nel precedente paragrafo, la riforma del 1994 ha inciso in maniera organica sulla disciplina dell’arbitrato²¹.

Nonostante la questione della natura dell’arbitrato non sia stata espressamente definita dal legislatore, vi sono state diverse modifiche della disciplina dell’arbitrato che sono state lette, da una parte della dottrina, come elementi a sostegno della natura giurisdizionale del fenomeno arbitrale.

In particolare, tra gli indici da prendere in considerazione per desumere l’avvicinarsi del fenomeno arbitrale alla giurisdizione ordinaria, sono da segnalare le modificazioni della legge del 1994 al codice civile, in materia di interruzione e

¹⁹ Così, Cass., S.U., 9 maggio 1956, n. 1505, in *Foro pad. cit.*, 852.

²⁰ Così, C. PUNZI, *Le prime pronunce giurisprudenziali sull’impugnazione del lodo arbitrale privo dell’*exequatur* pretorile*, nota a Corte App. Genova, 3 gennaio 1986, e Trib. Milano, 14 luglio 1986, in *Riv. dir. proc.* 1986, 945 ss..

²¹ V. CARBONE, *I rapporti tra giudizio arbitrale e giudizio ordinario*, in G. ALPA (rassegna coordinata da), *L’arbitrato profili sostanziali*, Torino, 1999, 250 ss., spec. a 252, che ha precisato: “*uno dei punti di forza dell’attuale normativa, ora realizzata con la L. 5 gennaio 1994, n. 25, nel segno di un deciso rafforzamento dell’istituto dell’arbitrato, è costituita proprio dall’affrancarsi del giudizio arbitrale [...] dall’antica ancillare subordinazione rispetto al giudizio ordinario*”.

sospensione della prescrizione, così come di atti soggetti a trascrizione. In questo senso, la novella del 1994 ha attribuito alla domanda di arbitrato alcuni effetti sostanziali che prima erano propri solamente della domanda giudiziale²².

In primo luogo, sono rilevanti le modifiche introdotte negli articoli 2943 e 2945 c.c. con le quali il legislatore ha attribuito alla domanda di arbitrato, rispettivamente, efficacia interruttiva della prescrizione²³ nonché efficacia sospensiva del decorso della prescrizione dal momento della notificazione dell'atto contenente la domanda di arbitrato sino al momento in cui il lodo non è più impugnabile o a quello del passaggio in giudicato della sentenza sull'impugnazione.

Allo stesso modo, la legge del 1994 ha modificato le norme del codice civile relative alla trascrizione e ai suoi effetti verso i terzi, con l'aggiunta dell'equiparazione alla domanda giudiziale dell'atto "*notificato con il quale la parte, in presenza di clausola compromissoria, dichiara all'altra la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede, per quanto le spetta, alla nomina degli arbitri*"²⁴.

Inoltre, con la legge del 1994 sono state introdotte alcune rilevanti modifiche che hanno inciso sulla "efficacia vincolante" del lodo arbitrale e, per questo, saranno descritte *infra* nel paragrafo 1.1.3..

²² L. SALVANESCHI, *La domanda di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 1995, 645 ss., che, sul punto, precisa: "*con la recente l. 5 gennaio 1994, n. 25 il legislatore ha compiuto enormi passi avanti sulla via dell'equiparazione del procedimento arbitrale rituale con quello giurisdizionale*".

²³ Nello specifico, l'art. 25 della legge del 1994 ha sostituito il quarto comma dell'art. 2943 c.c. con il seguente testo: "*La prescrizione è inoltre interrotta da ogni altro atto che valga a costituire in mora il debitore e dall'atto notificato con il quale una 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*".

²⁴ Così l'art. 26 L. 5 gennaio 1994, n. 25, che ha aggiunto tale equiparazione della domanda di arbitrato con quella giudiziale negli artt. 2652, 2653, 2690 e 2691 c.c.. Cfr. A. PROTO PISANI, *La trascrizione della domanda giudiziale*, Napoli, 1968, 406, che prima della modificazione di tali disposizioni, aveva individuato come questione di particolare delicatezza quella dell'individuazione dell'atto, nell'ambito del procedimento arbitrale, che corrispondesse alla domanda giudiziale.

1.2.2. LA NATURA DELL'ECCEZIONE DI ARBITRATO NELL'AMBITO DELLA TESI

Il fondamento teorico della tesi giurisdizionalista si è riflettuto in maniera preponderante sulla natura dell'eccezione di arbitrato.

In generale, si può affermare che, nell'ambito della tesi, l'eccezione di compromesso è stata vista come un'eccezione attinente al rito, relativa alla sottrazione pattizia del potere del giudice ordinario di conoscere della causa.

In particolare, con riferimento al quadro normativo come delineato dal legislatore del 1940, è parso maggioritario in giurisprudenza l'indirizzo per cui l'eccezione di arbitrato avrebbe integrato un'eccezione d'incompetenza. Muovendo dal carattere giurisdizionale dell'arbitrato, un indirizzo giurisprudenziale consolidato ha inquadrato, dunque, il rapporto tra giudici speciali ed arbitri nell'alveo della giurisdizione e il rapporto tra giudice ordinario e arbitri nell'alveo della competenza²⁵.

In questo senso, l'atto con il quale le parti si accordavano per deferire una controversia in arbitrato veniva equiparato ad un atto di proroga della competenza²⁶ che, di conseguenza, dava origine ad un'eccezione in senso proprio, dunque non rilevabile d'ufficio e sempre rinunciabile, espressamente o tacitamente²⁷.

²⁵ Cfr., *inter alia*, Cass., n. 1550 del 24 maggio 1955, in *Mass. giust. civ.* 1955, 573 s., Cass., Sez. I., 8 luglio 1980, n. 4343, in *Mass. foro it.* 1980, voce *Competenza civile* n. 162, 404, nonché Cass., Sez. I., 27 luglio 1957, in *Riv. dir. proc.* 1958, 244, con nota di V. COLESANTI, *Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri*, *ivi*, 244 ss.. Sul punto, cfr. *infra* il Capitolo II ove si descriverà, nel paragrafo 2.2., il conflitto tra arbitro e giudice ordinario in termini di competenza, così come delineato dalla riforma dell'arbitrato del 2006.

²⁶ Cfr. E.T. LIEBMAN, *Giudizio arbitrale e connessione di cause*, nota a Cass. Sez. III, 28 febbraio 1964, n. 458, in *Riv. dir. proc.* 1964, 469 ss., spec a 472, che, nel commentare la massima per cui in caso di pendenza di più domande connesse, alcune dinanzi agli arbitri, altre dinanzi al giudice ordinario, è necessario l'assorbimento di tutta la causa nella competenza del giudice ordinario, ha attribuito un valore ancora più "pregnante" alla clausola compromissoria. In altre parole, la scelta delle parti di deferire la causa in arbitrato sarebbe ben diversa "per qualità e importanza" rispetto a quella di stipulare un patto di proroga della competenza e, di conseguenza, non dovrebbe operare, in caso di cause connesse, l'attrazione dell'intera controversia nel giudizio ordinario.

²⁷ Cfr. G. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 210 ss.. Cfr., nel sistema così delineato, M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, in *Riv. arb.* 1996, 239 ss., spec. a 245, che ha

In conseguenza della qualificazione del conflitto del giudice ordinario e arbitri in termini di competenza, veniva invece qualificato il rapporto tra giudici speciali e arbitri quale questione di giurisdizione. Sul punto, è da segnalare, tra le altre, una pronuncia della Corte di cassazione, già menzionata sopra²⁸, che, pur non aderendo alla teoria giurisdizionale pura, ha in effetti individuato un rapporto di giurisdizione tra arbitrato e giudici speciali.

L'indirizzo giurisprudenziale che ha qualificato l'eccezione di arbitrato come eccezione di incompetenza e, nello specifico, di intervenuta deroga convenzionale alla competenza del giudice ordinario, è rimasto prevalente fino alla decisione delle S.U. del 2000 che sarà esaminata *infra* nel paragrafo 1.4..

In questa sede merita un cenno, ma la questione sarà oggetto di analisi approfondita *infra* nel Capitolo II, al paragrafo 2.2. e nel Capitolo III ove verrà descritto il sistema delle c.d. "vie parallele", il fatto che la qualificazione giurisprudenziale del rapporto tra arbitri e giudice ordinario in termini di competenza ha conferito alla Corte di cassazione, generalmente adita in sede di regolamento di competenza, lo strumento per risolvere la questione della contemporanea pendenza

sottolineato come "*il punto di più forte crisi*" della qualificazione del rapporto tra arbitri e giudice ordinario in termini di competenza sarebbe costituito dalla esclusione della *translatio iudicii* dal giudice ordinario incompetente agli arbitri e viceversa. Sul punto, cfr. *infra* i paragrafi 2.3 e 3.1.3.

²⁸ Così, *ex multis*, Cass., S.U., 9 maggio 1956, n. 1505 *cit.*. Cfr., tuttavia, Cass., S.U., 7 marzo 1946, in *Riv. dir. proc.* 1946, II, 1 ss., con nota di S. LESSONA, *Conflitto tra arbitri e giudice ordinario e regolamento di giurisdizione*; con la quale le S.U. hanno analizzato la questione del conflitto tra arbitrato obbligatorio in materia di appalto e giudizio ordinario dinanzi al Tribunale di Modena. Il tema è stato esaminato dalla Corte con riferimento alla configurabilità di una giurisdizione speciale in caso di arbitrato obbligatorio. Segnalando un precedente orientamento in tal senso, le S.U. hanno, poi, menzionato l'intervenuto mutamento di orientamento (Cass., S.U., 21 giugno 1945, in *Foro it.* 1944-46, I, 16 ss.) alla luce del quale l'arbitrato obbligatorio non avrebbe integrato una giurisdizione speciale e la relativa questione avrebbe dovuto essere qualificata, dunque, come questione di competenza. Nel commentare la decisione, Lessona si è domandato se il conflitto tra arbitrato, pur non qualificato come giurisdizione speciale, e giudice ordinario debba inquadarsi come questione di competenza e non di giurisdizione, sottolineando che "*se c'è un campo in cui le parole servono per confondere le idee, quello relativo alla giurisdizione e alla competenza ne è proprio un bellissimo esemplare*". Attribuendo all'eccezione di compromesso la funzione di sottrarre la controversia a qualsiasi organo dell'ordine giudiziario ordinario, l'Autore ha individuato in tale eccezione una questione di giurisdizione con la conseguenza della proponibilità, appunto, del regolamento di giurisdizione.

della lite. Sul punto, infatti, la Corte di cassazione ha in più occasioni chiarito che, in caso di pendenza di una medesima controversia dinanzi agli arbitri e al giudice ordinario, la questione si concretizzerebbe in una questione di competenza²⁹.

Da ultimo, dal punto di vista dottrinale, è fondamentale segnalare che, all'interno della corrente che ha attribuito carattere giurisdizionale all'atto composito costituito dal lodo arbitrale unitamente al decreto pretorile, un autorevole Autore ha sottolineato che la qualificazione dell'eccezione di compromesso come eccezione di competenza non sarebbe precisa dal punto di vista tecnico e ha preferito, così, considerare l'eccezione di compromesso come eccezione di improcedibilità o improponibilità della domanda³⁰.

Così individuate le ricadute della tesi giurisdizionalista nella disciplina dell'eccezione di arbitrato, bisogna ora analizzare quelle in tema di efficacia del lodo.

²⁹ Nello stesso senso, cfr. anche Coll. arb., lodo 20 luglio 1995, Bergamo, in *Riv. arb.* 1996, 375 s., con nota di F. LEPRI, *Arbitrato rituale, pendenza della stessa causa innanzi al giudice statale ed applicazione dell'art. 39, I comma, c.p.c.*, ivi 376 ss.. Sul punto, cfr., inoltre, G. TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali e conflitti tra lodi e sentenze*, in *Riv. dir. proc.* 1994, 631 ss., spec a 636. Per completezza, si segnalano, in senso parzialmente contrario, due decisioni isolate che verranno esaminate *infra* nel capitolo II, al paragrafo 2.2.: Cass., Sez. I civ., 8 luglio 1996, n. 6205, in *Riv. arb.* 1997, 325 ss., con nota di R. VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale a giudicare della propria competenza*, ivi 329 ss. e Cass., sez. I civ., 7 aprile 1997, n. 3001, in *Riv. arb.* 1997, 515 ss., con nota di F.P. LUISO, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, ivi 518 ss..

³⁰ E. REDENTI, voce *Compromesso*, in *Nuovo dig. it.*, Torino, 1938, III, 482 ss., spec. a 505 s., che, già prima del codice del 1940, ha sottolineato che l'eccezione di compromesso non sarebbe di incompetenza in senso tecnico, ma piuttosto di improponibilità o improcedibilità. Cfr., inoltre, E. REDENTI, voce *Compromesso*, in *Noviss. dig. it.*, cit., 788, ove l'Autore precisa che "quella terminologia (competenza) però è penetrata anche nel Codice (art. 817), e non è più possibile liberarsene. Purtroppo essa ha determinato poi nella giurisprudenza una certa confusione di idee, che non è solo concettuale e teorica, ma ha condotto anche a conseguenze pratiche incongrue (per es., in materia di regolamento di competenza)".

1.2.3. L'EFFICACIA DEL LODO

Come si è avuto modo di sottolineare nei paragrafi precedenti, il tema dell'efficacia del lodo è il tema sul quale la dottrina sulla natura dell'arbitrato ha posto più attenzione.

In generale, la tesi giurisdizionale pura ha attribuito efficacia di sentenza al lodo arbitrale fin dalla vigenza del sistema normativo previsto dal codice del 1940.

Così, Carnelutti, muovendo dalla concezione per cui il giudizio logico, contenuto nel lodo, e il comando, contenuto nel decreto pretorile, sono i due “ingredienti”³¹ indispensabili per la sentenza arbitrale, ha affermato che il lodo, prima dell'omologazione pretorile, sarebbe un “atto giurisdizionale in potenza”³².

Con riferimento all'efficacia del lodo, ha avuto, come si è visto, particolare rilievo la riforma del 1983, con la quale è stata attribuita “efficacia vincolante”³³ tra le parti al lodo, indipendentemente dal decreto pretorile, ancora previsto per l'attribuzione al lodo dell'efficacia di sentenza³⁴. Tale riforma ha dato origine ad un ampio dibattito dottrinale sul significato da attribuire alla “efficacia vincolante tra le parti”, prevista dall'art. 823 c.p.c., così come al rapporto di quest'ultima con la “efficacia di sentenza”, prevista dall'art. 825 c.p.c.. Sotto tale profilo, i sostenitori della tesi giurisdizionale hanno sostenuto che il lodo, indipendentemente dall'*exequatur*, produrrebbe efficacia di accertamento del diritto controverso³⁵. In tal

³¹ F. CARNELUTTI, *Arbitrato estero* cit., 20.

³² F. CARNELUTTI, *op. loc. ult. cit.*, che a sua volta richiama C. GHIRARDINI, *Sull'arbitrato nel diritto processuale civile internazionale*, in *Riv. dir. civ.* 1910, 674 ss..

³³ L'ispirazione legislativa per la scelta di tale riferimento è da rinvenire nell'art. V n. 1 lett. E) della Convenzione di New York del 1 giugno 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere, che prevede che sia negato il riconoscimento di una sentenza arbitrale qualora quest'ultima non sia “ancora divenuta obbligatoria per le parti [...]”. In questo senso, cfr. G. TARZIA, *L'arbitrato a tre anni dalla legge n. 28/1983*, a cura di G. DEODATO, Milano, 1987, 62 ss.; Id., *Efficacia ed impugnabilità del lodo nell'arbitrato rituale*, in *Rass. arb.* 1985, 1 ss..

³⁴ Il fenomeno è quello che C. PUNZI, *Le prime pronunce giurisprudenziali* cit., 948 definisce “effetto naturale”.

³⁵ E.F. RICCI, *Legge 19 febbraio 1983, n. 28. Modificazioni alla disciplina dell'arbitrato*, in *Le Nuove leggi civ. comm.*, 1983, 731 ss.; E.F. RICCI, *Sull'efficacia del lodo arbitrale rituale dopo la legge 9 febbraio 1983, n. 28*, in *Riv. dir. proc.* 1983, 635 ss..

senso, dunque, al decreto pretorile resterebbe l'unico compito di attribuire efficacia esecutiva alla decisione degli arbitri³⁶.

Tra i sostenitori di tale opinione, deve essere menzionato Ricci, che ha argomentato la propria posizione anche attraverso una approfondita analisi di diritto comparato³⁷, per interrogarsi sulla sorte della procedura di *exequatur* nel nostro ordinamento. Sul punto, l'Autore ha, con lungimiranza, concluso che il ruolo dell'*exequatur* stesse subendo un "*processo di svalutazione storica*", da leggersi alla luce di altre esperienze europee quale quella austriaca ove "*non v'è bisogno del giudice (né di exequatur) non solo al fine dell'accertamento, ma nemmeno al fine dell'esecutività del lodo*"³⁸.

Anche Tarzia, nell'aderire alla tesi dell'efficacia giurisdizionale del lodo, ha affermato che tale tesi avrebbe il pregio di conformare il sistema previsto dall'ordinamento italiano a quelli di altri Paesi europei, di essere in linea con il dato testuale per cui il decreto di *exequatur* è necessario per l'esecuzione del lodo nel territorio italiano e di dare rilevanza sistematica alla modifica dell'art. 829 c.p.c., intervenuta del 1983, con la quale è stato eliminato, dal n. 5 della medesima norma, il riferimento alla nullità del lodo non depositato nel termine previsto dall'art. 825 c.p.c.³⁹. L'Autore, in conformità con la tesi giurisdizionale, ha inoltre individuato, quale rilevante conseguenza dell'efficacia vincolante del lodo, quella per cui, qualora una parte di un arbitrato proponesse un'altra controversia identica a quella devoluta in arbitri, l'altra parte potrebbe, a seconda dei casi proporre eccezione di litispendenza oppure *exceptio rei judicatae*⁴⁰.

Venendo, poi, all'analisi del tema alla luce delle innovazioni del 1994, bisogna sottolineare che il legislatore non ha preso posizione sul dibattito provocato dalla "*efficacia vincolante*" del lodo al momento della sottoscrizione, prevista dall'art. 823

³⁶ Cfr. E.F. RICCI, *op. ult. cit.*, 740 che precisa "*la soluzione più ovvia è per l'appunto quella di ricollegare alla sottoscrizione del lodo non un'efficacia nuova, sconosciuta al nostro sistema anteriore; ma piuttosto una porzione dell'efficacia, che già prima della riforma era conosciuta come conseguenza dell'exequatur*".

³⁷ E.F. RICCI, *op. ult. cit.*, 650 ss., che ha preso in considerazione gli ordinamenti francese, belga e tedesco, ove gli effetti del lodo non fornito di *exequatur* venivano descritti in termini di *res judicata*, *Rechtskraft* o *chose jugée*.

³⁸ E.F. RICCI, *op. ult. cit.*, 656.

³⁹ G. TARZIA, *L'arbitrato a tre anni cit.*, 73 s..

⁴⁰ G. TARZIA, *Efficacia ed impugnabilità cit.*, 10.

c.p.c.. La riforma del 1994, tuttavia, non è stata “*avara di indicazioni di sistema*”⁴¹ per i sostenitori della teoria giurisdizionale.

In primo luogo, è da rilevare l’eliminazione, dall’art. 825 c.p.c., della dicitura “*efficacia di sentenza*”, così come del limite decadenziale di un anno per la richiesta del decreto pretorile che attribuisse al lodo efficacia di titolo esecutivo.

Con riferimento al primo punto, la previsione specifica di una “*efficacia di sentenza*” diversa e separata rispetto all’efficacia di cui all’art. 823 c.p.c. era stata letta dai sostenitori della tesi negoziale, in seguito alla riforma del 1983, come argomento *a contrario* per affermare che l’efficacia intrinseca del lodo, indipendentemente dal decreto pretorile, non fosse assimilabile all’efficacia di sentenza⁴².

Venuto meno il riferimento alla “*efficacia di sentenza*” del lodo depositato, sarebbe, dunque, secondo la tesi giurisdizionale, venuto meno “*l’ostacolo esegetico che veniva elevato contro il riconoscimento al lodo di pieni effetti giurisdizionali*”⁴³.

Tra gli elementi della riforma che suggerirebbero di riconoscere al lodo efficacia di sentenza, un autorevole Autore ha posto la propria attenzione sull’art. 819 c.p.c., rubricato “*Questioni incidentali*” nonché sull’art. 819 bis c.p.c. relativo alla connessione tra la controversia deferita in arbitrato e altra controversia pendente dinanzi al giudice ordinario⁴⁴.

Per semplicità espositiva, sembra utile riportare di seguito il testo integrale dell’art. 819 c.p.c., come modificato nel 1994: “*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.*

Fuori da tali ipotesi gli arbitri decidono tutte le questioni insorte nel giudizio arbitrale.

Nel caso previsto dal primo comma il termine stabilito nell’art. 820 resta sospeso fino al giorno in cui una delle parti notifichi agli arbitri la sentenza passata

⁴¹ E.F. RICCI, *L’«efficacia vincolante» del lodo arbitrale dopo la legge n. 25 del 1994*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1994, 809 ss., spec. a 815.

⁴² Cfr. *infra* paragrafo 1.2.3..

⁴³ E.F. RICCI, *op. ult. cit.*, 818.

⁴⁴ G. TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali e conflitti tra lodi e sentenze* cit.

in giudicato che ha deciso la causa incidentale; ma se il termine che resta a decorrere ha una durata inferiore a sessanta giorni, è prorogato di diritto fino a raggiungere i sessanta giorni”.

La disposizione ha regolato, dunque, le questioni pregiudiziali in senso tecnico⁴⁵, ricomprendendo l’ipotesi dell’accertamento incidentale nonché quella della sospensione per causa pregiudiziale già pendente, attuando un coordinamento tra la causa pregiudiziale di competenza del giudice e la causa pregiudicata deferita in arbitrato al fine di evitare un conflitto tra due pronunce, almeno quando una delle due controversie non sia arbitrabile⁴⁶. Diversamente, la disposizione non chiarirebbe in alcun modo la soluzione da adottare nel caso inverso, in presenza di una causa pregiudiziale di competenza degli arbitri e di una pregiudicata di competenza del giudice ordinario. Anzi, in questi casi, una soluzione di coordinamento sarebbe ostacolata dalla previsione dell’art. 819 bis c.p.c. per cui *“la competenza degli arbitri non è esclusa dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente dinanzi al giudice”*. In ragione di tale regola generale, nel caso di causa pregiudiziale di competenza degli arbitri e di causa dispendente di competenza del giudice ordinario non opererebbe il coordinamento previsto dall’art. 819 c.p.c..

Alla luce di quanto visto, non possono non rilevarsi, da un lato, gli elementi di assimilazione degli effetti del lodo a quelli della sentenza, da rinvenirsi, tra l’altro, nel meccanismo di coordinamento previsto dall’art. 819 c.p.c., così come, dall’altro

⁴⁵ Sarebbero da escludere dal campo di applicazione della norma le questioni preliminari di merito perché non possono costituire oggetto di autonomo processo. Viceversa, il meccanismo della sospensione delineato dal primo comma dell’art. 819 c.p.c. ha previsto che la questione incidentale non compromettibile venga proposta davanti al giudice ordinario in una separata controversia.

⁴⁶ Sul punto, G. TARZIA, *op. ult. cit.*, 636, nota 10, ha rilevato che la lettera dell’art. 819 c.p.c. lascerebbe aperto il dubbio se la sospensione si possa applicare anche nel caso la causa pregiudiziale verta su una materia arbitrabile. Tale dubbio è stato risolto in via interpretativa dall’Autore facendo riferimento all’ipotesi di nullità prevista dal n. 8 dell’art. 829 c.p.c. che, come si è visto, ha novellato la disposizione prevedendo che è causa di nullità del la *“contrarietà ad altro precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti, purché la relativa eccezione sia stata dedotta nel giudizio arbitrale”*. Ebbene, l’Autore ha rilevato che se si ritenesse di far rientrare nel dettato della disposizione anche il conflitto tra il giudicato sulla pregiudiziale e il lodo sulla pregiudicata, l’ordinamento imporrebbe di evitare un conflitto di decisioni attraverso una più ampia applicazione della sospensione *ex art. 295 c.p.c.*

lato, i problemi ancora rimasti rilevanti alla luce della “*prudenza mantenuta dal legislatore*”⁴⁷.

Con riferimento agli elementi di assimilazione degli effetti del lodo a quelli della sentenza, Tarzia ha anche posto particolare attenzione sul nuovo motivo di nullità del lodo arbitrale attinente, come si è visto, al caso di contrarietà del lodo impugnato “*ad altro precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti, purché la relativa eccezione sia stata dedotta nel giudizio arbitrale*”. L’Autore ha rilevato che tale motivo di nullità costituisce il rimedio “speculare” rispetto a quelli stabiliti dal nostro ordinamento per il conflitto tra sentenza e precedente giudicato: il ricorso per cassazione e la revocazione ordinaria *ex art. 395, n. 5, c.p.c.* a seconda che la sentenza abbia pronunciato sulla relativa eccezione o meno. Tale assimilazione di disciplina rispetto alla questione dei conflitti tra decisioni è parsa all’Autore un rilevante elemento di equiparazione tra lodo e sentenza, seppur nel limite, dettato dall’art. 829 c.p.c. della necessaria deduzione dell’eccezione nel giudizio arbitrale⁴⁸.

Si vedrà, nel Capitolo successivo, che il legislatore del 2006 ha introdotto una disposizione, l’art. 824 *bis* c.p.c., con il quale ha preso chiara posizione sull’efficacia del lodo arbitrale, sciogliendo, ad avviso di chi scrive, insieme ad altre disposizioni che verranno analizzate nel Capitolo II, ogni dubbio a favore della tesi giurisdizionale⁴⁹.

1.3. LA TESI NEGOZIALE

La tesi che si passa ora ad esaminare si è negli anni contrapposta alla tesi giurisdizionale vista finora.

Si vedrà che i sostenitori della tesi negoziale hanno attribuito all’arbitrato, così come al lodo, natura privata.

⁴⁷ G. TARZIA, *op. ult. cit.*, 637.

⁴⁸ G. TARZIA, *op. ult. cit.*, 640, nonché E.F. RICCI, *op. loc. ult. cit.*.

⁴⁹ Vale la pena, sin d’ora, di riportare il contenuto dell’art. 824 *bis* c.p.c., rubricato “Efficacia del lodo”: “*salvo quanto disposto dall’art. 825, il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall’autorità giudiziaria*”.

Nel corso degli anni, e in conseguenza delle modifiche normative intervenute in tema di arbitrato, la teoria si è sviluppata seguendo argomentazioni in parte diverse per anche per trovare il fondamento logico della distinzione tra arbitrato rituale e arbitrato libero. Sul punto, verrà esaminata la c.d. teoria unitaria dell'arbitrato che sarà, poi, utile per analizzare la pronuncia del 2000, oggetto del paragrafo 1.4.

1.3.1. IL FONDAMENTO TEORICO DELLA TESI

Il primo Autore che deve essere menzionato quale uno dei principali sostenitori della tesi negoziale dell'arbitrato è Chiovenda, che, fin dal 1913, ha attribuito al compromesso, atto propriamente di diritto privato, una *“importanza processuale negativa, in quanto dà alle parti una eccezione processuale, cioè il diritto di impedire la costituzione di un rapporto processuale”*⁵⁰.

Il fondamento teorico alla base della tesi dell'Autore è da rinvenirsi essenzialmente nella mancanza di potere coercitivo in capo agli arbitri. Infatti, *“l'arbitro non è funzionario dello Stato, non ha giurisdizione, né propria né delegata, non attua la legge, non eseguisce: le sue facoltà derivano dalla volontà delle parti espressa in conformità della legge; la sua decisione (sentenza arbitrale o lodo) è irrevocabile per volontà delle parti, ma non è esecutiva”*⁵¹.

In altre parole, Chiovenda ha individuato il tratto distintivo del potere giurisdizionale nel potere coercitivo. Alla luce di questo rilievo, gli arbitri non eserciterebbero alcuna funzione giurisdizionale, ma fornirebbero, con il lodo, il materiale logico che sarà poi a fondamento dell'atto giurisdizionale posto in essere dal pretore con il decreto. In questo senso, nell'arbitrato, si avrebbe un frazionamento di funzioni. Da un lato, infatti, si avrebbe l'attività meramente privata, posta in essere dagli arbitri, che darebbe origine, attraverso il lodo, al fondamento

⁵⁰ G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1913, 105.

⁵¹ G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, ristampa con prefazione di V. Andrioli, 1965, 108 ss.

logico che starà alla base dell'atto di imperio contenuto nel decreto pretorile⁵². Dall'altro lato, si avrebbe *“il vero, il solo atto giurisdizionale rappresentato dal decreto pretorile contenente il comando”*⁵³.

In conseguenza della natura strettamente privatistica da attribuirsi all'arbitrato, l'Autore ha criticato la concezione per cui il compromesso andrebbe considerato come un patto di deroga della giurisdizione perché *“la proroga suppone due attività giurisdizionali, l'una sostituita all'altra: ma l'arbitrato è tutt'altra cosa”*. Muovendo da tale presupposto logico, si procederà, dunque, nel paragrafo successivo, all'analisi del regime dell'eccezione di arbitrato nell'ambito della tesi chiovendiana.

Un altro fermo sostenitore della natura privata dell'arbitrato è Satta. L'Autore, considerando che in caso di arbitrato non sussista un rapporto processuale⁵⁴, ha preso le mosse per lo sviluppo della propria tesi identificando la manifestazione del potere giurisdizionale con il potere/dovere del giudice di rendere la sentenza. Tale potere/dovere sarebbe del tutto autonomo e indipendente rispetto alle parti del processo e, in questo, Satta ha letto il primo dei tratti di distinzione tra la funzione del giudice statale e quella degli arbitri. Infatti, tra questi ultimi e le parti in giudizio correrebbe un rapporto di diritto materiale⁵⁵, riconducibile, nell'ambito del diritto privato, a quello scaturente dalla locazione di opere.

Il potere di giudicare in senso stretto, come espressione del potere giurisdizionale, non sarebbe dunque configurabile in capo agli arbitri, nonostante sia

⁵² Sul punto, si veda G. CHIOVENDA, *op. cit.*, 111: *“lo Stato rende esecutivo il lodo, mediante un atto di un proprio organo giurisdizionale [...]: questo atto di giurisdizione rispetta la natura privata del lodo nelle sue origini e nella sua esteriorità, ma ne assume il contenuto a proprio fondamento: con ciò il lodo reso esecutivo è assunto al livello di atto giurisdizionale”*.

⁵³ Così, G. TOMBARI, *op. cit.*, 1032. La tesi chiovendiana è stata criticata da F. CARNELUTTI, *Arbitrato estero cit.*, 20, che ha sottolineato *“l'equivoco, in cui mi sembra che sia caduto il mio insigne contraddittore, è dovuto dunque soprattutto all'aver considerato soltanto l'attività degli arbitri, dissociandola da quella attività del pretore, che la integra invece giuridicamente; cioè al non aver considerato che, se l'organo giurisdizionale, nel processo arbitrale italiano, non è costituito soltanto dagli arbitri, è però costituito dagli arbitri più il pretore”*.

⁵⁴ S. SATTA, *Contributo alla dottrina cit.*, 13.

⁵⁵ Sul punto, l'Autore ha sottolineato che *“a nessuno verrebbe infatti in mente di pensare che esista un giudice-arbitro anteriormente alla stipulazione del compromesso e alla sua accettazione da parte del terzo [...]”* (così, S. SATTA, *op. ult. cit.*, 18).

previsto per legge che questi ultimi decidano controversie, che invece sarebbero titolari di un obbligo, nascente dal compromesso, di carattere schiettamente privatistico. Tale obbligo di decidere, proprio perché nascente dal compromesso, sarebbe limitato alla *res in iudicium deducta* e questo costituirebbe un ulteriore elemento di differenza rispetto al potere giurisdizionale in senso stretto, attribuibile unicamente al giudice che ha “*potere di giudicare del rapporto e potere di giudicare dell’azione*”⁵⁶. “*Un giudice con una spada senza impugnatura – che a tanto lo riduce il suo difetto di potestà di giudizio sui presupposti del processo – non è infatti giudice*”⁵⁷.

L’ulteriore argomento che l’Autore ha posto a fondamento della propria tesi attiene alle ipotesi di nullità della sentenza arbitrale, previste dall’art. 829 c.p.c.. Per lo sviluppo dell’argomento, l’Autore ha preso le mosse dalla previsione di nullità della sentenza arbitrale per nullità del compromesso, o per essere quest’ultimo scaduto oppure per pronuncia al di fuori dei limiti del compromesso stesso e ha sottolineato come solamente ad un’analisi superficiale si potrebbe considerare il compromesso alla stessa stregua della domanda giudiziale e assimilare la nullità della sentenza arbitrale a causa di nullità del compromesso alla nullità della sentenza del giudice per nullità della domanda giudiziale, in ragione della sussistenza, nei due “*giudizi*”, di un medesimo rapporto di natura processuale. Infatti, ha sottolineato l’Autore, mentre da una domanda giudiziale, seppur nulla, nasce inevitabilmente un rapporto processuale, non si può dire lo stesso del compromesso nullo, giacché “*al compromesso nullo non consegue alcun rapporto arbitrale, nello stesso identico modo come all’atto nullo di compravendita non succede alcun rapporto di proprietà*”⁵⁸.

⁵⁶ S. SATTA, *op. ult. cit.*, 23, che chiarisce: “*i due poteri – o i due aspetti del solo potere – sono coessenziali al giudice. Non si può immaginare un giudice che non ne sia fornito, così come non si può immaginare una domanda che non dia luogo e occasione al doppio potere dello stesso giudice*”.

⁵⁷ S. SATTA, *op. ult. cit.*, 24.

⁵⁸ S. SATTA, *op. ult. cit.*, 30. Analoga argomentazione è stata avanzata dall’Autore con riferimento alla pronuncia oltre i limiti del compromesso, comparando tale caso di nullità del lodo con quello in cui, nel processo ordinario il giudice pronunci oltre i limiti del domandato, eccedendo, dunque il suo potere. Anche sotto tale punto di vista l’Autore ha sottolineato che nel caso di pronuncia oltre i limiti del compromesso non si ha un caso di eccesso di potere degli arbitri, ma di assenza di poter per mancanza di compromesso sulla

Concludendo, Satta ha individuato nell'arbitrato un fenomeno interamente privato, da assimilarsi, dunque, ad altri metodi di risoluzione delle controversie eminentemente privati, quali la transazione o l'arbitraggio, indipendentemente dal fatto che la pronuncia degli arbitri possa, eventualmente, assumere carattere di pronuncia giudiziale a seguito del decreto pretorile⁵⁹. Sul punto, l'Autore ha infatti precisato che *“la verità è [...] che tutto il comando è nell'arbitrato, allo stesso modo che nell'arbitramento, assorbito dal compromesso, e che la manifestazione del giudizio dell'arbitro va a completare il contratto nel suo contenuto, a riempire il comando lasciato appositamente in bianco dalle parti”*⁶⁰.

Bisogna ora procedere all'analisi della tesi di Fazzalari, altro Autore che ha fermamente sostenuto la natura privata del fenomeno arbitrale, seppur con notevoli elementi distintivi rispetto a quanto affermato da Satta. Nello specifico, Fazzalari ha preso le mosse per l'elaborazione della propria tesi dalla considerazione che la *“processualità”* dell'arbitrato non sarebbe idonea ad attribuire a quest'ultimo, fenomeno intrinsecamente privato, natura giurisdizionale⁶¹.

In questo senso, l'Autore ha sostenuto che il decreto pretorile di cui all'art. 825 c.p.c. in nessun modo modificherebbe la natura del lodo arbitrale che rimarrebbe

singola questione che esula dalla pattuizione delle parti. Sul punto, si segnala che all'epoca non era codificato nel nostro ordinamento il principio *Kompetenz-Kompetenz* per cui ogni tribunale arbitrale decide sulla propria competenza e, quindi, sulla validità del compromesso, che verrà introdotto con la riforma dell'arbitrato posta in essere con il D.Lgs. n. 40 del 2006. La norma che attualmente afferma tale principio è l'art. 817 c.p.c. che, nel primo comma, stabilisce che *“se la validità, il contenuto o l'ampiezza della convenzione d'arbitrato o la regolare costituzione degli arbitri sono contestate nel corso dell'arbitrato, gli arbitri decidono sulla propria competenza”*. Per l'analisi del principio esposto da tale disposizione, cfr. *infra* Capitolo II.

⁵⁹ S. SATTA, *op. ult. cit.*, 164, che chiarisce che *“dal punto di vista oggettivo, il giudizio non è una sentenza. Poiché noi altre forme di comando che non siano la sentenza non conosciamo, questa categoria sarebbe del tutto nuova ed anomala. Dal punto di vista soggettivo, poi, il comando [...] presuppone il potere, e questo potere l'arbitrato certamente non ha”*.

⁶⁰ S. SATTA, *op. loc. ult. cit.*

⁶¹ E. FAZZALARI, *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.* 1968, 457 ss., spec. a 465, che sottolinea: *“è appena in caso di soggiungere che la “processualità”, per così dire, non è – in teoria generale e nel nostro ordinamento – una categoria esclusiva della giurisdizione dello Stato: essendo il processo uno schema combinatorio di atti che può essere impiegato e viene impiegato non solo per il compimento di altre funzioni dello Stato, ma anche per la realizzazione di attività di privati”*.

privata. L'omologazione avrebbe, dunque la funzione di "potenziare" il lodo rituale, senza tuttavia modificarne la natura, ma solamente "conferendo all'efficacia del lodo stesso gli attributi di quella della sentenza giurisdizionale"⁶².

Il medesimo Autore, affermata la natura privata dell'arbitrato rituale, si è interrogato sulla sussistenza di elementi distintivi tra quest'ultimo e l'arbitrato libero, accomunati, appunto, dalla natura intrinsecamente privata. Sul punto è stata, dunque, elaborata da Fazzalari la c.d. teoria unitaria dell'arbitrato che ha visto le due specie di arbitrato come omogenee dal punto di vista ontologico e strutturale, individuando l'elemento distintivo solamente nella capacità potenziale, propria del lodo arbitrale, di vedersi riconosciuta efficacia di sentenza con il decreto pretorile⁶³.

L'identità dell'arbitrato rituale e di quello libero dal punto di vista della natura si raggiungerebbe "avvicinando", per un verso, l'arbitrato rituale a quello libero e, per altro verso, quello libero al rituale. Ciò si realizzerebbe, da un lato, configurando l'arbitrato rituale quale fenomeno negoziale, nello specifico, con riferimento al suo prodotto finale⁶⁴. Dall'altro lato, l'arbitrato libero dovrebbe essere avvicinato a quello rituale sulla base del rilievo che, pur essendo, come si è visto, un fenomeno privato, non sarebbe assimilabile, secondo l'Autore, all'arbitraggio⁶⁵, ma sarebbe, ugualmente all'arbitrato rituale, a tutti gli effetti un processo volto a definire una lite

⁶² E. FAZZALARI, *Primo incontro con una... lieta «novella»*, in *Rass. arb.* 1983, 1 ss., spec. a 2, che ha precisato che il riferimento della novella del 1983 alla "efficacia esecutiva" che il lodo acquista con l'omologazione sarebbe da intendersi come "efficacia giurisdizionale" in genere dal momento che "anche un lodo che si limiti all'accertamento [...] non può considerarsi munito di una forza pari alla sentenza giurisdizionale se non dopo l'omologazione". In questo senso, e sul punto cfr. *infra* la teoria unitaria dell'arbitrato, il lodo rituale e quello libero condividerebbero la medesima natura privata e la differenza tra i due tipi di arbitrato sarebbe limitata alla "capacità" di acquisire, eventualmente, efficacia di sentenza. Nello stesso senso, cfr. E. GARBAGNATI, *Sull'efficacia di cosa giudicata del lodo arbitrale rituale*, in *Riv. dir. proc.* 1985, 425 ss., spec. a 427, che con riferimento al quadro normativo del codice del 1940, ha sottolineato che il lodo avrebbe intrinsecamente natura privata e che l'omologazione pretorile non gli conferirebbe *ex post* efficacia di sentenza, ma ricolleggerebbe semplicemente al lodo i medesimi effetti di una sentenza al verificarsi della *condicio iuris* dell'*exequatur*.

⁶³ E. FAZZALARI, *Fondamenti dell'arbitrato*, in *Riv. arb.* 1995, 1 ss..

⁶⁴ Sul punto, cfr. *infra*, paragrafo 1.4..

⁶⁵ E. FAZZALARI, *op. ult. cit.*, 9, nonché Id., *Arbitrato e arbitraggio*, in *Riv. arb.* 1993, 583 ss..

su un preesistente rapporto giuridico con un giudizio che si concretizza in un negozio.

In linea con la teoria appena descritta, anche Punzi ha, a sua volta, chiarito che il raggiungimento dell'efficacia di sentenza, attraverso il decreto pretorile, non modificherebbe affatto la natura privata dell'arbitrato, né sarebbe idoneo a "trasformare" un atto privato in un atto "giurisdizionalizzato a posteriori"⁶⁶.

Poste così le basi teoriche a fondamento della tesi negoziale, bisogna, ora, procedere ad una breve analisi della natura dell'eccezione di arbitrato secondo i sostenitori della tesi.

1.3.2. LA NATURA DELL'ECCEZIONE DI ARBITRATO NELL'AMBITO DELLA TESI

La natura privata dell'arbitrato affermata dai sostenitori della tesi in esame non ha potuto non riflettersi anche sulla natura dell'eccezione di arbitrato eventualmente sollevata nel dinanzi al giudice ordinario.

In generale, si può, dunque, affermare che per i sostenitori della tesi negoziale, l'eccezione di compromesso fosse da considerare come un'eccezione sostanziale e non processuale.

Nella maggior parte dei casi, i sostenitori della tesi negoziale hanno definito l'eccezione di compromesso in negativo, semplicemente negandone la natura di eccezione di incompetenza ovvero di eccezione di deroga alla giurisdizione ordinaria per attribuirle natura di eccezione sostanziale.

In questo senso, l'eccezione in esame è stata qualificata da Chiovenda come eccezione "*né di incompetenza, né di litispendenza, ma di rinuncia al procedimento di cognizione giudiziaria*"⁶⁷.

⁶⁶ C. PUNZI, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 1983, 78 ss., spec. a 83, che specificato che "*lodo e decreto pretorile costituiscono una fattispecie complessa, non un atto complesso in cui essi confluiscono e si fondano*", in questo senso discostandosi decisamente dalla tesi di F. Carnelutti, vista *supra*.

⁶⁷ G. CHIOVENDA, *op. ult. cit.*, 108.

Meritano, inoltre, di essere qui riportate le parole di Satta per cui “è chiaro che con la nostra costruzione [...] cade completamente l’eccezione processuale: il punto di inferenza del compromesso non è più il processo con i suoi presupposti ma il diritto stesso che si vuol far valere in giudizio. Secondo il linguaggio del Chiovenda, esso rifletterebbe dunque le condizioni dell’azione, non già i presupposti del processo, in quanto al diritto, attraverso il compromesso, si verrebbe a creare un controdiritto, da esercitarsi sotto forma di eccezione vera e propria, e cioè di eccezione sostanziale”⁶⁸.

In altre parole, pare che nella visione sattiana che al diritto sostanziale corrisponda un controdiritto, altresì sostanziale, nascente dal compromesso che si concretizzerebbe nel diritto a vedere la controversia – sul primo diritto sostanziale – risolta attraverso lo strumento negoziale costituito dall’arbitrato.

A parte quanto visto finora con riferimento all’eccezione di arbitrato, il fondamento teorico della tesi negoziale ha avuto le sue principali ripercussioni sulla questione dell’efficacia del lodo, che si procede ad analizzare nel paragrafo seguente.

1.3.3. L’EFFICACIA DEL LODO

Con riferimento al quadro normativo del codice di procedura civile del 1940, deve essere presa in considerazione la tesi di Satta.

Come si è visto sopra, la disposizione rilevante era l’art. 825 c.p.c. che prevedeva che il lodo, unitamente al compromesso e agli atti con i quali erano stati proposti i quesiti fosse depositato da uno degli arbitri, nel termine perentorio di cinque giorni, nella cancelleria della pretura del luogo in cui il lodo stesso era stato pronunciato. Verificata la regolarità formale della decisione degli arbitri, il pretore la dichiarava esecutiva con decreto. Con tale decreto, veniva conferita al lodo “*efficacia di sentenza*”⁶⁹.

⁶⁸ S. SATTA, *op. ult. cit.*, 163.

⁶⁹ Con riferimento all’attribuzione al lodo della “*efficacia di sentenza*”, cfr. F. MAZZARELLA, *Arbitrato e processo*, Padova, 1968, 62, che ha ritenuto la norma di cui al terzo comma dell’art. 825 c.p.c. “*non solo inutile [...] ma anche pericolosa [...] perché non fornisce alcuna informazione su ciò che si dovrebbe effettivamente indagare, fornendo,*

Nell'analizzare la questione dell'efficacia del lodo, l'Autore si è domandato "può il lodo arbitrale, che non è una sentenza nel contenuto, essere una sentenza nell'effetto da esso prodotto?"⁷⁰. A tale quesito Satta ha risposto negativamente affermando che nessun effetto di "regiudicata" potrebbe essere attribuito al lodo "se non in un senso meramente figurato" e cioè nel senso che in caso di proposizione di una domanda giudiziale sulla medesima controversia definita dagli arbitri, la parte convenuta potrà eccepire che tale controversia è già stata contrattualmente definita tra le parti, non diversamente da quanto avviene in caso di altri strumenti di diritto privato volti alla risoluzione delle controversie.

Accogliendo tale ricostruzione, si giungerebbe a negare una distinzione tra l'arbitrato rituale e quello libero o irrituale quanto a natura giuridica. Sul punto vale la pena di richiamare le efficaci parole dell'Autore: "noi abbiamo nettamente impostato il problema: problema cioè di giurisdizionalità o di contrattualità dell'arbitrato. Non, cioè, problema degli arbitri liberi distinto da quello degli arbitrati legali, ma un problema unico, dalla soluzione del quale irremissibilmente dipende [...] lo accoglimento degli arbitri liberi nel nostro ordinamento"⁷¹.

Sempre nella vigenza del codice di procedura civile del 1940, la dottrina a sostegno della tesi negoziale dell'arbitrato ha analizzato la questione dell'efficacia del lodo ponendo particolare attenzione all'effetto del decreto pretorile.

Nello specifico è stato affermato, da un lato, che il lodo manterrebbe, anche dopo l'emissione del decreto pretorile, natura di scrittura privata⁷², dall'altro lato, che

invece, una «falsa coscienza» [...] del valore del lodo omologato dal pretore e nel momento in cui esso viene di fatto omologato".

⁷⁰ S. SATTA, *op. ult. cit.*, 165.

⁷¹ S. SATTA, *op. ult. cit.*, 169. Come si è visto *supra* nel paragrafo 1.2.1. anche E. Fazzalari ha analizzato la questione della distinzione tra arbitrato libero e arbitrato rituale elaborando la c.d. teoria dell'arbitrato unitario. Per una breve disamina di tale teoria, cfr. *supra*, p. 24.

⁷² G. CHIOVENDA, *op. ult. cit.*, 111, nota 2 ha precisato che il fatto che il lodo, anche dopo il decreto pretorile, rimanga di per sé atto privato, non farebbe sì che la parte contro la quale è fatto valere possa limitarsi al disconoscimento di tale scrittura. Questo perché, "vi è ormai un atto pubblico di messo, cioè il decreto del pretore, e se ci è un interessato a toglierlo via, egli deve anzitutto provare il difetto dei presupposti di questo atto".

il difetto del deposito del lodo presso la cancelleria del pretore porrebbe “*nel nulla arbitrato e compromesso*”⁷³.

Così delineate le posizioni della dottrina negoziale con riferimento agli effetti del lodo come disciplinati nel codice di procedura civile del 1940, bisogna indagare ora l’impatto della riforma del 1983 che, come si è visto *supra*, ha modificato l’art. 823 c.p.c. nel senso di attribuire al lodo efficacia vincolante tra le parti sin dal momento della sottoscrizione.

Come si è visto *supra*, i sostenitori della tesi giurisdizionale hanno visto tale modificazione con generale favore, leggendovi un’attribuzione al lodo non depositato dell’efficacia di accertamento del diritto controverso⁷⁴.

Deve, poi, essere presa in considerazione una parte della dottrina per cui, la “*efficacia vincolante*” attribuita dall’art. 823 c.p.c. non sarebbe da assimilare all’efficacia di una “*già perfezionata fattispecie negoziale*” dal momento che il procedimento di deposito del lodo, di cui all’art. 825 c.p.c., sarebbe descritto dal sistema normativo come una fase perfezionativa del lodo che assumerebbe così “*efficacia di sentenza*” e non come un mezzo di reazione a seguito di un inadempimento del lodo⁷⁵.

In altre parole, se fosse attribuibile al lodo, dal momento della sottoscrizione, una efficacia di fattispecie (negoziale) perfetta, il legislatore non avrebbe “costruito” il procedimento di cui all’art. 825 c.p.c. come una fase “perfezionatrice” dell’efficacia del lodo medesimo, ma come un procedimento “reattivo all’inadempimento dello stesso lodo”⁷⁶.

Quanto alla “*efficacia vincolante*”, prevista dall’art. 823 c.p.c., una parte della dottrina ha individuato, quale conseguenza di tale disposizione, un “*duplice ordine di effetti prodromici*”: in primo luogo, la possibilità, per le parti, entro un anno dal

⁷³ G. CHIOVENDA, *op. ult. cit.*, 117. Nello stesso senso, cfr. E. FAZZALARI, *I processi arbitrali* cit., 468, nonché T. CARNACINI e M. VASETTI, voce *Arbitri*, in *Nuovo dig. ita.*, Torino, 1937, 667 ss. e la giurisprudenza risalente richiamata da questi ultimi *ivi*, nota 3.

⁷⁴ E.F. RICCI, *Legge 19 febbraio 1983, n. 28. Modificazioni alla disciplina* cit., nonché E.F. RICCI, *Sull’efficacia del lodo arbitrale rituale* cit.

⁷⁵ L. MONTESANO, *Sugli effetti e sulle impugnazioni del lodo nella recente riforma dell’arbitrato rituale*, in *Foro it.*, 1983, V, 160 ss., e Id., *Negoziato e processo nel nuovo arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 1984, 214 ss..

⁷⁶ L. MONTESANO, *Sugli effetti e sulle impugnazioni del lodo* cit., 161.

deposito del lodo, di scegliere se depositarlo per ottenerne l'efficacia esecutiva. In secondo luogo, la possibilità per le parti di decidere in senso contrario e di lasciare, dunque, decorrere il termine annuale senza depositare il lodo, al fine di ottenere un atto, finalmente perfezionato, produttivo di efficacia puramente negoziale⁷⁷.

Seguendo tale tesi, Carpi ha enumerato i possibili effetti di un lodo non depositato, prima del decorso del termine annuale per il deposito stesso⁷⁸. Durante questo periodo di tempo, il lodo: potrebbe essere depositato per ottenere il decreto di esecutività ai sensi dell'art. 825 c.p.c., oppure essere riconosciuto ed eseguito all'estero⁷⁹; non potrebbe, invece, essere oggetto di un'azione ordinaria di adempimento né di un procedimento monitorio⁸⁰, né essere impugnato per nullità ex art. 828 c.p.c. né per invalidità negoziale, perché carente, da un lato, dell'efficacia di sentenza raggiungibile unicamente con il decreto pretorile e, dall'altro, perché non ancora perfezionato nemmeno quale atto negoziale.

Un'altra parte della dottrina ha invece ritenuto di individuare nell'efficacia vincolante di cui all'art. 823 c.p.c. efficacia di compiuta fattispecie negoziale,

⁷⁷ In questo senso, L. MONTESANO, *op. loc. ult. cit.*, per cui il decorso del termine annuale per il deposito del lodo, costituirebbe il “*requisito (negativo) perfezionante*” per ottenere la piena efficacia della fattispecie negoziale. Questo secondo effetto prodromico dell'art. 823 c.p.c. sarebbe l'elemento distintivo rispetto alla disciplina anteriore al 1983, nella vigenza della quale, il lodo non depositato nel termine perentorio diveniva invalido. Cfr., in senso adesivo, F. CARPI, *Gli aspetti processuali della riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1984, 47 ss., spec. a 60. Diversamente, E. GARBAGNATI, *Ancora in tema d'impugnazione per nullità del lodo arbitrale rituale*, in *Riv. dir. proc.* 1990, 1 ss., spec. a 14, che ha precisato che, decorso inutilmente il termine annuale per il deposito del lodo, quest'ultimo diverrebbe totalmente inefficace e, di conseguenza, “*l'unica azione prospettabile nei suoi confronti è un'ordinaria azione di mero accertamento della sua inefficacia*”.

⁷⁸ F. CARPI, *op. loc. cit.*.

⁷⁹ Una tesi simile è stata sostenuta da E. GARBAGNATI, *Sull'efficacia di cosa giudicata del lodo arbitrale rituale*, in *Riv. dir. proc.* 1985, 425 ss., che ha ritenuto che, ai sensi dell'art. 823 c.p.c., il lodo, indipendente dal deposito, avesse quale effetto quello di attribuire alla parte vittoriosa due poteri: quello di promuovere l'*exequatur* in Italia, seguendo la procedura di cui all'art. 825 c.p.c. e quello di richiedere l'*exequatur* in un altro Stato.

⁸⁰ F. CARPI, *op. loc. cit.* ha ritenuto che, qualora un tale azione fosse proposta il giudice avrebbe dovuto emettere una pronuncia di improponibilità oggettiva dell'azione. Viceversa, L. MONTESANO, *op. cit.*, 162, ha ritenuto invece configurabile una ipotesi di incompetenza funzionale del giudice adito.

paragonabile a quella del lodo irrituale⁸¹. In questo senso, non vi sarebbe differenza tra il lodo rituale non depositato e il lodo libero quanto a natura ed efficacia. La differenza tra i due tipi di lodi risiederebbe nel fatto che solamente il lodo rituale, con il deposito e il decreto pretorile, potrebbe assumere l'efficacia di sentenza prevista dall'art. 825 c.p.c..

Muovendo dalle medesime premesse teoriche, Fazzalari ha precisato che, il lodo rituale sarebbe una *“volizione dell'arbitro, che si colloca sul piano negoziale, come manifestazione dell'autonomia delle parti [...] e che, perciò, proietta subito il proprio contenuto nel loro patrimonio”*⁸².

Venendo alla riforma del 1994, le modifiche che qui interessano particolarmente sono l'abrogazione del termine perentorio annuale per il deposito del lodo ai fini di ottenerne il decreto di *exequatur* e l'introduzione della disposizione, di cui all'art. 827, comma 2, c.p.c. per cui *“i mezzi di impugnazione possono essere proposti indipendentemente dal deposito del lodo”*.

In questa modificazione normativa, una parte della dottrina favorevole alla tesi negoziale ha letto l'intenzione del legislatore di *“recepire quelle opinioni dottrinali che attribuiscono al lodo efficacia ma non natura di sentenza”*⁸³, non senza precisare, tuttavia, che l'equiparazione del lodo alla sentenza quanto agli effetti non sarebbe comunque completa. Sarebbero, infatti, ricompresi in tale equiparazione *“tutti gli effetti propri dell'accoglimento o del rigetto in merito di domande di accertamento o di modificazione sostanziale”*. Sarebbero, viceversa, da escludere da tale comparazione, gli *“effetti della sentenza per la cui produzione non basta il perfezionamento dell'atto giurisdizionale, ma occorrono pure altri atti, di soggetti diversi dal giudicante e dalle parti: sì che il lodo, pur compiuto come atto arbitrale, diviene trascrivibile e forzatamente eseguibile solo col deposito e con la conseguente «omologazione»”*⁸⁴.

⁸¹ C. PUNZI, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 1983, 78 ss..

⁸² E. FAZZALARI, *Lodo e sentenza (ancora sulla «natura» negoziale del lodo)*, in *Riv. dir. proc.* 1990, 377 ss..

⁸³ L. MONTESANO, *Sugli effetti del nuovo lodo arbitrale e sulle funzioni della sua «omologazione»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1994, 821 s..

⁸⁴ L. MONTESANO, *op. ult. cit.*, 822.

In uno scenario normativo che negli anni sembra andato avvicinandosi sempre più alla teoria giurisdizionale quanto a natura e effetti dell'arbitrato, si è inserita una importantissima pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione che, prendendo posizione sul tema nel senso di aderire alla tesi negoziale, verrà analizzata nel prossimo paragrafo.

1.4. LA C.D. “SVOLTA NEGOZIALE” DEL 2000

Con la pronuncia del 3 agosto 2000, n. 527⁸⁵, le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno ripercorso il dibattito che si è visto nei precedenti paragrafi per giungere, poi, ad affermare, inaspettatamente, il carattere meramente privatistico del fenomeno arbitrale.

Tale decisione è stata assunta in relazione all'esperibilità del regolamento di giurisdizione in pendenza del giudizio di impugnazione del lodo arbitrale.

Si procederà, nei seguenti paragrafi, all'analisi della pronuncia così come delle principali reazioni della dottrina alla pronuncia stessa e delle ripercussioni della c.d. “svolta negoziale” sulla giurisprudenza successiva, fino alla riforma dell'arbitrato del 2006, che verrà esaminata nel capitolo successivo.

⁸⁵ Cass., S.U., 3 agosto 2000, n. 527, in *Foro it.* 2001, I, 839 ss.; in *Riv. dir. proc.* 2001, 254 ss., con nota di E.F. RICCI, *La «natura» dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, *ivi*, 259 ss.; in *Riv. arb.* 2000, 699 ss., con nota di E. FAZZALARI, *Una svolta attesa in ordine alla «natura» dell'arbitrato*, *ivi*, 704 ss.; in *Giust. civ.* 2001, I, 761 ss., con nota di G. MONTELEONE, *Le Sezioni Unite della Cassazione affermano la natura giuridica negoziale e non giurisdizionale del c.d. «arbitrato rituale»*, *ivi*, 764 ss.; in *Giur. it.* 2001, 1107 ss., con nota di G. CANALE, *Arbitrato irrituale e tutela cautelare: i soliti problemi tra vecchie soluzioni e nuove prospettive*, *ivi*, 1107 ss.; in *Corr. giur.* 2001, 51 ss., con nota di G. RUFFINI, *ivi*, 56 ss. e con nota di M. MARINELLI, *ivi*, 64 ss.; in *Foro pad.* 2001, I, 34 ss., con nota di M. RUBINO-SAMMARTANO, *Vittoria di Tappa - Arbitrato irrituale come processo: un sogno impossibile?*, *ivi*, 42 ss.; *ivi*, 251 ss., con nota di M. CURTI, *Sulla natura dell'arbitrato: l'ultima posizione delle Sezioni Unite sulla teoria generale dell'arbitrato*, *ivi*, 257 ss..

1.4.1. IL FONDAMENTO TEORICO DELLA DECISIONE

Preliminarmente, per comprendere appieno la decisione delle S.U., deve essere descritta brevemente la questione di merito.

La controversia sorgerà tra il Comune di Cinisello Balsamo e la società A.E.M. S.p.A. e aveva ad oggetto una questione relativa alla gestione del servizio di distribuzione gas, che qui non ha ragione di essere descritta nel dettaglio. Le parti adivano, per la risoluzione della controversia, un collegio arbitrale. Innanzi al collegio, la A.E.M. eccepiva la nullità della clausola compromissoria poichè la controversia, incidendo su una concessione di pubblico servizio, avrebbe dovuto essere devoluta, in via esclusiva, all'autorità giudiziaria amministrativa. Il collegio arbitrale, con lodo, accertava e dichiarava la propria carenza di giurisdizione, ritenendo che la controversia ricadesse nell'ambito di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 5 della L. 6 dicembre 1971, n. 1034.

Il lodo non veniva depositato e il Comune di Cinisello Balsamo impugnava la decisione degli arbitri affermando la sussistenza della giurisdizione in capo al giudice ordinario. La A.E.M. S.p.A. resisteva all'impugnazione e il Comune proponeva dinnanzi alle S.U. ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione per sentir dichiarare la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario.

Con la decisione in esame le S.U. hanno dichiarato il ricorso inammissibile, ma sulla base di una motivazione differente rispetto a quella già adottata in passato dalla giurisprudenza: infatti, l'inammissibilità del regolamento di giurisdizione in sede di impugnazione del lodo arbitrale era già stata in più occasioni affermata sulla base della considerazione che sarebbe stato violato il limite *ad quem*, previsto dall'art. 41 c.p.c., per l'esperimento del mezzo preventivo⁸⁶. Ai sensi della disposizione richiamata, il regolamento di giurisdizione può essere proposto "*finché la causa non*

⁸⁶ Cfr., per tutte, Cass., S.U., 5 dicembre 1985, n. 680, in *Mass. giust. civ.* 1985, 1844 s., che ha deciso che "*Il regolamento preventivo di giurisdizione, proposto, in pendenza d'impugnazione per nullità del lodo arbitrale, per sostenere l'insindacabilità in sede giudiziaria delle valutazioni di merito affidate agli arbitri, deve essere dichiarato inammissibile, atteso che, in caso di arbitrato rituale, il lodo reso esecutivo dal pretore costituisce pronuncia nel merito di primo grado ostativa al regolamento medesimo, e che, anche nel caso di arbitrato irrituale, alla suddetta questione non riguarda la giurisdizione del giudice, ordinario, ma solo i limiti della sua attività cognitiva*".

sia decisa nel merito in primo grado” e, dal momento che con il lodo arbitrale si ha una decisione nel merito, questo avrebbe comportato l’inammissibilità dello strumento di preventivo accertamento della giurisdizione.

Con la decisione del 2000, invece, le S.U. hanno motivato sull’inammissibilità del ricorso per regolamento di giurisdizione proposto in pendenza del giudizio di impugnazione del lodo arbitrale prendendo posizione sulla natura dell’arbitrato e del lodo.

Nel ripercorrere il dibattito relativo a quest’ultimo tema, le S.U. hanno rammentato come, in relazione alla disciplina anteriore alle riforme del 1983 e del 1994, la Corte avesse affermato la natura giurisdizionale e sostitutiva dell’attività degli arbitri rispetto a quella del giudice ordinario.

Viceversa, le S.U., nel 2000, hanno invece affermato che a seguito della riforma dell’arbitrato operata dalla legge n. 25 del 1994, non sussisterebbe più alcun dubbio sulla natura privatistica dell’arbitrato e del *dictum* arbitrale, che sarebbe atto di autonomia privata dal contenuto, dunque, negoziale. A supporto di tale asserto, le S.U. indicato alcuni precedenti⁸⁷ e individuato i seguenti argomenti.

In primo luogo, la sussistenza, nel lodo, degli elementi della sentenza non sarebbe idonea a dimostrare la natura giurisdizionale dell’arbitrato. Sulla base del medesimo ragionamento, il fatto che il procedimento arbitrale sia “processualizzato” attraverso il regolamento analitico del procedimento e del lodo regolato dal legislatore, non significherebbe che quest’ultimo abbia inteso attribuire natura giurisdizionale al fenomeno arbitrale. Ancora, l’attribuzione al lodo di effetti analoghi a quelli della sentenza del giudice ordinario non inciderebbe sulla natura del fenomeno arbitrale e del lodo che rimarrebbe, secondo le S.U., negoziale, ma potrebbe essere intesa “*solo quale attribuzione quad effectum che lascia inalterata la*

⁸⁷ Sul punto le S.U. richiamano Cass., S.U., 26 aprile 1996, n. 377, in *Mass. giust. civ.* 1996, 636, che ha affermato che “*la questione di difetto di giurisdizione degli arbitri [...] non è proponibile con istanza di regolamento di giurisdizione, nel corso del giudizio arbitrale, in quanto detto regolamento postula un procedimento davanti agli organi giurisdizionali dello Stato, tra i quali non rientrano gli arbitri, neanche dopo le modifiche della disciplina dell’arbitrato introdotte con la legge n. 25 del 1994*”, nonché, nello stesso senso, già Cass., S.U., 24 maggio 1995, n. 5690, in *Mass. giust. civ.* 1995, 1056.

*natura originaria*⁸⁸. Infine, rileverebbe, dal punto di vista letterale, la soppressione, operata dalla riforma del 1994, del *nomen* di sentenza arbitrale che, nel testo originario del codice di procedura civile era attribuito al lodo dopo l’emanazione del decreto pretorile che lo dichiarava esecutivo.

La conseguenza delle argomentazioni appena esposte sarebbe la configurazione del procedimento arbitrale come “*ontologicamente alternativo*” rispetto alla giurisdizione statale perché fondato sulla volontà delle parti e culminante in una decisione proveniente da soggetti privati carenti di potestà giurisdizionale. Secondo le S.U., dunque, “*il giudizio arbitrale è antitetico a quello giurisdizionale e ne costituisce la negazione*”⁸⁹.

Tra le conseguenze di tale qualificazione dell’arbitrato, oltre alla natura negoziale del *dictum* arbitrale, le S.U. hanno anche menzionato la natura di merito dell’eccezione di arbitrato, dal momento che quest’ultima si risolverebbe in una eccezione relativa alla nullità dell’accordo arbitrale⁹⁰.

Concludendo, alla luce della natura negoziale del fenomeno arbitrale, le S.U. hanno negato l’esperibilità del regolamento di giurisdizione nel procedimento arbitrale, così come nel giudizio di impugnazione del lodo, dal momento che la questione attiene, in entrambi i casi, all’accertamento circa la validità della clausola arbitrale e, dunque, ad una questione di merito.

⁸⁸ Cass., S.U. 3 agosto 2000, n. 527, in *Foro it. cit.*, 842. Le S.U. pongono qui una distinzione tra la natura dell’arbitrato e del lodo e gli effetti degli stessi. Sul punto, la Corte richiama Corte cost., 12 febbraio 1963, n. 2 che ha affermato che “*il decreto pretorile [...] secondo l’art. 825, terzo comma, del cod. proc. civ., conferisce al lodo la efficacia, non la natura, di una sentenza, pur se di sentenza si parla in articoli successivi a quello ricordato; in modo che manca nell’arbitro il potere di produrre atti sostanzialmente identici a quelli promananti dalla potestà del giudice*”.

⁸⁹ Cass., S.U. 3 agosto 2000, n. 527, in *Foro it. cit.*, 843.

⁹⁰ Per giungere a tale conclusione, le S.U. menzionano, quale indice normativo, l’art. 829 c.p.c.. Tale disposizione infatti, sottolinea la Corte, non prevede il difetto di giurisdizione quale motivo di impugnazione del lodo, con la conseguenza di ricomprendere nel n.1 della medesima norma, attinente ai casi di nullità del compromesso, le questioni concernenti la carenza di potere decisionale in capo agli arbitri.

1.4.2. LA CRITICA DOTTRINALE ALLA PRONUNCIA

La decisione appena vista ha posto in essere una vera e propria “svolta negoziale” con riferimento alla natura del fenomeno arbitrale, abbandonando un consolidato filone giurisprudenziale che vedeva l’arbitrato quale “sostituto” della giurisdizione ordinaria⁹¹. Per questo motivo, alla pronuncia è seguito un importante riscontro dottrinale.

Mentre una parte della dottrina favorevole alla tesi negoziale ha accolto con grande favore la pronuncia e i passaggi della relativa motivazione⁹², la maggior parte della dottrina a sostegno della tesi giurisdizionalista ha criticato la decisione.

In particolare, Ricci ha commentato la sentenza negandone, in primo luogo, la pertinenza⁹³. Infatti, è stato sottolineato che la posizione assunta dalle S.U. sulla natura del lodo arbitrale non fosse necessaria per la risoluzione della questione concreta (*i.e.* l’esperibilità del regolamento di giurisdizione) e, dunque, risultasse non pertinente. Infatti, indipendentemente dalla natura che si intende attribuire all’arbitrato e al lodo che ne scaturisce, il regolamento di giurisdizione non sarebbe stato comunque mai proponibile in pendenza di un giudizio arbitrale né in pendenza del giudizio di impugnazione del lodo. Infatti, lo strumento preventivo di accertamento della giurisdizione di cui all’art. 41 c.p.c. non sarebbe proponibile in pendenza di un giudizio arbitrale perché “*l’arbitro non è comunque giudice togato, mentre il regolamento di giurisdizione è stato previsto soltanto come strumento di coordinamento tra l’attività di due diversi ordini di giudici togati*”⁹⁴. Ugualmente, il regolamento di giurisdizione non sarebbe, in ogni caso, proponibile durante il giudizio di impugnazione del lodo, in ragione del limite *ad quem* individuato dall’art. 41 c.p.c. nella decisione della causa nel merito in primo grado, costituita, in questo caso, dal lodo arbitrale.

⁹¹ Cfr. *supra* paragrafo 1.2..

⁹² E. FAZZALARI, *Una svolta attesa cit.*

⁹³ E.F. RICCI, *La «natura» dell’arbitrato rituale cit.*, 260, che afferma: “*le Sezioni Unite si sono dunque poste un problema non pertinente*”.

⁹⁴ E.F. RICCI, *op. ult. cit.*, 259.

Con riferimento, poi, alla questione della natura dell'arbitrato e del lodo, posta a fondamento della pronuncia, il medesimo Autore, sostenitore, come si è visto⁹⁵, della tesi giurisdizionale, ha criticato il rilievo della Corte per cui la natura privata del lodo rituale non inciderebbe sugli effetti da questo prodotti, che rimarrebbero analoghi a quelli della sentenza⁹⁶. L'Autore ha, infatti, chiarito che “*la «natura» di qualsiasi atto è sempre e per definizione quella determinata dai suoi effetti; e quando si dica che un atto qualunque ha «natura negoziale», ciò vuol dire che i suoi effetti sono quelli di un negozio*”⁹⁷.

Ricci ha, poi, criticato la pronuncia del 2000 svolgendo un'ulteriore argomentazione basata, da un lato, sulla comparazione con altri ordinamenti nei quali è pacifica la natura giurisdizionale dell'arbitrato, dall'altro sul rilievo che l'attribuzione al fenomeno arbitrale e al lodo di una qualificazione privatistica creerebbe difficoltà nella circolazione del *dictum* arbitrale italiano all'estero. Sotto il primo profilo, vengono menzionati una serie di Paesi stranieri in cui esiste un dato normativo sulla base del quale è attribuita natura giurisdizionale all'arbitrato e al lodo⁹⁸ così come ordinamenti nei quali, pur in assenza di un dato normativo in tal senso, la giurisdizionalità del fenomeno arbitrale e del lodo è riconosciuta dalla dottrina⁹⁹. Sotto il secondo profilo, quello relativo alle eventuali difficoltà di

⁹⁵ Cfr. *supra* paragrafo 1.2..

⁹⁶ L'Autore ha sottolineato come, attraverso tale separazione tra la natura del procedimento e del lodo e gli effetti prodotti dal lodo stesso, la Corte abbia inteso accogliere quella dottrina che attribuisce al lodo, almeno in un primo momento, effetti negoziali. Tali effetti verrebbero poi “trasformati” in effetti di sentenza al momento dell'omologa giudiziaria nella tesi di E. FAZZALARI, *Commento all'art. 823 c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, E. FAZZALARI, R. MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano 1994, 158 ss., spec. a 162 s.. Diversamente, agli effetti negoziali del lodo si “aggiungerebbe”, come conseguenza dell'omologa giudiziale, la costituzione di un titolo esecutivo nella tesi di C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato rituale*, II, Milano, 2000, 86 ss..

⁹⁷ Così, E.F. RICCI, *op. ult. cit.*, 260.

⁹⁸ E.F. RICCI, *op. loc. ult. cit.*, richiama le norme dei Paesi stranieri che equiparano il lodo alla sentenza. In particolare, viene fatto riferimento all'art. 1476 del codice di procedura civile francese, al § 1055 della ZPO tedesca, all'art. 1703 del *Code judiciaire* belga, all'art. 37 della legge arbitrale spagnola, all'art. 26 della legge arbitrale portoghese, al § 594 della ZPO austriaca, all'art. 1059 del codice processuale olandese, nonché all'art 31 della *Lei de arbitragem* brasiliana. Al riguardo, si veda anche M. MARINELLI, nota a Cass., S.U., 3 agosto 2000, n. 527, *cit.*, 68 ss.

⁹⁹ E.F. RICCI, *op. ult. cit.*, 266, nota 17, richiama la dottrina svizzera, argentina, colombiana, svedese e greca. Vengono, inoltre, richiamati gli ordinamenti anglosassoni inglese e americano, sottolineando la differenza di metodo di indagine rispetto a quella a noi familiare.

circolazione del lodo, l'Autore ha preso le mosse dai requisiti previsti dalla Convenzione di New York del 1958¹⁰⁰ per il riconoscimento e l'esecuzione dei lodi stranieri. Tale Convenzione, infatti, richiede essenzialmente due requisiti per la circolazione del lodo stranieri. In primo luogo, l'atto che pretende di circolare deve essere qualificato come "lodo"¹⁰¹, e non come atto di natura diversa, dall'ordinamento dal quale proviene. In secondo luogo, il lodo deve essere vincolante¹⁰². Attribuendo al lodo, come voluto dalle S.U., natura privata, si riscontrerebbero, con riferimento alla circolazione del lodo rituale, le medesime difficoltà che si presentano per la circolazione del lodo irrituale¹⁰³. Nello specifico, da un punto di vista logico parrebbe incongruo ammettere che il riconoscimento del lodo italiano all'estero attribuisca effetti di sentenza alla pronuncia degli arbitri, considerata, nel nostro sistema, come un atto negoziale¹⁰⁴. Inoltre, l'Autore ha segnalato che non pare del tutto scontato che un lodo a cui è attribuita natura negoziale possa essere considerato un *award* o una *sentence arbitrale* ai sensi della Convenzione di New York¹⁰⁵.

La dottrina ha, poi, posto la propria attenzione sulle conseguenze di tipo sistematico della presa di posizione delle S.U. con riferimento al dibattito sulla natura dell'arbitrato in generale e, in particolare, del lodo rituale. L'arbitrato rituale

In tali ordinamenti infatti il lodo è immediatamente *binding*, ma "la dottrina è [...] piuttosto restia a porre i problemi relativi alla descrizione del diritto positivo in termini «concettualizzati» come quelli a noi familiari". Tuttavia, dalla lettura della dottrina inglese e americana, l'Autore trae un indizio sistematico, per sostenere che in tali Paesi il lodo sia del tutto assimilato alla sentenza, dal fatto che la dottrina, nell'esaminare gli effetti del lodo, usa come termine di paragone gli effetti della sentenza e non quelli del contratto.

¹⁰⁰ *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*.

¹⁰¹ La Convenzione di New York fa riferimento a *award* oppure a *sentence arbitrale*.

¹⁰² L'art. V, n. 1 della Convenzione di New York richiede che il lodo sia *binding* o *obligatoire*.

¹⁰³ Sull'avvicinamento del lodo rituale a quello irrituale in conseguenza della pronuncia del 2000, v. *infra* nel testo di questo stesso paragrafo.

¹⁰⁴ Sul punto, meritano di essere riportate le parole di E.F. RICCI, *op. ult. cit.*, 275: "Come è allora possibile ammettere (o almeno: ammettere senza una qualche resistenza) che acquisti effetti di decisione giudiziaria un atto, come il nostro lodo negoziale, che per prima cosa non abbia i medesimi effetti nel suo sistema di origine? Saremmo noi i primi a restare perplessi, se qualcuno pretendesse di trasformare in sentenza nel nostro paese, mediante un puro e semplice riconoscimento, un atto sfornito di simili effetti nel suo sistema di provenienza".

¹⁰⁵ Sotto questo profilo l'Autore individua come preferibile, anche se non priva di debolezze, tra le varie teorie negoziali, quella di E. Fazzalari, per cui il lodo produce inizialmente effetti negoziali che divengono, poi, effetti di sentenza con l'omologa giudiziaria (per una disamina della tesi di Fazzalari, cfr. *supra* paragrafo 1.3.).

è, infatti, espressione della volontà negoziale delle parti che con una clausola compromissoria o un compromesso hanno concordato di deferire una controversia agli arbitri. Le S.U. hanno però compiuto un ulteriore passo con la pronuncia del 2000. Attribuendo, infatti, natura privata al lodo arbitrale sembra scomparire la distinzione tra l'arbitrato rituale e quello irrituale con una conseguente riduzione ad unità dell'intero fenomeno arbitrale¹⁰⁶. Infatti, la tradizionale attribuzione all'arbitrato della natura, più o meno latamente, giurisdizionale aveva lasciato all'autonomia privata lo spazio per la creazione "*metalegislativa*" dell'arbitrato irrituale o libero, destinato a svolgersi e a produrre effetti sul piano negoziale, in contrapposizione con l'arbitrato rituale, regolato, appunto dal codice di rito¹⁰⁷.

Nell'insegnamento tradizionale con l'arbitrato rituale le parti attribuiscono agli arbitri la risoluzione di una controversia in sostituzione del giudice ordinario. Tale metodo di risoluzione della controversia, pur trovando fondamento nella volontà delle parti, trova la sua regolamentazione e i suoi limiti nel codice di procedura civile e l'esito di tale giudizio, sostitutivo della cognizione del giudice statale, sarebbe una pronuncia equivalente alla sentenza, impugnabile secondo le regole previste dal codice di procedura civile.

Viceversa, con l'arbitrato irrituale le parti concordano di rinunciare alla tutela giurisdizionale e di nominare alcuni soggetti privati affinché addivengano ad una soluzione della controversia in via negoziale attraverso un atto impugnabile tramite i mezzi di impugnativa previsti dal codice civile per i negozi giuridici.

Con la decisione in esame, le S.U. pare che abbiano inteso abbattere o, quantomeno, incrinare la distinzione ora richiamata in favore di un unico tipo di arbitrato, che si concretizzerebbe verosimilmente in un "*unico lodo-negozio destinato (eventualmente) ad acquisire efficacia esecutiva ed attitudine alla trascrizione come altri atti negoziali di diritto privato*"¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Si veda *infra* al paragrafo 1.4.3. la posizione sul punto della giurisprudenza successiva al 2000.

¹⁰⁷ G. RUFFINI, nota a Cass., S.U., 3 agosto 2000, n. 527, *cit.*, 62. Per un inquadramento generale sull'arbitrato libero, cfr. M. BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, in *Riv. dir. proc.* 1999, 688 ss..

¹⁰⁸ M. MARINELLI, *op. ult. cit.*, 68. Cfr., sul punto, C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000, 84.

Una parte della dottrina, pur ammettendo che l'arbitrato rituale e quello libero siano del tutto assimilabili dal punto di vista della natura del fenomeno, ha affermato che i due tipi vanno comunque tenuti distinti con riferimento all'effetto che producono¹⁰⁹. Tale precisazione, svolta sinteticamente da Fazzalari in commento alla decisione n. 527 del 2000 trova origine nella c.d. teoria unitaria dell'arbitrato formulata dall'Autore a partire dal 1968¹¹⁰, vista *supra*. Qui basti rilevare che leggendo la pronuncia in esame alla luce della tesi dell'arbitrato unitario, il fatto che l'arbitrato rituale e quello irrituale abbiano in comune la natura privatistica non fa sì che i due tipi vengano del tutto sovrapposti. Permane, infatti, una distinzione dal punto di vista degli effetti dell'arbitrato dal momento che il lodo rituale è idoneo, eventualmente, a divenire definitivo e ad assumere autorità di cosa giudicata, a differenza del lodo irrituale.

Come si vedrà *infra* nel paragrafo successivo, tale la distinzione degli effetti del lodo rituale rispetto a quello irrituale è stata presa in larga considerazione dalla giurisprudenza successiva alla c.d. "svolta negoziale" del 2000.

1.4.3. RIFLESSI DELLA PRONUNCIA DEL 2000 NELLA GIURISPRUDENZA SUCCESSIVA

In questo paragrafo si procederà ad una disamina della giurisprudenza della Corte di cassazione successiva alla pronuncia del 2000, così come commentata dalla dottrina, al fine di indagare le ripercussioni della c.d. "svolta negoziale". Verrà anche analizzata, con il medesimo intento, la sentenza della Corte costituzionale, 28

¹⁰⁹ E. FAZZALARI, *Una svolta attesa* cit., 708 s. afferma che "nell'ambito del genus «arbitrato», le due specie si distinguono e riconoscono, insomma, non già per le differenze di natura – del processo e/o del lodo [...] – ma per la prospettiva di riconoscimento all'efficacia del lodo, da parte dello Stato, degli attributi propri della sentenza («imperatività»: donde anche l'esecutività del lodo, se condannatorio; «autorità di giudicato»: quanto al lodo non più impugnabile): tale prospettiva è prevista, in astratto, soltanto per una delle due specie (quella «rituale»), e, nel concreto, insorge oppur no a seconda dell'originaria scelta dei compromittenti rispetto all'alternatività di disporre un arbitrato aperto o un arbitrato chiuso all'omologazione pretorile)".

¹¹⁰ E. FAZZALARI, *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.* 1968, 459 ss.. Per la disamina della tesi, cfr. *supra* paragrafo 1.3..

novembre 2001, n. 376¹¹¹ che ha attribuito agli arbitri il potere di sollevare questioni incidentali di costituzionalità delle norme che sono chiamati ad applicare per risolvere la controversia di cui sono investiti.

Una delle prime decisioni, che merita di essere presa in considerazione, è la sentenza pronunciata dalla Sezione I della Corte di cassazione, nel novembre 2001¹¹², che ha affermato che “*il principio della rilevabilità “ex officio” del giudicato (anche) esterno (risultante da atti prodotti nel giudizio di merito), non è riferibile al lodo arbitrale, che resta atto, invece, negoziale, riconducibile al “dictum” di soggetti privati, la cui natura originaria non è immutata dall’attribuzione a posteriori degli effetti della sentenza*”.

Con tale decisione, la Corte di cassazione si è pronunciata sull’efficacia del lodo arbitrale e, assunta la natura negoziale del lodo stesso, ha ritenuto inapplicabile a quest’ultimo la regola della rilevabilità d’ufficio della cosa giudicata. In altre parole, la Corte, fedele alla concezione privatistica descritta dalla “svolta negoziale” del 2000, ha ritenuto che la intrinseca natura privata del lodo, nonostante la eventuale successiva attribuzione di effetti assimilabili a quelli della sentenza, sia rilevante per determinare il diverso trattamento del lodo rispetto a quello della decisione giudiziaria quanto alla rilevabilità d’ufficio del giudicato esterno¹¹³. Nello specifico,

¹¹¹ Corte cost., 28 novembre 2001, n. 376, in *Giust. civ.* 2001, I, 2883 ss., con nota di R. VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*, *ivi*, 2887 ss.; in *Riv. arb.* 2001, 657 ss., con nota di A. BRIGUGLIO, *Merito e metodo nella pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri rituali alla rimessione pregiudiziale costituzionale*, *ivi*, 664 ss.; in *Giur. it.*, 2002 689 ss., con nota di G. CANALE, *Anche gli arbitri rituali possono sollevare la questione di legittimità costituzionale di una norma*, *ivi*, 689 ss.; in *Foro it.*, 2002, I, 1648 ss. Cfr. G. RUFFINI, *Arbitri, diritto e costituzione (riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale, 28 novembre 2001, n. 376)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2001, 263 ss.

¹¹² Cass., Sez. I, 27 novembre 2001, n. 15023, in *Riv. arb.* 2002, 287 s., con nota di S. MENCHINI, *La natura e la disciplina dell’eccezione con la quale è fatta valere l’efficacia di un precedente lodo non impugnabile*, *ivi*, 288 ss.; in *Riv. dir. proc.* 2002, 1238 s., con nota di E.F. RICCI, *La Cassazione insiste sulla «natura» negoziale del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici*, *ivi*, 1239 ss.; in *Giust. civ.* 2002, I, 1303 ss.

¹¹³ Sulla rilevabilità d’ufficio del giudicato esterno, la Corte richiama Cass., S.U., 25 maggio 2001, n. 226, in *Foro it.* 2001, I, 2810, con nota di M. IOZZO, *Eccezione di giudicato esterno e poteri del giudice (anche di legittimità)*, *ivi*, 2810 ss., che ha affermato che “*poiché nel nostro ordinamento vige il principio della normale rilevabilità di ufficio delle eccezioni, derivando la necessità dell’istanza di parte solo da una specifica previsione normativa*

la Corte ha ritenuto che il principio della rilevanza d'ufficio del giudicato esterno si riferisse unicamente al giudicato *“in senso stretto”*, ossia alla sentenza non più impugnabile, trovando, tale lettura, giustificazione *“nella precipua «natura ed essenza» del provvedimento del giudice – che ha contenuto di «comando che rende certa la situazione giuridica concreta» ed è, in qualche misura, «assimilabile agli elementi normativi» - oltrech  nella «natura pubblicistica dell'interesse al [suo] rispetto» e nella «indisponibilit  per le parti della sua autorit »*¹¹⁴.

Nel criticare tale decisione, una parte della dottrina, sostenitrice della tesi giurisdizionale, ha sottolineato che l'esistenza, nell'ordinamento positivo, di norme che regolano il rapporto tra giudice ordinario e arbitri sarebbe di per s  indice della volont  del legislatore di considerare l'arbitrato equivalente al processo togato con riferimento ai risultati¹¹⁵. La prima delle norme che l'Autore ha considerato rilevanti sotto questo punto di vista   l'art. 829, comma 1, n. 8 c.p.c. secondo la quale il lodo   impugnabile se contrario a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti. Tale norma sarebbe *“in contrasto”* con il principio generale per cui alle parti   consentito, con un contratto, disciplinare rapporti in maniera diversa da quella fissata da una precedente sentenza passata in giudicato. Alla luce di tale rilievo, l'art. 829, comma 1, n. 8 c.p.c. si spiegherebbe solamente pensando che il lodo rituale sia, quanto ad effetti, l'equivalente di una decisione giudiziaria e non di un negozio privato. Le altre norme che l'Autore indica, quali *“sintomi”* a favore degli effetti di sentenza del lodo

l'eccezione di giudicato esterno, in difetto di una tale previsione,   rilevabile d'ufficio ed il giudice   tenuto a pronunciare sulla stessa, qualora il giudicato risulti da atti comunque prodotti nel corso del giudizio di merito, con la conseguenza che, in mancanza di pronuncia o nell'ipotesi in cui il giudice del merito abbia affermato la tardivit  dell'allegazione - e la relativa pronuncia sia stata impugnata - il giudice di legittimit  accerta l'esistenza e la portata del giudicato con cognizione piena che si estende al diretto riesame degli atti del processo ed alla diretta valutazione ed interpretazione degli atti processuali, mediante indagini ed accertamenti, anche di fatto, indipendentemente dall'interpretazione data al riguardo dal giudice del merito”.

¹¹⁴ Cos  Cass., Sez. I, 27 novembre 2001, n. 15023, in *Riv. arb. cit.*, 288, che, a sua volta, richiama Cass., S.U., 25 maggio 2001, n. 226, *cit.*.

¹¹⁵ E.F. RICCI, *La Cassazione insiste sulla «natura» negoziale cit.* 1242 ss.. In particolare, si veda a 1243 s. il rilievo per cui *“tutte le norme in questione, nessuna esclusa, sono il frutto dell'emergere di fronte al legislatore del problema, se ed entro quali limiti la relazione tra l'arbitrato e il processo togato meriti una disciplina; e ci  non avrebbe senso, se il legislatore non avesse pensato all'arbitrato come all'equivalente del processo togato dal punto di vista dei risultati.”*

arbitrale, sono tutte le disposizioni sul rapporto tra arbitrato e processo togato: l'art. 819 c.p.c.¹¹⁶ sulle questioni incidentali, così come l'art. 819 *bis* c.p.c.¹¹⁷ in materia di connessione tra la controversia deferita agli arbitri e una causa pendente dinanzi al giudice ordinario.

Nel 2001, dunque, la Sezione Prima ha recepito e ribadito la tesi privatistica dell'arbitrato.

È sostanzialmente contestuale alla pronuncia appena vista la sentenza della Corte costituzionale n. 376 del 28 novembre 2001¹¹⁸. La Corte si è pronunciata, affermandola, sulla possibilità, per gli arbitri rituali, di sollevare una questione di legittimità costituzionale di una norma che sono chiamati ad applicare nel procedimento dinanzi ad essi instaurato.

In primo luogo, la Corte ha richiamato la propria giurisprudenza¹¹⁹ per cui per aversi un giudizio *a quo* “è sufficiente che sussista un esercizio di «funzioni giudicanti per l'obiettiva applicazione della legge» da parte di soggetti, «pure estranei all'organizzazione della giurisdizione», «posti in posizione *super partes*»”¹²⁰.

In secondo luogo, pur precisando di non volersi addentrare nella questione relativa alla natura dell'arbitrato rituale, la Corte ha osservato che l'arbitrato è un procedimento previsto e regolato dal codice di procedura civile per giungere alla risoluzione di una controversia attraverso l'applicazione di norme di diritto al caso concreto e ha precisato che tale procedimento si svolge in ottemperanza dei principi del contraddittorio e di imparzialità del giudicante. Sulla base di tali considerazioni,

¹¹⁶ Si riporta, di seguito, il testo dei primi due commi della norma vigente nel 2002, come sostituita dalla L. 5 gennaio 1994, n. 25: “*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.*

Fuori di tali ipotesi gli arbitri decidono tutte le questioni insorte nel giudizio arbitrale”.

¹¹⁷ Si riporta, di seguito, il testo della norma vigente nel 2002, come sostituita dalla L. 5 gennaio 1994, n. 25: “*La competenza degli arbitri non è esclusa dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente dinanzi al giudice”.*

¹¹⁸ Cfr. nota 111.

¹¹⁹ La Corte costituzionale richiama Corte cost., 5 novembre 1996, n. 387, in *Foro it.* 1997, I, 7 e in *Giust. civ.*, 1997, I, 595.

¹²⁰ Corte cost., 28 novembre 2001, n. 376, in *Riv. arb. cit.*, 662.

per gli aspetti ora richiamati, il giudizio arbitrale sarebbe del tutto analogo a quello dinanzi al giudice ordinario *“anche per quanto riguarda la ricerca e l’interpretazione delle norme applicabili alla fattispecie”*¹²¹.

Infine, la Corte ha rilevato che il conferimento agli arbitri del potere/dovere di sollevare la questione di costituzionalità delle norme che sono chiamati ad applicare è reso necessario dal nostro generale assetto costituzionale per cui è precluso a qualsiasi giudicante tanto la disapplicazione delle leggi, quanto l’applicazione di leggi di dubbia costituzionalità.

Tale decisione è stata accolta con favore dalla prevalente dottrina, nonostante si siano registrate, comunque, alcune opinioni critiche.

Tra coloro che hanno visto la pronuncia con favore, si segnala Vaccarella che ha ritenuto che *“la Corte costituzionale ha ammesso gli arbitri rituali a sollevare questioni di costituzionalità con una decisione che può definirsi «coraggiosa» solo perché, senza lasciarsi impastoiare da dispute più accademiche che sistematiche, ha affrontato esclusivamente il nocciolo del problema e al problema soltanto ha voluto e saputo dare una risposta concreta: l’unica risposta concreta possibile”*¹²².

Ancora sull’opportunità della decisione, Canale ne ha apprezzato la coerenza sul piano della tutela dei valori, data la *“particolare attenzione all’esigenza di garantire una corretta uniformità di rilievo e di decisione sul delicato problema della costituzionalità delle leggi”*¹²³.

Quanto, invece, alle opinioni critiche nei confronti della sentenza in esame, Ruffini ha criticato la decisione dal punto di vista del conferimento agli arbitri rituali, soggetti privati, estranei all’organizzazione della giurisdizione e ai quali non è

¹²¹ Corte cost., 28 novembre 2001, n. 376, *loc. ult. cit.*

¹²² R. VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza* cit., 2887.

¹²³ Così G. CANALE, *Anche gli arbitri rituali possono sollevare la questione di legittimità* cit., 691. Cfr., inoltre, A. BRIGUGLIO, *Merito e metodo* cit., 665, che sottolinea che *“la via aperta alla rimessione arbitrale di questione di costituzionalità è indubbiamente preferibile, in termini di buon senso e di ossequio all’assetto complessivo dell’ordinamento sotto l’usbergo della Costituzione, a qualsiasi alternativa”*. Il medesimo Autore sottolinea, altresì, che, escludendo esplicitamente di indagare la natura del fenomeno arbitrale e del lodo, la pronuncia in esame risulta del tutto compatibile con l’impostazione delle S.U. del 2000 se si considera che gli arbitri, che non sono giudici statuali, *“al limitato fine dell’esercizio del potere-dovere di rimessione di questione incidentale di costituzionalità è come se lo fossero”*.

demandato alcun esercizio del pubblico potere, del potere/dovere di esercitare il sindacato di legittimità costituzionale¹²⁴. L'Autore ha, infatti, rilevato che, anche a voler accettare la natura giurisdizionale dell'arbitrato e del lodo, gli arbitri sarebbero comunque estranei alla giurisdizione statale come descritta dall'art. 102 Cost. e, per questo, non sarebbero legittimati a rimettere una questione alla Corte costituzionale, così come non lo sono i giudici stranieri chiamati ad applicare una norma italiana¹²⁵.

Ancora, la decisione in esame è stata criticata da una parte della dottrina, sostenitrice della tesi negoziale, per aver operato una “*dequalificazione della giurisdizione*”¹²⁶ nel ravvisare i caratteri dell'attività giurisdizionale nel procedimento arbitrale, connotando la giurisdizione non per la posizione istituzionale e autoritaria dell'organo giudicante, ma per la “*natura dell'attività (decisoria) e il suo modo concreto di svolgimento*”¹²⁷. Tale dequalificazione deve, secondo l'Autore, essere inquadrata a livello storico “*nell'attuale evoluzione che investe la stessa autorità dello Stato o, se si vuole, lo stesso concetto di sovranità*”¹²⁸.

Concludendo, la pronuncia della Corte costituzionale del 2001, nonostante l'esplicito *caveat* del giudice delle leggi di non volersi addentrare nel dibattito sulla natura dell'arbitrato, sembra molto rilevante per il tema descritto nel presente Capitolo, dal momento che, seppur implicitamente, pare aver suggerito ulteriori elementi a favore della perfetta alternatività tra il giudizio ordinario e l'arbitrato, fulcro della concezione giurisdizionale¹²⁹. Successivamente, nel 2002¹³⁰, le S.U. sono state chiamate a pronunciarsi su un regolamento di competenza proposto per impugnare una sentenza del Tribunale di Brescia che aveva declinato la propria

¹²⁴ G. RUFFINI, *Arbitri, diritto e costituzione* cit.

¹²⁵ G. RUFFINI, *Arbitri, diritto e costituzione* cit., 266 s.

¹²⁶ G. VERDE, *Pubblico e privato nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.* 2002, 633 ss., spec. 648.

¹²⁷ G. VERDE, *op. ult. cit.*, 649.

¹²⁸ G. VERDE, *op. ult. cit.*, 650.

¹²⁹ Così G. CANALE, *op. loc. ult. cit.*.

¹³⁰ Cass., S.U., 25 giugno 2002, n. 9289, in *Riv. arb.* 2002, 511 ss., con nota di A. BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite ed il regime della eccezione fondata su accordo compromissorio*, *ivi*, 515 ss.; in *Giust. civ.* 2003, I, 717 ss., con nota di C. PUNZI, *Natura dell'arbitrato e regolamento di competenza*, *ivi* 720 ss. nonché *ivi* 1601 ss., con nota di 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)*.

competenza in favore degli arbitri. Fedele all'indirizzo negoziale, la Corte ha affermato che lo stabilire se una controversia appartenga al giudice ordinario o agli arbitri, *“i quali anche nell'arbitrato rituale, non svolgono comunque una forma sostitutiva della giurisdizione dello Stato”*¹³¹, non integra una questione di competenza in senso tecnico, ma una questione di merito che si risolve in una questione sulla validità del compromesso o della clausola compromissoria. Nel motivare la decisione, le S.U. hanno preso in considerazione il problema della distinzione tra arbitrato rituale e arbitrato irrituale, così come emerso alla luce della pronuncia n. 527 del 2000¹³². Nello specifico, la Corte di cassazione ha chiarito che, avendo sia l'arbitrato rituale che quello libero natura privata, i due tipi di risoluzione della controversia di fronte a privati non si distinguerebbero per il fatto che con l'arbitrato rituale le parti attribuiscono agli arbitri una funzione sostitutiva di quella del giudice ordinario. Invece, tale distinzione andrebbe ravvisata nel fatto che l'arbitrato rituale sia idoneo a produrre una decisione che, sebbene abbia natura negoziale così come il lodo irrituale, è idonea ad essere resa esecutiva. Viceversa, con l'arbitrato irrituale, le parti intenderebbero attribuire agli arbitri la risoluzione della controversia mediante *“un negozio di accertamento (esclusivamente) riconducibile alla volontà delle parti stesse, le quali si impegnano a considerare la decisione degli arbitri come espressione della loro volontà”*¹³³.

Sempre in motivazione, le S.U. hanno colto, poi, l'occasione per precisare che la pronuncia della Corte costituzionale del 2001 vista *supra*, che ha attribuito agli arbitri rituali il potere/dovere di sollevare questione incidentale di legittimità costituzionale, non indurrebbe a rimeditare la soluzione adottata dalla *“svolta negoziale”* del 2000.

¹³¹ Cass., S.U., 25 giugno 2001, n. 9289, in *Riv. arb.* 2002 *cit.*, 514.

¹³² Sul punto, cfr. paragrafo 1.3.2. per i rilievi della dottrina sul tema.

¹³³ Sul punto la Corte richiama Cass., Sez. I civ., 13 aprile 2001, n. 5527, in *Giust. civ.* 2002, I, 2909 ss. e Cass., S.U., 5 dicembre 2000, n. 1251, in *Riv. arb.* 2001, 705 ss., con nota di A. VILLA, *Note sul rapporto tra arbitrato e giurisdizione amministrativa e sulla distinzione tra arbitrato rituale e irrituale*, *ivi*, 711 ss. e in *Giust. civ.* 2001, I, 339 ss.. Con quest'ultima pronuncia le S.U. avevano indagato la questione del rapporto tra giudizio amministrativo e arbitrato concludendo che tale questione non potrebbe mai configurarsi come questione di giurisdizione in senso tecnico, risolvendosi, invece, in una questione di merito attinente alla validità della clausola compromissoria e che, di conseguenza, sarebbe inammissibile il regolamento di giurisdizione.

Infatti, argomenta la Corte di cassazione che, in primo luogo, la Corte costituzionale stessa ha espressamente dichiarato, come si è visto *supra*, di non volersi addentrare nella complessa questione della natura giuridica dell'arbitrato e, in secondo luogo, che l'attribuzione agli arbitri del potere/dovere di sollevare questioni incidentali di costituzionalità non avrebbe alcuna rilevanza al fine di desumere una formale o sostanziale equiparazione degli arbitri ai giudici ordinari.

Inoltre, la Corte ha preso posizione sulle obiezioni sollevate dalla dottrina con riferimento alla ora menzionata pronuncia del 2000. In particolare, la Corte di cassazione ha obiettato al rilievo di Ricci - per cui la soluzione adottata dalle S.U. nel 2000 sarebbe inopportuna a livello comparatistico - in maniera che pare quantomeno semplicistica e cioè osservando che *“l'esegesi degli istituti dell'ordinamento nazionale non può essere condotta adottando a parametro norme straniere di disciplina di pur corrispondenti istituti”*¹³⁴. Le S.U. hanno preso, poi, posizione, sull'altro rilievo mosso dal medesimo Autore e cioè sulle difficoltà che il lodo rituale ritenuto negoziale riscontrerebbe nella circolazione estera. Su questo punto, le S.U. hanno ritenuto che il rilievo dell'Autore fosse privo di pregio dal momento che, ai fini della Convenzione di New York sarebbe del tutto indifferente la qualificazione del lodo in termini negoziali o giurisdizionali¹³⁵.

Commentando la pronuncia, Briguglio ha posto in luce alcuni problemi pratici connessi alla concezione accolta dalla sentenza in esame e proposto una soluzione a tali problemi, alla luce del dato normativo vigente all'epoca¹³⁶.

Sotto il primo profilo, quello relativo ai problemi pratici che conseguirebbero alla concezione accolta dalle S.U. sulla scorta dell'insegnamento del 2000, l'Autore ha segnalato che attribuendo all'eccezione di compromesso natura di eccezione di merito, anziché di rito, il convenuto con l'azione ordinaria potrebbe eccepire

¹³⁴ Cass., S.U., 25 giugno 2002, n. 9289, in *Riv. arb. cit.*, 513.

¹³⁵ Su questo punto, le S.U. sottolineano che la nozione sostanziale di *award* o *sentence arbitrale* richiamata nella Convenzione di New York si caratterizzerebbe essenzialmente per la *“correlazione [...] tra la pronunzia degli arbitri ed un «accordo» compromissorio tra le parti litiganti, quale atto, appunto, di privata autonomia, in funzione della soluzione della lite attraverso un «procedimento» condotto da soggetti terzi ed imparziali, mediante applicazione di norme (di diritto o di equità) ai fatti controversi”*. Così, Cass., S.U., 25 giugno 2002, n. 9289, in *Riv. arb. cit.*, 514.

¹³⁶ A. BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite ed il regime della eccezione cit.*

l'esistenza di un compromesso o di una clausola compromissoria nei limiti previsti dall'art. 180, comma 2, c.p.c.¹³⁷ all'epoca vigente e quindi ben oltre il limite per la proposizione dell'eccezione di incompetenza territoriale, termine che, invece, veniva individuato dalla giurisprudenza anteriore al 2000 come termine di decadenza per la proposizione dell'eccezione di arbitrato.

Inoltre, il sindacato sull'eccezione di compromesso si articolerebbe in tre gradi di giudizio con un evidente differimento della pronuncia della Corte di cassazione.

Ancora, qualora il giudice dovesse pronunciarsi sulla validità della clausola arbitrale, ma non sul merito della controversia principale, si avrebbe comunque una decisione di merito appellabile. Una volta proposto appello, qualora quest'ultimo venisse accolto si avrebbe una inevitabile e “*assolutamente ingiustificata*”¹³⁸ perdita di un grado di giudizio con riferimento alla controversia principale, data la tassatività dei casi di rimessione al giudice di primo grado previsto dagli artt. 353 e 354 c.p.c..

Un'ulteriore questione di natura pratica sollevata dall'Autore attiene alla deferibilità ad arbitri di controversie che sarebbero altrimenti devolute al giudice amministrativo. Attribuendo natura di merito alla decisione sull'eccezione di compromesso si creerebbe la situazione per cui gli il giudice amministrativo conoscerebbe una questione di merito che nulla ha a che vedere con le materie soggette a giurisdizione esclusiva amministrativa e pronuncerebbe una decisione insindacabile dalla Corte di cassazione quanto alla violazione di legge in senso proprio e al vizio di motivazione¹³⁹, creando così una incongruità di sistema e una

¹³⁷ Tale disposizione prevedeva che il giudice “[...]fissa a data successiva la prima udienza di trattazione, assegnando al convenuto un termine perentorio non inferiore a venti giorni prima di tale udienza per proporre eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio”.

¹³⁸ A. BRIGUGLIO, *op. ult. cit.*, 518.

¹³⁹ Cfr. art. 36, l. 6 dicembre 1971, n. 1034, all'epoca vigente, che disponeva che “*contro le decisioni pronunciate dal Consiglio di Stato in secondo grado sono ammessi il ricorso per revocazione, nei casi e nei termini previsti dall'art. 396 del codice di procedura civile, e il ricorso in cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione*”. La norma è stata dichiarata incostituzionale da Corte cost. 17 maggio 1995, n. 177, in G.U. 24 maggio n. 22 nella parte in cui non prevedeva l'opposizione di terzo ordinaria tra i mezzi di impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato. L'art. 36 *cit.* è stato abrogato con il D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 istitutivo del codice del processo amministrativo e attualmente l'art. 91 di detto codice dispone che “*I mezzi di impugnazione delle sentenze sono l'appello, la revocazione,*

disparità di trattamento non giustificabile tra le controversie deferibili ad arbitri altrimenti devolute al giudice amministrativo e quelle altrimenti devolute al giudice ordinario.

Briguglio ha, poi, prospettato rilevanti complicazioni attinenti alla formazione e ai limiti oggettivi del giudicato sostanziale, anche esterno, sulla pronuncia di merito che si formerebbe relativamente alla validità della clausola arbitrale. Sul punto, delle due l'una: o si confina la formazione del giudicato sostanziale esterno alla sola ipotesi di proposizione di domanda incidentale *ex art. 34 c.p.c.*, oppure, qualora si ammettesse la formazione del giudicato sostanziale esterno anche in mancanza di domanda *ex art. 34 c.p.c.*, si accetta la complicazione dello scenario processuale in caso di accordo arbitrale multiparti, che si concretizzerebbe nell'intervento o addirittura nella partecipazione litisconsortile necessaria del soggetto vincolato dall'accordo arbitrale ma del tutto estraneo al merito della controversia principale.

Da ultimo, l'Autore, così come altra parte della dottrina¹⁴⁰, ha criticato la qualificazione dell'eccezione di arbitrato come eccezione di merito, basata esclusivamente sull'attinenza di tale eccezione con la validità della clausola arbitrale. Sul punto, è stato rilevato, in maniera molto chiara, che il fatto che per decidere sull'eccezione di arbitrato il giudice debba riscontrare la validità, l'efficacia e l'applicabilità del patto arbitrale così come l'arbitrabilità della materia e che tale controllo sia effettuato, nella maggior parte dei casi, sulla base di norme di diritto sostanziale non farebbe sì che l'eccezione di arbitrato sia da qualificarsi automaticamente come eccezione di merito¹⁴¹.

l'opposizione di terzo e il ricorso per cassazione per i soli motivi inerenti alla giurisdizione".

¹⁴⁰ C. CONSOLO, *Alcuni corollari applicativi e alquanto instabilità della nuova stagione giurisprudenziale sull'arbitrato*, in *Giust. civ.* 2005, II, 69 ss.

¹⁴¹ Così C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 73 s., che individua altri casi in cui un'eccezione da decidersi sulla base di criteri e norme di diritto sostanziale è, invece, pacificamente qualificata come eccezione di rito. Questo è vero nel caso in cui il giudice debba verificare la sussistenza della propria *potestas iudicandi* in presenza di una deroga convenzionale alla giurisdizione italiana *ex art. 4, l. 218 del 1995* così come nel caso in cui il giudice debba decidere sulla legittimazione straordinaria dell'attore che agisce in via surrogatoria *ex art. 2900 c.c.*, facendo valere nei confronti di un terzo la sussistenza di un proprio diritto di credito verso il debitore inerte.

Proponendo una soluzione, ai problemi menzionati, alternativa a quella proposta dalle S.U., ma compatibile con l'affermata natura privata dell'arbitrato e del lodo rituale, Briguglio ha ritenuto di assimilare l'accordo compromissorio all'accordo di deroga della competenza territoriale previsto dagli artt. 28 e 29 c.p.c.. In questo modo, l'applicazione del regime tipico dell'eccezione di incompetenza territoriale sarebbe applicabile in ragione dell'analogia con l'ipotesi prevista dagli artt. 28 e 29 c.p.c. e non già in ragione di un'assimilazione del giudizio arbitrale alla giurisdizione statale. Come conseguenza di tale lettura analogica del rapporto tra arbitri e giudice ordinario, l'Autore ha proposto, inoltre, di estendere anche a quest'ultimo caso l'esperibilità del regolamento di competenza avverso la pronuncia del giudice ordinario relativa all'eccezione di compromesso¹⁴².

Anche Punzi ha annotato la pronuncia delle Sezioni Unite del 2002 vista finora, prendendo in esame anche le osservazioni di Briguglio che abbiamo appena riassunto¹⁴³.

Preliminarmente, si segnala che Punzi ha colto l'occasione dell'ordinanza del 2002 per formulare anche una serie di critiche al commento di Ricci sulla "svolta negoziale" del 2000.

In questo senso, dopo aver precisato che affermare la natura privata del lodo non equivale a ridurre quest'ultimo alla stipulazione di un negozio tra le parti, critica l'argomento di Ricci per cui la natura giurisdizionale dell'arbitrato si desumerebbe dalla lettera dell'art. 829, comma 1, n. 8 c.p.c. che prevede l'impugnabilità del lodo contrario a precedente sentenza passata in giudicato. In particolare, Punzi ha criticato tale argomento sotto duplice profilo. Da un lato, l'Autore ha dedotto la distinzione, voluta dal legislatore, tra la sentenza passata in giudicato e il lodo non più impugnabile menzionato dal medesimo art. 829, comma 1, n. 8 c.p.c., dal tenore letterale della disposizione che, con riferimento al lodo, non menziona il concetto di cosa giudicata, ma prevede solamente l'ipotesi che quest'ultimo sia "non più impugnabile", come qualunque atto di autonomia privata¹⁴⁴.

¹⁴² Cfr. A BRIGUGLIO, *op. ult. cit.*, 825, che chiarisce che viceversa, non sarebbe esperibile il regolamento di competenza avverso la pronuncia arbitrale sulla eccezione di arbitrato, in ragione dei limiti tassativi all'impugnazione del lodo.

¹⁴³ C. PUNZI, *op. loc. ult. cit.*.

¹⁴⁴ C. PUNZI, *op. ult. cit.*, 725.

Dall'altro lato, Punzi si è interrogato sul perché la contrarietà a precedente sentenza passata in giudicato costituisca, ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 8 c.p.c., motivo di nullità del lodo solamente se la relativa eccezione sia stata dedotta nel giudizio arbitrale. La risposta che l'Autore ha fornito muove dal rilievo che non solo il giudicato derivante da precedente sentenza, ma anche la vincolatività derivante da precedente lodo, non rilevano nel giudizio arbitrale in mancanza di deduzione nel corso del procedimento. Questo dato sarebbe indicativo della distinzione e della non assimilabilità dell'arbitrato rispetto al giudizio ordinario dal momento che, in quest'ultimo, il giudicato interno, così come quello esterno possono essere rilevati dal giudice, persino in sede di legittimità¹⁴⁵. Tale distinzione si concretizzerebbe nel fatto che le parti *“possono addirittura compromettere in arbitri una controversia, anche se è già stata definita con sentenza passata in giudicato. Viceversa le parti, anche se concordi, non possono certamente chiedere al giudice ordinario di ignorare il precedente giudicato e pretendere che giudichi ex novo sulla stessa controversia”*¹⁴⁶.

Ugualmente, l'Autore ha criticato la tesi di Ricci che individuava altri “sintomi” della assimilabilità dell'arbitrato e del lodo rispettivamente alla giurisdizione ordinaria e alla sentenza nella lettera degli artt. 819 e 819 *bis* c.p.c., relativi alle questioni incidentali sorte nel procedimento arbitrale e la connessione di cause tra una controversia devoluta ad arbitri e una controversia pendente dinanzi al giudice ordinario. Punzi ha sottolineato che la presenza nell'ordinamento di tali norme di coordinamento tra procedimento arbitrale e giudizio ordinario non suggerirebbe in alcun modo l'assimilazione del giudizio arbitrale a quello ordinario, ma costituirebbe semplicemente una struttura di coordinamento tra metodi di

¹⁴⁵ Sul punto, cfr. Cass., Sez. III civ., 18 luglio 2002, n. 10420, in *Mass. giust. civ.* 2002, 1264, che ha affermato che: *“Allorquando due giudizi tra le stesse parti vertano sullo stesso rapporto giuridico e uno di essi sia stato definito con sentenza passata in giudicato, l'accertamento già compiuto in ordine a una situazione giuridica e la soluzione di una questione di fatto o di diritto che abbiano inciso su un punto fondamentale comune ad entrambe le cause e abbiano costituito la logica premessa contenuta nel dispositivo della sentenza passata in giudicato, precludono il riesame del punto accertato e risolto anche nel caso in cui il successivo giudizio abbia finalità diverse da quelle che costituiscono lo scopo e il “petitum” del primo. [...]”*.

¹⁴⁶ C. PUNZI, *op. ult. cit.* 726.

risoluzione delle controversie che mantengono natura diversa¹⁴⁷. In altre parole, permarrrebbe, secondo Punzi la distinzione tra arbitrato e giudizio ordinario da individuarsi non solo nella fonte del potere di decidere, l'autonomia privata nell'arbitrato e l'attribuzione del potere pubblico giurisdizionale nel giudizio ordinario, ma anche negli effetti dell'esercizio di questi poteri che rimarrebbero, per il lodo arbitrale, quelli tipici dell'atto di autonomia privata nonostante siano idonei ad essere vincolanti tra le parti e così come a raggiungere la stabilità.

Dopo questa parentesi sulla "svolta negoziale", bisogna, ora, analizzare le obiezioni che l'Autore ha rivolto al commento di Briguglio alla pronuncia n. 9289 del 2002. Come si è visto, tale commento ha posto in luce alcuni aspetti problematici dal punto di vista pratico che deriverebbero dall'applicazione dei principi enunciati dalle S.U. con l'ordinanza in esame. Nello specifico, con riferimento all'argomento dei limiti temporali per la proposizione dell'eccezione di arbitrato se considerata eccezione di merito, Punzi non ha visto alcuna "scomodità" nella applicazione dell'art. 180, comma 2, c.p.c. all'eccezione di compromesso perché tale eccezione finirebbe per essere disciplinata come il legislatore ha voluto che fossero disciplinate altre eccezioni, non meno "gravi" (per esempio, l'eccezione di nullità dell'atto posto a fondamento della pretesa sostanziale). Ugualmente, è parso all'Autore che non si possa individuare alcun profilo problematico nell'articolazione della decisione sulla deferibilità della causa in arbitrato in tre gradi di giudizio, dal momento che tale articolazione in tre gradi è prevista dall'ordinamento per "*altre questioni non meno importanti per lo svolgimento del processo*"¹⁴⁸. Da ultimo, l'Autore si è occupato dell'argomento proposto da Briguglio per cui qualora il giudice dovesse pronunciarsi sulla validità della clausola arbitrale, ma non sul merito della controversia principale, si avrebbe comunque una decisione di merito che, in caso venisse appellata e tale

¹⁴⁷ Cfr. C. PUNZI, *op. loc. ult. cit.* che precisa "*l'affermazione della natura privatistica dell'arbitrato, alternativo e derogatorio e non sostitutivo delle funzioni attribuite ai giudici ordinari non esclude affatto, ma anzi comporta necessariamente, che vi siano rapporti tra «arbitrato» e «processo togato», rapporti che appunto sono presi in considerazione dall'art. 819, comma 1 e 2 [...] proprio al fine di delineare l'ambito entro il quale gli arbitri coerentemente con i limiti dell'autonomia dei privati, nei quali va ritrovata la fonte e la legittimazione del loro potere, possono svolgere la loro attività ed esercitare le loro funzioni*".

¹⁴⁸ C. PUNZI, *op. ult. cit.*, 728.

impugnazione dovesse essere accolta, comporterebbe una ingiustificata perdita di un grado di giudizio con riferimento alla controversia principale, data la tassatività dei casi di rimessione al giudice di primo grado previsto dagli artt. 353 e 354 c.p.c.. Anche su questo punto, Punzi ha sottolineato che tale ingiustificata perdita di un grado di giudizio non sarebbe affatto un'anomalia di sistema perchè si verifica, per esempio, ogni volta che il giudice di primo grado dichiara nullo il titolo contrattuale posto a fondamento della domanda di merito e la sentenza viene riformata in appello¹⁴⁹.

Con riferimento all'ordinanza del 2002 in esame, un ultimo cenno deve essere fatto alla distinzione, tenuta in vita dalle Sezioni Unite, tra arbitrato rituale e arbitrato libero. Sul punto, Consolo e Marinelli¹⁵⁰ hanno rilevato che l'individuazione del criterio distintivo tra arbitrato libero e rituale nella volontà delle parti di ottenere un atto negoziale (il lodo rituale) idoneo a divenire esecutivo *ex art. 825 c.p.c.* piuttosto che un atto ugualmente negoziale (il lodo irrituale) dall'efficacia prettamente privata, comporterebbe la sopravvenuta inutilità di tutti i criteri individuati dalla giurisprudenza per desumere il carattere rituale o libero di un arbitrato. A questo conseguirebbero notevoli difficoltà di rilevanza pratica, considerando che, nella maggior parte dei casi, la clausola arbitrale non contiene alcuna indicazione circa l'intenzione delle parti, una volta ottenuto il lodo, di richiederne l'esecutività o meno. In questo scenario, bisognerebbe allora domandarsi come interpretare una clausola compromissoria che nulla dica su un eventuale futura richiesta di *exequatur*. Le possibili soluzioni individuate dagli Autori sono due: o considerare il silenzio delle parti come un "assenso", presumendo che queste non abbiano inteso escludere la richiesta dell'*exequatur*, oppure, al contrario, come un'esclusione e, quindi, una affermazione nel senso di volere un arbitrato libero. Se, da un lato, i due Autori

¹⁴⁹ In generale, l'Autore ha visto l'ordinanza in esame con favore, anche alla luce della riforma del 1994 con la quale il legislatore "*intervenendo sulle disposizioni positive ed espungendo dal codice di rito anche il nomen di sentenza arbitrale [...] ha finito sì con il proclamare analogia, e non certo identità, di effetti, ma con l'esaltare una differenza di natura, che nella differenza di effetti trova conferma testuale, tra sentenze di giudici e lodo arbitrale*". Così, C. PUNZI, *op. ult. cit.*, 729.

¹⁵⁰ C. CONSOLO e M. MARINELLI, *La Cassazione e il "duplice volto" dell'arbitrato in Italia: l'exequatur come unico discrimine fra i due tipi di arbitrato?*, in *Corr. giur.* 2003, 678 ss..

sembrano propendere per la prima risposta, dall'altro, è certo che l'accoglimento dell'una o dell'altra soluzione comporterebbe la nettissima predominanza di un tipo di arbitrato piuttosto che dell'altro: dell'arbitrato rituale, qualora si accogliesse la prima soluzione, di quello libero, qualora si accogliesse la seconda.

Sul tema della distinzione tra arbitrato libero e rituale, deve essere menzionata pronuncia della Cassazione n. 12714 del 2002¹⁵¹ che ha affermato che *“nell'arbitrato rituale, le parti stesse intendono pervenire alla pronuncia di un lodo suscettibile di esecutività [...], con l'osservanza del regime formale del procedimento arbitrale, in quello irrituale, invece, esse intendono affidare all'arbitro la soluzione di una controversia attraverso uno strumento strettamente negoziale”*¹⁵².

Nello scenario visto finora, ove la giurisprudenza si è mantenuta prevalentemente fedele all'insegnamento delle S.U. del 2000, Consolo ha rilevato che, diversamente, affrontando questioni di tipo pratico relative all'arbitrato – ma non il tema della natura di quest'ultimo – la giurisprudenza successiva al 2000 ha, in più occasioni, dimostrato di continuare a considerare il giudizio dinanzi agli arbitri rituali come equivalente e sostitutivo rispetto al giudizio dinanzi i giudici ordinari¹⁵³. Sotto questo punto di vista, l'Autore ha ritenuto di segnalare, tra le altre, le seguenti massime¹⁵⁴, che qui meritano di essere riportate: *“nell'arbitrato rituale, gli arbitri, corrispondentemente a quanto previsto dall'art. 2908 c.c., hanno il potere di pronunciare decisioni intese a costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici tra le parti [...] con la conseguenza che rientra nei loro poteri anche la pronuncia di una decisione volta a dare esecuzione, in forma specifica ed ai sensi dell'art. 2932 c.c., all'obbligo di contrarre assunto con un contratto preliminare, ovvero di*

¹⁵¹ Cass., Sez. I, 30 agosto 2002, n. 12714, in *Mass. giust. civ.* 2002, 1608.

¹⁵² Si segnala che, nel caso di specie, la Corte di cassazione ha individuato, quali indici della volontà delle parti di deferire la causa in arbitrato libero, *“la definizione degli arbitri come “arbitratori”, la mancanza di qualsiasi riferimento al regime formale del procedimento e alla volontà di pervenire ad un lodo suscettibile di exequatur, la prevista vincolatività della soluzione, come rivolta a ribadire la volontà delle parti di comporre definitivamente la vertenza attraverso la pronuncia del collegio, e non come diretta ad indicare una semplice rinuncia all'impugnazione di cui all'art. 828 c.p.c.”*. C. CONSOLO e M. MARINELLI, *op. ult. cit.*, 682 hanno letto nella pronuncia la distinzione tra il valore strettamente negoziale dell'arbitrato libero e quello latamente negoziale dell'arbitrato rituale, con l'inizio di un *“il recupero di qualcosa dell'antico bagaglio distintivo”*.

¹⁵³ Così, C. CONSOLO, *Alcuni corollari applicativi cit.*, 75.

¹⁵⁴ Cfr. per i riferimenti delle pronunce, C. CONSOLO, *Alcuni corollari applicativi cit.*, 75.

trasferire un determinato diritto, in adempimento di un'obbligazione precedentemente contratta"; *“la mancata partecipazione di un arbitro alla deliberazione del lodo, così come la mancata sottoscrizione di uno di essi, non ne determina l'inesistenza – a differenza della mancata sottoscrizione della sentenza del giudice ordinario ai sensi dell'art. 161, comma 2, c.p.c. – come invece accade nel caso di mancanza di compromesso e della clausola compromissoria o di esclusione della materia dall'oggetto del compromesso, bensì la nullità, con la conseguente applicazione del principio generale di conversione di nullità in motivi di impugnazione da far valere nei tempi e nei modi previsti dall'art. 828 c.p.c.; ciò anche ad inquadrare il vizio in quello di costituzione del giudice e perciò applicare all'arbitrato l'art. 158 c.p.c.”*; *“è da escludersi che, tramite la clausola compromissoria per arbitrato rituale contenuta in un determinato contratto, la deroga alla giurisdizione del giudice ordinario e il deferimento agli arbitri si estendano a controversie relative ad altri contratti ancorché collegati al contratto principale”*.

Concludendo la “ rassegna ” giurisprudenziale svolta in questo paragrafo, merita di essere segnalata una ordinanza pronunciata dalle S.U. nel 2003¹⁵⁵.

Nel caso in esame, le S.U. erano state chiamate a pronunciarsi su un ricorso per regolamento di giurisdizione proposto di una parte inglese del giudizio di merito perché il giudice italiano fosse dichiarato carente di giurisdizione in favore dell'arbitrato estero voluto dalle parti. In subordine, con il ricorso si chiedeva che, in caso di ritenuta invalidità o inapplicabilità della clausola arbitrale, il giudice italiano fosse dichiarato carente di giurisdizione ai sensi dell'allora vigente Convenzione di Bruxelles del 1968.

Le S.U. hanno ritenuto il regolamento inammissibile sulla base di una duplice argomentazione. In primo luogo, la questione del conflitto tra il giudice italiano e l'arbitrato estero non potrebbe essere decisa con il regolamento di giurisdizione dal

¹⁵⁵ Cass., S.U., 15 aprile 2003, n. 6349, in *Riv. arb.* 2004, 39 ss., con nota di A. BRIGUGLIO, *Le Sezioni unite e la eccezione fondata su accordo compromissorio per arbitrato estero*, *ivi*, 41 ss.; in *Corr. giur.* 2004, 919 ss., con nota di C. CONSOLO, *Soprassalti delle S.U. intorno all'eccezione di arbitrato estero e alla Convenzione di N.Y. quanto all'ordine delle questioni di rito e di doppio “ merito ” e riflessioni sull'art. 4 L. n. 218/1995*, *ivi*, 921 ss.; in *Foro it.* 2004, I, 1241 ss.; in *Riv. dir. int. priv. e proc.* 2004, 289 ss.

momento che, data la natura privata dell'arbitrato e del lodo¹⁵⁶, l'eccezione di arbitrato estero proposta dinanzi al giudice italiano costituirebbe non già un'eccezione di difetto di giurisdizione, ma un'eccezione di merito e, nello specifico, eccezione di improponibilità della domanda.

In secondo luogo, la questione del difetto del giudice italiano ai sensi della Convenzione di Bruxelles non sarebbe, nel caso concreto, definibile con il regolamento di giurisdizione, ma dovrebbe essere decisa dal giudice di merito a seguito della decisione sulla validità della clausola arbitrale, secondo l'ordine delle questioni apparentemente suggerito dalla Convenzione di New York.

Nel motivare sul primo punto richiamato, le S.U. hanno fatto riferimento all'art. II, comma terzo, della Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi arbitrali stranieri. Tale disposizione prevede che *“the court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed”* e, dunque, non impone che il rinvio della causa agli arbitri sia generato da una declaratoria di difetto di giurisdizione. In questo senso, la Corte ha ritenuto che la lettura, suggerita dalle Sezioni Unite del 2000 dell'arbitrato quale fenomeno privato, non sarebbe in contrasto con quanto previsto dalla Convenzione di New York in riferimento alla disciplina dell'arbitrato estero, ma rientrerebbe nella libertà, garantita ad ogni Stato firmatario della Convenzione, rispetto all'ordinamento processuale interno. Di conseguenza, sarebbe compatibile, con quanto previsto dalla Convenzione, considerare la questione del rapporto tra arbitrato estero e giudice ordinario come una questione relativa alla proponibilità della domanda e non alla giurisdizione.

Con riferimento, invece, alla motivazione sul secondo punto menzionato, quello relativo al difetto di giurisdizione del giudice italiano sulla base della Convenzione di Bruxelles, le S.U. hanno dimostrato di rendersi conto che *“potrebbe*

¹⁵⁶ Le S.U. richiamano espressamente l'insegnamento della pronuncia n. 527 del 3 agosto 2000.

*apparire singolare*¹⁵⁷ che la questione di merito attinente alla validità della clausola arbitrale debba essere affrontata in via preliminare rispetto alla giurisdizione, ma ha individuato la fonte normativa per tale assunto nell'art. II, comma 3, della Convenzione di New York. Infatti, su questo punto, la Corte ha ritenuto che la norma appena citata, che dispone, come si è visto, che “*the court [...] shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration*”, debba essere letta nel senso che il giudice, su richiesta delle parti sia vincolato a decidere immediatamente sulla validità, operatività e applicabilità della clausola arbitrale. Solo all'esito di tale decisione potranno essere esaminate tutte le altre questioni.

Applicando, dunque, gli argomenti appena visti, il regolamento di giurisdizione proposto in relazione al conflitto tra giudizio italiano e arbitrato estero sarebbe inammissibile perché la questione sarebbe attinente al merito (alla proponibilità della domanda) e quindi il regolamento non sarebbe lo strumento adatto per definirla. La questione di giurisdizione, proposta in subordine, relativa alla carenza di giurisdizione del giudice italiano ai sensi della Convenzione di Bruxelles sarebbe ugualmente inammissibile perché, secondo quanto previsto dall'art. II della Convenzione di New York, dovrebbe essere trattata solamente in seguito a quella sulla validità della clausola arbitrale.

La dottrina ha decisamente criticato la pronuncia appena esaminata con riferimento ad entrambe le questioni trattate.

Sulla qualificazione dell'eccezione di arbitrato estero come eccezione di merito questa è stata criticata dal punto di vista logico così come dal punto di vista pratico. Sotto il primo profilo, Briguglio si è domandato quale sarebbe il senso di considerare l'accertamento sulla validità della clausola arbitrale per arbitrato estero come una pronuncia di merito quando “*il suo unico e plausibile scopo [...] è quello di negare o affermare la potestas iudicandi del giudice italiano sul merito della clausola arbitrale*”¹⁵⁸.

Uno degli argomenti a favore della qualificazione dell'eccezione per arbitrato estero come eccezione di difetto di competenza dovrebbe essere, dunque, individuato sulla base della lettura combinata degli artt. 4, comma 2, e 11 della Legge n. 218 del

¹⁵⁷ Cass., S.U., 15 aprile 2003, n. 6349, in *Riv. arb. cit.*, 41.

¹⁵⁸ A. BRIGUGLIO, *op. ult. cit.*, 47.

1995¹⁵⁹ che equipara la deroga convenzionale alla giurisdizione italiana in favore dell'arbitrato estero alla deroga in favore di un giudice straniero, essendo entrambi i casi inseriti nel Titolo II della legge, fra i casi di difetto di giurisdizione¹⁶⁰.

Inoltre, la qualificazione dell'eccezione di arbitrato estero come eccezione di merito e, nello specifico, di improponibilità della domanda è stata vista dalla dottrina come una questione essenzialmente terminologica, dal momento che è chiaro che quando il giudice adito riscontra il proprio difetto di giurisdizione ciò significa, genericamente, che la domanda è dinanzi a lui improponibile¹⁶¹.

Sotto il secondo profilo, quello delle critiche alla decisione in esame dal punto di vista pratico, Briguglio ha rilevato che sembrerebbe quantomeno sconveniente dover attendere tre gradi di giudizio per giungere alla pronuncia definitiva sulla *potestas iudicandi* del giudice italiano. Tale circostanza sarebbe, poi, ancor più sconveniente considerando che in ordinamenti, che equiparano l'arbitrato alla giurisdizione ordinaria, gli arbitri si troverebbero, in applicazione delle medesime regole di litispendenza internazionale che applicherebbe il giudice statale, dinanzi ad un impedimento giuridico alla cognizione per la durata dei tre gradi di giudizio italiani¹⁶².

Infine, sull'ordine delle questioni, desunto dalla Corte, dall'art. II, comma 3, della Convenzione di New York, la dottrina ha manifestato forti perplessità. Nello specifico, Consolo ha sottolineato che “*sembra francamente inverosimile che proprio la Convenzione newyorkese imponga che una questione che possa (sia pure secondo scelte radicate solo nei – o forse in uno dei – singoli ordinamenti nazionali) possa essere considerata di merito preceda una questione di giurisdizione*”¹⁶³. Vero è che il dato positivo della Convenzione di New York lascia spazio ai legislatori nazionali quanto alle modalità attraverso le quali il giudice decide di non pronunciare sul merito della materia della quale è investito e, proprio per questo, una parte della

¹⁵⁹ Le disposizioni menzionate regolano, rispettivamente, la deroga della giurisdizione e la rilevanza del difetto di giurisdizione.

¹⁶⁰ A. BRIGUGLIO, *op. ult. cit.*, 51 e C. CONSOLO, *Soprassalti delle S.U. cit.*, 927 ss.

¹⁶¹ Sul punto, cfr. C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 924 e A. BRIGUGLIO, *op. ult. cit.*, 52.

¹⁶² Così, A. BRIGUGLIO, *op. ult. cit.*, 54 che sul punto cita due casi decisi dal Tribunale Federale Svizzero: *Fomento de Construcciones y Contratos SA c. Colon Container Terminal SA*, in ATF, 127, III, 279 e *Minera Condesa SA c. BRMG*, in ATF, 124, III, 83, 87.

¹⁶³ Così, C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 925.

dottrina ha suggerito l'applicazione al sindacato sulla validità della clausola arbitrale per arbitrato estero dell'art. 7 L. 218/1995, relativo alla pendenza di un processo straniero. La norma dispone che, quando nel giudizio sia eccepita la litispendenza dinanzi a un giudice straniero, l'efficacia nell'ordinamento italiano dell'atteso provvedimento straniero deve essere vagliata dal giudice italiano ai fini della sospensione del giudizio dinanzi a lui pendente. Ammettendo, dunque, l'"*analogia logico funzionale*" tra l'analisi preventiva che si potrebbe demandare al giudice *ex art. II* della Convenzione di New York e quella prevista dall'art. 7 appena visto, non si potrebbe allora negare la natura di rito e non di merito della questione di cui all'art. II della Convenzione di New York¹⁶⁴.

Come si è visto nel presente paragrafo, l'indicazione giurisprudenziale chiara e univoca fornita dalle S.U. nel 2000, non ha fatto sì che i problemi relativi al rapporto tra arbitrato e processo ordinario di cognizione si risolvessero.

La cornice tracciata nel presente capitolo relativamente all'analisi dottrinale e giurisprudenziale della questione dovrà essere tenuta presente per la lettura della riforma dell'arbitrato del 2006, che sarà analizzata *infra* nel Capitolo II.

¹⁶⁴ Così, C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 925 s.

CAPITOLO II
IL D.LGS. 2 FEBBRAIO 2006, N. 40: L'ULTIMA RIFORMA
DELL'ARBITRATO

SOMMARIO: 2.1. Introduzione; 2.2. Il conflitto tra arbitri e giudice in termini di competenza: gli articoli 817 e 819 *ter* c.p.c.; 2.3. L'efficacia del lodo arbitrale: l'articolo 824 *bis* c.p.c.; 2.4. Il sistema delle "vie parallele". Cenni e rinvio; 2.5. Ipotesi di applicazione analogica del regime della *translatio iudicii* tra giudice ordinario e arbitri.

2.1. INTRODUZIONE

Nel presente Capitolo, verrà analizzata la disciplina dei rapporti tra arbitro e giudice alla luce della riforma dell'arbitrato posta in essere con il D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 40.

Nonostante la riforma del 2006 abbia innovato in maniera organica la disciplina dell'arbitrato, verranno prese in considerazione, in questa sede, solamente le disposizioni rilevanti per l'analisi del tema in esame. Saranno descritte le innovazioni normative apportate dal legislatore del 2006, mentre le conseguenze sistematiche di tali innovazioni verranno approfondite nel Capitolo III, anche alla luce di due importanti pronunce giurisprudenziali.

Verrà, dunque, analizzato il rapporto tra arbitrato e giudizio ordinario così come delineato dagli articoli 817 e 819 *ter* c.p.c., nonché il tema dell'efficacia del lodo arbitrale, individuata dall'art. 824 *bis* c.p.c.

All'esito di tale disamina normativa, sarà, poi, delineato il problema delle c.d. "vie parallele" che, già prima del 2006, nonché, ancora, dopo la riforma, ha creato e crea rilevanti problemi di coordinamento con riferimento all'oggetto del presente lavoro. Così inquadrata la questione, si rinvierà, per l'analisi del tema, al Capitolo III.

La trattazione di questo Capitolo verrà conclusa da alcuni cenni alla questione della *translatio iudicii* tra giudice ordinario e arbitri nella vigenza della disciplina del rapporto tra arbitrato e giurisdizione ordinaria delineata nel 2006.

2.2. IL CONFLITTO TRA ARBITRI E GIUDICE IN TERMINI DI COMPETENZA: GLI ARTICOLI 817 E 819 *TER* C.P.C.

Come si è visto *supra* nel Capitolo I, già nel sistema del codice del 1940, la giurisprudenza aveva più volte qualificato il rapporto tra arbitri e giudice ordinario in termini di competenza. Questa qualificazione traeva origine dall'individuazione negli arbitri di "sostituti" del giudice ordinario, deputati a svolgere, nella sostanza, la medesima funzione di quest'ultimo. In questo senso, tale indirizzo giurisprudenziale, accoglieva la tesi giurisdizionalista dell'arbitrato, ravvisando tra arbitri e giudice ordinario un analogo rapporto rispetto a quello configurabile tra diversi giudici ordinari¹.

Con la riforma dell'arbitrato del 2006, alcuni indici normativi sono stati inseriti dal legislatore nel codice di procedura civile al fine di qualificare il rapporto tra arbitro e giudice statale in termini di competenza e nel presente paragrafo si procederà alla disamina di tali disposizioni.

L'art. 1 D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con legge 14 maggio 2005, n. 80 prevedeva, quale criterio direttivo per il legislatore della riforma quello di "*disciplinare in generale i rapporti tra arbitro e giudice, ivi compresa l'eccezione di patto compromissorio*". Sulla base di tale criterio guida, il legislatore del 2006 ha introdotto, con il D.Lgs. n. 40 del 2 febbraio, gli articoli 817 e 819 *ter* c.p.c.. La prima disposizione attiene all'eccezione d'incompetenza e la seconda regola i rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria e devono essere descritte congiuntamente perché possono dirsi speculari, nel senso che attengono entrambe ai rapporti tra arbitrato e giudizio ordinario, ma la prima tratta la questione nell'ambito del giudizio

¹ Cfr., Capitolo I, paragrafo 1.2. ss..

arbitrale, mentre la seconda pone la propria attenzione sulla prospettiva del giudice ordinario.

Dalla lettura combinata delle disposizioni in esame si delinea il sistema delle c.d. “vie parallele” che sarà oggetto di analisi *infra* nel paragrafo 2.4., nonché, come si è detto, più approfonditamente, nel Capitolo III. Per questo motivo, nel presente paragrafo, si svolgerà una sintetica descrizione delle disposizioni introdotte dal legislatore del 2006, lasciando alla descrizione del sistema delle “vie parallele” l’analisi dei problemi connessi all’applicazione delle disposizioni in esame.

Per semplicità di lettura si ritiene di riportare il testo integrale delle due norme che verranno analizzate nel presente paragrafo.

Art. 817 c.p.c. (Eccezione d’incompetenza): *“Se la validità, il contenuto o l’ampiezza della convenzione d’arbitrato o la regolare costituzione degli arbitri sono contestate nel corso dell’arbitrato, gli arbitri decidono sulla propria competenza.*

Questa disposizione si applica anche se i poteri degli arbitri sono contestati in qualsiasi sede per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento. 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.

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.”.

Art. 819 *ter* c.p.c. (Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria): *“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 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. L’eccezione di incompetenza del giudice in ragione della convenzione di arbitrato deve essere proposta, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta. La mancata proposizione dell’eccezione esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio.*

Nei rapporti tra arbitrato e processo non si applicano regole corrispondenti agli articoli 44, 45, 48, 50 e 295.

In pendenza del procedimento arbitrale non possono essere proposte domande giudiziali aventi ad oggetto l'invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato.”.

Venendo all'analisi della prima disposizione, è, preliminarmente, opportuno osservare che, come si vedrà meglio *infra*, una parte della dottrina ha rilevato che il legislatore nell'art. 817 c.p.c. avrebbe fatto riferimento al concetto di competenza in modo atecnico. In questo senso tale qualificazione sistematica perseguirebbe l'unico fine di disattendere la teoria negoziale per cui la questione relativa al potere degli arbitri di giudicare la singola controversia sarebbe questione di merito e si giustificerebbe anche alla luce dell'introduzione della espressa equiparazione degli effetti del lodo a quelli della sentenza, avvenuta con l'art. 824 *bis* c.p.c., che sarà oggetto di analisi *infra* nel paragrafo 2.3.²

Quanto alle innovazioni contenute nell'attuale testo dell'art. 817 c.p.c., prima del 2006, l'articolo era costituito da un unico comma, corrispondente all'attuale terzo comma della disposizione. Il legislatore ha, dunque, aggiunto alla norma in esame una disciplina diretta a regolare il rapporto tra giudice ordinario e arbitri, dalla prospettiva del giudizio arbitrale, così come il principio c.d. *Kompetenz-Kompetenz* per cui gli arbitri hanno il potere di decidere sulla propria competenza in caso di contestazioni circa la validità, il contenuto o l'ampiezza della clausola arbitrale, così come circa la regolare costituzione del collegio arbitrale.

È stato rilevato che i casi presi in considerazione dal legislatore non possono dirsi omogenei, pur rientrando tutti nella categoria dei presupposti dell'arbitrato³.

Allo stesso modo, non sono omogenei i limiti temporali per la proposizione dell'eccezione di compromesso pena la non impugnabilità del lodo per tale motivo. In particolare, la parte che intenda eccepire l'inesistenza, l'invalidità o l'inefficacia

² L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, Commentario del codice di procedura civile a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2014, *Commento all'art. 817 c.p.c.*, 553 ss., spec. a 556. L'inquadramento dei rapporti tra arbitro e giudice in termini di competenza e il significato atecnico di tale qualificazione saranno oggetto di analisi critica *infra* nel Capitolo III.

³ L. SALVANESCHI, *op. cit.*, 559. Rileva la non omogeneità dei casi regolati dalla disposizione anche G. RUFFINI, *Commento all'art. 817 c.p.c.*, in *Le nuove leggi civ. comm.* 2007, 1307 ss.. Cfr., inoltre, E. OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri sui presupposti dell'arbitrato*, Torino, 2011, spec. a 67 ss..

della convenzione arbitrale lo deve fare “nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri”. La parte che, invece, voglia eccepire che le conclusioni delle altre parti esorbitano dai limiti della convenzione arbitrale lo deve fare “nel corso dell'arbitrato”. Ugualmente, “nel corso dell'arbitrato” deve essere proposta l'eccezione con riferimento al difetto di costituzione degli arbitri anche quanto al difetto di costituzione degli arbitri. Da ultimo, quanto alla non arbitrabilità della controversia, emerge dalla lettura della seconda parte dell'art. 817, comma 2, c.p.c. che questa può essere dedotta per l'intero giudizio e anche, per la prima volta, in sede di impugnazione per nullità⁴.

Proprio con riferimento a tali limiti temporali, molti sono i dubbi interpretativi che l'art. 817 c.p.c. lascia aperti, in relazione a quanto disposto dall'art. 829 c.p.c., secondo comma, che, in tema di impugnazione del lodo, dispone che “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”⁵.

⁴ L. SALVANESCHI, *op. cit.*, 560.

⁵ È evidente l'antinomia tra i limiti temporali prescritti dall'art. 829 c.p.c. e quelli individuati dall'art. 817 c.p.c. così come i problemi di tipo pratico che tale antinomia suscita. Nel tentativo di risolvere le problematiche sul punto, F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, Milano, 2006, 111 ss., spec. a 116 s., ha ritenuto di applicare in maniera estensiva il limite temporale di cui all'art. 829, comma 2, c.p.c. e ha affermato che anche l'esorbitanza della domanda avversaria dall'ambito della convenzione di arbitrato debba, a dispetto del dato letterale dell'art. 817 c.p.c. essere eccepita nella prima difesa successiva al momento in cui tale domanda è proposta. Nello stesso senso, E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, Milano, 2009, 109, ha ritenuto che il limite di decadenza della “prima difesa successiva” debba essere applicato anche alla ipotesi di irregolare costituzione dell'organo arbitrale. Cfr., inoltre, C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2008, 396, per cui il comma 2° dell'art. 829 c.p.c. “in un'ottica di massima protezione del lodo, vuole probabilmente imporre, in via generale, l'onere di eccepire l'invalidità attinente il procedimento arbitrale addirittura nella prima difesa o istanza utile, precisando così – per la fattispecie rispetto alle quali il dettato normativo si limiti a prescrivere la rilevazione, a pena di decadenza, durante l'intero corso dell'arbitrato – che la deduzione con cui la parte reagisce alla violazione della norma processuale dev'essere pressoché subitanea”.

In senso contrario, è da segnalare la posizione di L. SALVANESCHI, *op. cit.*, 561 che, pur sottolineando che “[...] in termini astratti, l'eccezione di inesistenza del patto arbitrale non è meno grave di quella di nullità della costituzione del collegio arbitrale e il diverso regime proposto per la prima rispetto alla seconda non sembra avere una logica”, ha concluso che

Quello che tuttavia maggiormente interessa ai fini del presente lavoro è che, con tale disposizione, il legislatore ha codificato nel nostro ordinamento il principio *Kompetenz-Kompetenz* e ha attribuito carattere di eccezione di incompetenza a quella proposta dinanzi agli arbitri per contestare, sulla base di differenti ragioni, il loro potere decisorio. Infatti, prima della codificazione di tale principio, si poneva il problema interpretativo di verificare se la cognizione degli arbitri potesse valutare la validità dell'accordo compromissorio⁶.

Venendo ora al contenuto dell'art. 819 *ter* c.p.c., la disposizione ha preso in considerazione molteplici aspetti del "*rapporto tra arbitri e autorità giudiziaria*". Il primo comma ha integralmente recepito il testo del previgente art. 819 *bis* c.p.c. per 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*".

Il legislatore italiano ha così scelto di mantenere il sistema delle c.d. "vie parallele", rinunciando a regolare preventivamente il rapporto tra giudizio ordinario e arbitrato in termini analoghi a quelli previsti dagli artt. 39 c.p.c.. Inoltre, l'art. 819 *ter* c.p.c. ha codificato, recependo l'indirizzo giurisprudenziale, anteriore alla c.d. "svolta negoziale" del 2000, che si è visto nel Capitolo I⁷, il principio per cui la

la preclusione della prima difesa utile, prevista dall'art. 829, comma 2, c.p.c. per "*la violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale*" sia una conseguenza "*troppo grave per essere collegata a norme così poco chiare*". Come conseguenza, l'Autrice ha ritenuto preferibile l'applicazione dei regimi differenziati sulla base del dato letterale dell'art. 817 c.p.c. così come dell'art. 829, comma 1, n. 2 c.p.c. relativo all'impugnazione per nullità del lodo quando "*gli arbitri non sono stati nominati con le forme e nei modi prescritti nei capi II e VI del presente titolo, purchè la nullità sia stata dedotta nel giudizio arbitrale*"⁵. Nello stesso senso, G. RUFFINI, *Commento all'art. 817 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Padova, 2010, 281 ss., spec. a 293 s., e Id. *Commento all'art. 817 c.p.c.*, in *Le nuove leggi civ. comm. cit.*, 1314 s..

⁶ Per una approfondita analisi della questione, cfr. F. DANOVI, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999, 101 ss., ove si sottolinea che, nel sistema previgente, veniva concordemente affermato che l'arbitro potesse conoscere dei presupposti della propria investitura qualora in discussione fosse la compromettibilità della materia a lui sottoposta (oppure i limiti dell'accordo arbitrale). Viceversa, la giurisprudenza e una parte della dottrina negavano la possibilità per gli arbitri di statuire sulla invalidità del patto compromissorio.

⁷ Nei paragrafi 1.2. ss., sulla tesi giurisdizionalista.

sentenza con la quale il giudice ordinario si pronuncia sulla propria competenza, in presenza di una convenzione di arbitrato, è impugnabile con il regolamento di competenza necessario o facoltativo.

Ancora, similmente a quanto previsto nell'art. 38 c.p.c. per il caso di eccezione di incompetenza per materia, valore e territorio, l'art. 819 *ter* c.p.c. dispone che l'eccezione di incompetenza del giudice ordinario “*in ragione della convenzione di arbitrato*” deve essere proposta, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta e la conseguenza di tale decadenza è l'esclusione della competenza arbitrale “*limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio*”.

La norma, sempre nella formulazione introdotta nel 2006, ha escluso, poi, espressamente l'applicazione di alcune disposizioni che regolano i rapporti di competenza tra giudici ordinari. In particolare, il secondo comma dell'art. 819 *ter* c.p.c. ha escluso l'applicazione ai rapporti tra arbitri e giudice degli artt. 44 e 45 c.p.c. sull'efficacia della pronuncia sulla competenza e sul conflitto negativo di competenza, dell'art. 48 c.p.c. sulla sospensione del processo in pendenza di regolamento di competenza, dell'art. 50 c.p.c. sulla *translatio iudicii*⁸ e dell'art. 295 c.p.c. sulla sospensione necessaria.

Come appare già dalla breve descrizione appena svolta, gli articoli 817 e 819 *ter* c.p.c. tracciano i confini di un sistema complesso sia dal punto di vista teorico, sia dal punto di vista della loro applicazione pratica e la trattazione dei problemi connessi a tale sistema normativo sarà oggetto, come si è detto, di approfondita analisi nel prosieguo.

⁸ La Corte costituzionale, con la sentenza n. 223 del 19 luglio 2013, edita, ad esempio, in *Riv. arb.* 2014, 81 ss., con commenti di M. BOVE, A. BRIGUGLIO, S. MENCHINI e B. SASSANI, *ivi*, 88 ss., ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di questo secondo comma della disposizione, nella parte in cui esclude l'applicabilità dell'art. 50 c.p.c. ai rapporti tra arbitrato e processo. Come si vedrà *infra* nel paragrafo 2.4. una parte della dottrina aveva già, prima di tale pronuncia, proposto di applicare in via analogica la *translatio iudicii* ai rapporti tra arbitrato e processo. La decisione della Corte costituzionale verrà esaminata, *infra*, nella prima Parte del Capitolo III e il regime della *translatio iudicii*, ora ammissibile, sarà oggetto di analisi nella Parte II del medesimo Capitolo.

2.3. L'EFFICACIA DEL LODO ARBITRALE: L'ARTICOLO 824 BIS C.P.C.

L'articolo 824 *bis* c.p.c., introdotto con la riforma del 2006, e attualmente vigente, prevede che “*salvo quanto disposto dall'art. 825, il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria*”.

La disposizione appena vista è frutto della richiesta al legislatore delegato, formulata con la legge delega del 14 maggio 2005, n. 80, all'art. 1, comma 3, lett. b)⁹, di razionalizzare la disciplina dell'arbitrato prevedendo “*che il lodo, anche non omologato, abbia gli effetti di una sentenza*”. Il legislatore del 2006 ha, dunque, inteso sopire il dibattito sulla efficacia del lodo che era stato rinvigorito dalla riforma del 1994 con la quale si era previsto che il lodo avesse “*efficacia vincolante tra le parti*” a partire dal momento della sua sottoscrizione¹⁰.

L'analisi della disposizione in esame sarà svolta, in un primo momento, descrivendo i filoni interpretativi che si sono sviluppati al riguardo e, in un secondo momento, le ricadute di tipo pratico che si producono, con l'accoglimento dell'una o dell'altra delle tesi prospettate, sulla questione dei limiti dell'efficacia del lodo.

a) Nell'interpretare la novità legislativa in esame, la dottrina ha seguito tre filoni principali: uno giurisdizionalista, uno negoziale e uno “intermedio”.

Nell'ambito della prima tesi, si è sottolineato che il dato letterale dell'art. 824 *bis* c.p.c., ora vigente, attribuirebbe “*indiscutibilmente*” al lodo, dotato di effetti del tutto analoghi a quella della sentenza del giudice togato, funzione pienamente giurisdizionale. Di conseguenza, l'arbitrato sembrerebbe finalmente divenuto strumento perfettamente alternativo rispetto al giudizio ordinario¹¹. In questo senso, oltre al dato letterale dell'art. 824 *bis* c.p.c. devono essere presi in considerazione, per attribuire al lodo gli effetti della sentenza, e la loro eventuale stabilità, anche

⁹ In G.U. n. 111 del 14 maggio 2005.

¹⁰ Per la descrizione del dibattito sull'efficacia del lodo all'esito della riforma del 1994, cfr. Capitolo I, paragrafi 1.2.3. e 1.3.3..

¹¹ In questo senso, si vedrà, nel Capitolo III, la recente giurisprudenza della Corte costituzionale, così come della Corte di cassazione che hanno assunto la perfetta alternatività dell'arbitrato rispetto al giudizio ordinario statale.

l'articolo 829, comma 1, n. 8 c.p.c. che consente l'impugnazione per nullità del lodo che sia “*contrario ad altro precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti*”, così come l'art. 819, comma 2, c.p.c. che stabilisce che “*su domanda di parte, le questioni pregiudiziali sono decise con efficacia di giudicato se vertono su materie che possono essere oggetto di convenzione di arbitrato [...]*”. Salvaneschi ha individuato in tali disposizioni gli indici indicatori per cui l'art. 824 *bis* c.p.c. deve essere letto nel senso che gli effetti del lodo e della sentenza sono oggi pienamente equiparabili e il lodo, così come la sentenza, può assumere, se non impugnato, la qualità di cosa giudicata sostanziale¹². Ugualmente a sostegno della tesi appena vista G.F. Ricci ha affermato che “*da qualunque punto di vista si voglia esaminare il problema, non v'è alcun elemento*

¹² L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, Commentario del codice di procedura civile a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2014, *Commento all'art. 824-bis c.p.c.*, 790 ss., spec. a 804. Oltre che nel dato letterale delle disposizioni appena richiamate, l'Autrice ha individuato alcuni argomenti di natura sistematica a sostegno della perfetta equipollenza tra arbitrato e giudizio ordinario: l'equiparazione, operata dal legislatore del 1994 e vista nel precedente Capitolo, degli effetti della domanda giudiziale a quelli della domanda di arbitrato quanto a prescrizione e a trascrizione della domanda; la possibilità, introdotta sempre nel 1994, all'art. 827 c.p.c., di impugnare il lodo arbitrale indipendentemente dall'*exequatur*; la possibilità, consacrata dall'art. 819 *quinques* c.p.c., dell'intervento e la chiamata di terzo nell'arbitrato, così come la previsione dell'applicazione all'arbitrato dell'art. 111 c.p.c. che regola la successione a titolo particolare nel diritto controverso; il potere, attribuito agli arbitri dall'art. 819 *bis* c.p.c. e identico a quello del giudice statale, di sollevare questioni di legittimità costituzionale; la regolamentazione, di cui all'art. 819 *ter* c.p.c., dell'andamento parallelo del procedimento arbitrale insieme con il giudizio ordinario, dotati dei medesimi effetti. Cfr., inoltre, E.F. RICCI, *La delega sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 2005, 951 ss., spec. a 953; S. MENCHINI e A. MOTTO, *commento all'art. 819 bis c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 328 ss., spec. a 340 s.; E. MARINUCCI, *Commento all'art. 824 bis c.p.c.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, (diretto da) L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA, Torino, 2014, 644 ss., spec. a 655 ss.. Si veda, anche, S. BOCCAGNA, *Sulle conseguenze dell'estinzione del giudizio di rinvio dopo cassazione della sentenza che abbia pronunciato sull'impugnazione per nullità del lodo*, in *Sull'arbitrato - Studi offerti a Giovanni Verde*, (a cura di) F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA, N. RASCIO, Napoli, 2010, 67 ss., spec. a 71, che ritiene che sia da preferire l'interpretazione dell'art. 824 *bis* c.p.c. “*che comporta una piena equiparazione effettuale del lodo (rituale) alla sentenza del giudice togato [...]*”. Nel senso di attribuire al lodo non più impugnabile effetti di cosa giudicata sostanziale, cfr., già all'esito della riforma del 1994, S. MENCHINI, *Sull'attitudine al giudicato sostanziale del lodo non più impugnabile non assistito da omologa giudiziale*, nota a Arb. unico, Roma, 22 ottobre 1997, in *Riv. arb.* 1998, 773 ss..

che possa tracciare, dal punto di vista oggettivo alcuna differenza fra lodo e sentenza”¹³.

Per quanto attiene al secondo filone interpretativo, quello puramente negoziale, non sono mancati in dottrina i contributi di coloro che, anche alla luce della riforma del 2006, hanno continuato a negare la giurisdizionalità dell’arbitrato a favore della natura intrinsecamente privata del fenomeno arbitrale. Tra i sostenitori della tesi negoziale, Fazzalari ha dubitato della legittimità costituzionale dell’art. 824 *bis* c.p.c. perché in contrasto con l’art. 102 Cost. dal momento che riconosce “*immediatamente al lodo «rituale» - volizione di privato, l’arbitro appunto - gli effetti propri della sentenza del giudice statale, al quale soltanto è costituzionalmente affidato l’esercizio della funzione giurisdizionale*”¹⁴.

Ancora, Punzi ha in più occasioni offerto una lettura della riforma dell’arbitrato e, in particolare dell’art. 824 *bis* c.p.c., che consentisse di tenere in vita la natura negoziale dell’intero fenomeno arbitrale¹⁵. In particolare, pur ammettendo che “*ad una prima lettura*” l’introduzione della norma in commento sembra chiudere “*anche il più piccolo spiraglio alla tesi della negozialità dell’arbitrato e del suo epilogo [...]*”¹⁶, l’Autore ha cercato di trovare, nella disciplina dell’arbitrato dettata dal legislatore del 2006, uno spiraglio per mettere in discussione quanto appare da tale prima lettura. Da questo punto di vista, è stato sottolineato che oltre ad aver introdotto gli articoli 824 *bis* e 819 *ter* c.p.c., che forniscono chiari indici della volontà giurisdizionalizzatrice del legislatore, quest’ultimo ha anche “*sentito la necessità*”¹⁷ di continuare a negare potere cautelare agli arbitri¹⁸, così come di specificare che questi ultimi non sono qualificati come pubblici ufficiali o incaricati

¹³ G.F. RICCI, *Ancora sulla natura e sugli effetti del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.* 2001, 165 ss., spec. a 177.

¹⁴ E. FAZZALARI, *Questione di legittimità costituzionale*, in *Riv. arb.* 2005, 661 ss., spec. a 663.

¹⁵ C. PUNZI, «*Efficacia di sentenza*» del lodo, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell’arbitrato*, Milano, 2006, 155 ss., Id., «*Efficacia di sentenza*» del lodo, in *Riv. arb.* 2005, 819 ss., Id., *Luci e ombre nella riforma dell’arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2007, 395 ss., spec. a 430 ss..

¹⁶ C. PUNZI, *Efficacia di sentenza*» del lodo, in *Riv. arb. cit.*, 828.

¹⁷ C. PUNZI, *op. ult. cit.*, 830.

¹⁸ Il riferimento è all’art. 818 c.p.c. che prevede che “*gli arbitri non possono concedere sequestri, né altri provvedimenti cautelari, salva diversa disposizione di legge*”.

di pubblico servizio¹⁹. Le disposizioni appena richiamate sarebbero, allora, frutto della consapevolezza che gli arbitri sono soggetti privati che svolgono la propria funzione decisoria, non perché “*investiti direttamente ed istituzionalmente dall’ordinamento*”, ma per volontà delle parti²⁰. In questo senso, la natura privata dell’arbitrato “*non è un che di estrinseco rispetto all’istituto né di meramente retorico, ma permea tutto il processo arbitrale, lodo compreso*”²¹. Come conseguenza di questa lettura, nella tesi di Punzi, gli effetti del lodo rimarrebbero puramente negoziali in ragione della impossibilità, per il lodo, “*di conseguire quella qualità o stabilità, consistente nella irretrattabilità dell’accertamento, che è propria dell’autorità dell’atto giurisdizionale passato in giudicato [...]*”²². La disposizione di cui all’art. 824 bis c.p.c. si spiegherebbe allora solamente riferendo gli effetti della sentenza unicamente al regime processuale del lodo. In tal senso gli effetti processuali del lodo sarebbero: la irrevocabilità e immodificabilità ad opera degli arbitri che lo hanno pronunciato, la sottrazione alle impugnazioni negoziali così come alla risoluzione per inadempimento e l’impugnabilità per mezzo delle impugnazioni processuali previste dal codice di procedura civile fin dal momento della sottoscrizione²³.

¹⁹ Il riferimento è al secondo comma dell’art. 813 c.p.c. che recita “*agli arbitri non compete la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio*”.

²⁰ C. PUNZI, *op. loc. ult. cit.*

²¹ C. PUNZI, *op. ult. cit.*, 831.

²² C. PUNZI, «*Efficacia di sentenza*» del lodo cit., 839. Cfr. Id., *Luci e ombre* cit., 430, che ha attribuito rilevanza, per giungere a negare la possibilità per il lodo di produrre effetti di cosa giudicata, al fatto che l’art. 824 bis c.p.c. menzioni gli “effetti” della sentenza, ma non la “forza” o “l’autorità” del giudicato. Per circostanziare tale argomento di tipo letterale, l’Autore richiama E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1981, 400 ss. con riferimento alla distinzione concettuale tra l’efficacia della sentenza, coincidente con l’imperatività del concreto provvedimento di tutela giurisdizionale, e l’autorità della cosa giudicata, che sarebbe una qualità degli effetti della sentenza e, segnatamente, la qualità della immutabilità e incontrovertibilità dell’accertamento contenuto nella pronuncia giudiziale.

²³ C. PUNZI, *op. ult. cit.*, 840 che, a sua volta, richiama, con riferimento all’efficacia del lodo all’esito della riforma del 1994, G. RUFFINI, *Efficacia di sentenza del lodo arbitrale ed impugnazione incidentale per nullità*, nota a Cass., Sez. I, 16 maggio 2000, n. 6291, in *Riv. arb.* 2000, 465 ss., che sottolinea a 470 s. che “*l’inidoneità del lodo ad acquisire autorità di cosa giudicata materiale non esclude peraltro che lo stesso, costituendo pur sempre la decisione di una controversia resa, a seguito di un giudizio, nel corso o al termine*

Alle letture della disposizione in esame viste finora, e cioè quella giurisdizionale e quella negoziale, si è affiancata, come si è detto, anche una interpretazione “intermedia”, che, ha letto la riforma del 2006 nel senso di attribuire al lodo effetti analoghi a quelli della sentenza, pur mantenendone l’intrinseca differenza dal punto di vista della natura. In tal senso si è espresso La China che ha affermato, appunto, che *“proprio in quanto il lodo non è sentenza è stata necessaria una espressa e positiva statuizione per attribuirgliene tuttavia non tutti gli effetti, ma vista la riserva di cui all’inciso iniziale [dell’art. 824 bis c.p.c.], solo taluni effetti”*²⁴. Secondo questa tesi, dunque, da un lato, il lodo manterrebbe la natura di atto privato, dall’altro lato, gli sarebbero attribuibili solamente alcuni effetti tipici della sentenza, ma non tutti, in ragione della riserva *“salvo quanto disposto dall’art. 825 c.p.c.”* quanto alla disciplina del deposito del lodo al fine di ottenere *l’exequatur*. In senso sostanzialmente analogo si è espresso anche Luiso: *“la qualificazione dell’attività arbitrale come attività «giurisdizionale» può essere accettata solo in senso contenutistico”* e ancora che *“[...] si può aderire a quella parte della dottrina che parla appunto di giurisdizione «privata»: laddove l’aggettivo rende palese che l’attività arbitrale non può in alcun modo essere fatta rientrare nell’art. 102 Cost. [...]. Ciò non significa, ovviamente, che i medesimi risultati i quali [...] sono riservati alla magistratura non possano dalla legge essere attribuiti anche ad attività non autoritative”*²⁵.

b) Naturalmente, l’adesione all’una o all’altra delle tre opinioni ora esaminate, comporta rilevanti conseguenze di tipo pratico. Infatti, ognuna delle tesi che si sono viste sul significato da attribuire all’art. 824 bis c.p.c. determina

di «un processo i cui limiti, i cui requisiti, le cui garanzie sono fissate dallo stesso codice di rito»”.

²⁴ S. LA CHINA, *L’arbitrato*, Milano, 2007, 210. Come si è visto *supra* nel Capitolo I al paragrafo 1.3.3. aveva aderito alla tesi, all’indomani della riforma del 1994, L. MONTESANO, *Sugli effetti del nuovo lodo arbitrale e sulle funzioni della sua «omologazione»*, in *Riv. trim dir. proc. civ.* 1994, 821 s., che aveva visto nella riforma l’intenzione del legislatore di *“recepire quelle opinioni dottrinali che attribuiscono al lodo efficacia ma non natura di sentenza”*.

²⁵ F.P. LUISO, *L’articolo 824-bis c.p.c.*, in *Riv. arb.* 2010, 235 ss., spec. a 237.

inevitabilmente importanti ricadute sulla questione dei limiti degli effetti del lodo, da indagare prendendo le mosse dalle teorie sui limiti giudicato.

Per quanto attiene ai limiti soggettivi dell'efficacia del lodo, per i sostenitori della tesi giurisdizionale (per cui il lodo è del tutto equiparabile alla sentenza) tale equiparazione opera anche, *ex art. 824 bis c.p.c.*, con riferimento agli effetti riflessi nei confronti dei terzi²⁶. A questa conclusione è giunta anche altra parte della dottrina facendo riferimento ad argomenti di sistema. In particolare, la possibilità che il lodo, come la sentenza, produca efficacia nei confronti dei terzi non discenderebbe, di per sé, dal dato testuale dell'*art. 824 bis c.p.c.*, ma sarebbe desumibile dalla previsione di cui all'*art. 816 quinquies c.p.c.*, che estende al giudizio arbitrale l'applicazione dell'*art. 111 c.p.c.* e ammette sempre l'intervento *ad adiuvandum*, così come dall'*art. 831 c.p.c.*, sull'opposizione di terzo²⁷. In tal senso, D'Alessandro ha sottolineato che anche a seguito dell'introduzione dell'*art. 824 bis c.p.c.*, “*vi è comunque da fare i conti*” con il principio, deducibile dagli *artt. 24 e 111 Cost.* per cui la cosa giudicata ha, di regola, efficacia tra le parti²⁸. A superare tale principio generale concorrerebbero, allora, da un lato, l'applicazione al procedimento arbitrale della disposizione eccezionale sulla successione a titolo particolare nel diritto controverso (*art. 111 c.p.c.*), così come, dall'altro lato, la possibilità *ex art. 831 c.p.c.* di proporre avverso il lodo l'opposizione di terzo²⁹.

Viceversa, i sostenitori della tesi negoziale, muovendo dalla impossibilità del lodo di vedersi riconosciuta l'autorità di cosa giudicata sostanziale, hanno sottolineato che il lodo non sarebbe mai idoneo a produrre effetti nei confronti dei terzi. Sul punto, Punzi ha chiarito che tale conclusione deriverebbe, da un lato, dalla

²⁶ L. SALVANESCHI, *op. ult. cit.*, 811. Sul punto, si veda anche G.F. RICCI, *op. cit.*, 183 che ha rinvenuto la distinzione tra arbitrato rituale e irrituale nell'attitudine, propria solamente del primo, al passaggio in giudicato con la conseguenza non solo dell'irretrattabilità della decisione ma anche dell'attitudine “*a produrre effetti anche nella sfera dei terzi, del tutto assente nel lodo irrituale*”. Sulla tesi dell'efficacia riflessa del giudicato verso i terzi, cfr. per tutti S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, Torino, 2002, 200 ss.

²⁷ Per l'analisi dei problemi relativi all'intervento dei terzi nel procedimento arbitrale, cfr. per tutti M. BOVE, *La giustizia privata*, Padova, 2015, 173 ss..

²⁸ E. D'ALESSANDRO, *Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell'art. 824-bis c.p.c.*, in *Riv. arb.* 2007, 529 ss., spec. a 545 s..

²⁹ E. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 546 s..

“fonte privata da cui promana la decisione”, dall’altro, dalla estraneità dei terzi rispetto al patto compromissorio³⁰.

Sempre con riferimento ai limiti soggettivi degli effetti del lodo arbitrale, deve essere, poi, segnalata la posizione di Luiso, che ha ritenuto di aderire alla dottrina che ha attribuito al lodo natura negoziale, negandone la natura autoritativa e, quindi, la funzione giurisdizionale, ma ha criticato tale dottrina quanto all’assunto che “la sentenza possa avere effetti maggiori di quelli del lodo”.

La critica dell’Autore prende le mosse dalla considerazione per cui “*in realtà la sentenza non ha effetti maggiori di un contratto che abbia risolto la stessa controversia: né in ordine alla «tenuta» rispetto allo ius superveniens, né in ordine ai rapporti pregiudiziali o dipendenti da quello oggetto di decisione, né nei confronti dei terzi*”³¹. In altre parole, l’Autore ha ritenuto che non sussista una differenza, quanto ad effetti tra contratto, lodo e sentenza, che si differenzierebbero solamente quanto a presupposti e disciplina per concludere che “*se un atto non autoritativo quale il contratto [...] ha i medesimi effetti della sentenza, allora anche il lodo, pur essendo un atto provato e non pubblico, può avere gli stessi effetti della sentenza*”³².

Così tracciata la complessa questione dei limiti soggettivi dell’efficacia del lodo nei confronti dei terzi, deve essere menzionata la questione relativa alla efficacia del lodo tra le parti. Per i sostenitori della tesi per cui il lodo produce effetti di cosa giudicata, la naturale conseguenza di tali effetti è che il lodo sia vincolante nei successivi giudizi, arbitrali o statali, aventi per oggetto la medesima situazione sostanziale ovvero una situazione sostanziale incompatibile con la decisione divenuta

³⁰ C. PUNZI, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, II, Padova, 2012, 418. Nello stesso senso, cfr. E. ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell’arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 2006, 251 ss., spec. a 268 che sottolinea che “*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. È chiaro allora che quando si passa dalla generica affermazione di una equivalenza di effetti alla loro concreta determinazione questa realtà torna prepotentemente ad imporsi all’interprete il quale non può accontentarsi di mere formule*”.

³¹ F.P. LUISO, *op. ult. cit.*, 247 s. Il riferimento è alla teoria dell’efficacia della sentenza verso i terzi elaborata dall’Autore per l’analisi della quale si rinvia a F.P. LUISO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso i terzi*, Milano, 1981.

³² F.P. LUISO, *L’articolo 824-bis cit.*, 248.

irrevocabile³³. Quale ulteriore corollario, la portata oggettiva del lodo non si dovrebbe estendere ai diritti che siano in rapporto di pregiudizialità tecnica rispetto a quello dedotto in arbitrato e che siano stati conosciuti dagli arbitri *incidenter tantum* al solo scopo di decidere del diritto oggetto del processo arbitrale³⁴. Ancora, qualora, invece sia dedotto durante il processo arbitrale un effetto derivante da un rapporto giuridico fondamentale, l'efficacia di accertamento del lodo dovrebbe estendersi anche al rapporto che sia "antecedente logico necessario" della decisione, quantomeno quando tale rapporto sia riconducibile all'ambito oggettivo di operatività della convenzione di arbitrato³⁵.

Quanto, poi, ai limiti temporali dell'efficacia del lodo, dall'assunto per cui il lodo avrebbe autorità di cosa giudicata consegue che dovrebbe operare il principio della preclusione del dedotto e del deducibile³⁶. Ulteriore conseguenza della assimilazione degli effetti del lodo non più impugnabile a quelli della sentenza è che, come la sentenza passata in giudicato, il lodo resiste allo *ius superveniens* retroattivo, così come alla pronuncia di incostituzionalità³⁷.

³³ L. SALVANESCHI, *op. cit.*, 812, nonché E. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 543. Sul punto, cfr. G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, Napoli, 2012, 225 ss. che ritiene, invece, che l'efficacia del lodo tra le parti sia da determinare sulla base del suo carattere di atto di autonomia privata.

³⁴ E. D'ALESSANDRO, *op. loc. ult. cit.*.

³⁵ E. D'ALESSANDRO, *op. ult. cit.*, 544, che richiama, a sua volta, M. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in M. BOVE e C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006, 57 ss., spec. a 92. Si veda, inoltre, S. BOCCAGNA, *Commento all'art. 824 bis c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. CONSOLO, III, Milano, 2010, 1964 ss., spec. a 1969 che sottolinea che tale conclusione dovrebbe essere pacifica quando il giudizio arbitrale venga instaurato sulla base di una clausola compromissoria, ove, cioè, un intero rapporto risulti compreso nell'ambito della convenzione di arbitrato. Viceversa, in caso di stipulazione di compromesso la volontà compromissoria delle parti è spesso circoscritta a singole pretese e, per questo, non potrebbe aversi l'estensione dell'autorità di giudicato sul rapporto giuridico fondamentale.

³⁶ E. D'ALESSANDRO, *op. ult. cit.*, 547.

³⁷ L. SALVANESCHI, *op. loc. ult. cit.*, 813; D'ALESSANDRO, *op. loc. ult. cit.*, 547; S. BOCCAGNA, *op. cit.*, 1967. Cfr., inoltre, F.P. LUISSO, *op. cit.*, 238 ss., che, muovendo dalla considerazione che i contratti che hanno come causa la risoluzione di una controversia resistono, a differenza degli altri contratti, allo *ius superveniens*, ha sottolineato che non vi è alcun ostacolo ad ammettere che il lodo, nonostante abbia natura di contratto, si ponga in rapporto con lo *ius superveniens* esattamente come la sentenza.

Giunti così al termine di questo paragrafo, pare opportuno manifestare, anche al fine di porre le necessarie premesse per lo svolgimento del lavoro, adesione all'indirizzo interpretativo giurisdizionale. Appaiono, infatti, dirimenti, in tal senso, oltre alle argomentazioni riassunte *supra sub a)*, sia i dati normativi, introdotti dal legislatore del 2006, sia la lettura del sistema che ne è scaturito. Come corollario, si aderisce, inoltre, alla tesi che attribuisce al lodo non più impugnabile l'autorità di cosa giudicata e sulla base di questi presupposti saranno analizzati i profili problematici che ci si è riproposti di trattare nel successivo Capitolo.

2.4. IL SISTEMA DELLE "VIE PARALLELE". CENNI E RINVIO

Il legislatore del 2006, pur avendo fornito all'interprete quelle che si sono considerate delle conferme definitive sulla natura del fenomeno arbitrale e, di conseguenza, sugli effetti del lodo, non è, tuttavia, intervenuto rispetto al problema della contemporanea pendenza di un giudizio ordinario e di un arbitrato aventi il medesimo oggetto. In questo senso, si può dire che il legislatore ha rinunciato a regolare compiutamente il rapporto tra l'arbitrato e il giudizio ordinario tramite una regola analoga a quella della litispendenza prevista dall'art. 39 c.p.c. e ha, dunque, lasciato in vita il sistema delle c.d. "vie parallele".

Tale sistema è sempre stato quello preferito dal legislatore italiano nel senso che un vero e proprio coordinamento tra arbitrato e giudizio ordinario non esisteva nel codice del 1940 e la questione non era stata oggetto di intervento riformatore nel 1983 e neppure nel 1994³⁸.

Come si è visto sopra, il legislatore del 2006 ha introdotto, al primo comma dell'art. 819 *ter* c.p.c. la disposizione per cui "*la competenza degli arbitri non è*

³⁸ F.P. LUISO, *Rapporto fra arbitro e giudice* cit., 126, ha segnalato che l'opinione assolutamente dominante, già prima dell'ultima riforma dell'arbitrato, era nel senso che, in carenza di disciplina specifica, dovesse ritenersi operante nel nostro ordinamento il sistema delle vie parallele. In tal senso, infatti, cfr. E.F. RICCI, *L'arbitrato di fronte alla litispendenza giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.* 2000, 500 ss., spec. a 508, ove sottolinea che "*è inevitabile prendere atto che l'art. 39 c.p.c. o non si applica affatto o si applica nei due sensi*".

esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice, nè dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice” e al terzo comma della medesima norma la disposizione per cui “in pendenza del procedimento arbitrale non possono essere proposte domande giudiziali aventi ad oggetto l’invalidità o inefficacia della convenzione di arbitrato”.

Inoltre, l’art. 817 c.p.c. attribuisce oggi agli arbitri il potere di decidere sempre della propria competenza, con la specificazione, di cui al secondo comma della norma, che tale potere sussiste “*anche se i poteri degli arbitri sono contestati in qualsiasi sede per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento*”.

Una interpretazione strettamente letterale sembrerebbe suggerire, allora, che il legislatore abbia inteso coordinare il rapporto tra arbitrato e giudizio ordinario secondo la regola della c.d. “litispendenza zoppa” o “a senso unico”³⁹, precludendo solamente al giudice, una volta pendente l’arbitrato, di conoscere e decidere la medesima lite, attribuendo solo agli arbitri il potere di decidere sempre della propria competenza.

Questo modello, pur conforme al dato letterale, ma, come si vedrà nel prosieguo, rifiutato dalla dottrina prevalente per ragioni sistematiche, era stato prospettato dalla Corte di cassazione con due decisioni rispettivamente del 1996⁴⁰ e del 1997⁴¹.

Con la sentenza del 1996, la Corte di cassazione si era pronunciata su un regolamento di competenza richiesto per impugnare una sentenza del Tribunale di Milano, adito in pendenza di un giudizio arbitrale, con la quale il giudice ordinario dichiarava la propria incompetenza per essere la controversia devoluta in arbitrato. Cogliendo l’occasione fornita dal caso di specie, la Corte di cassazione aveva indagato i rapporti tra arbitrato e processo ordinario, in caso di contestazione della

³⁹ L’espressione è di C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario (evoluzione e problemi irrisolti)*, in *Riv. arb.* 1998, 659 ss., spec a 675.

⁴⁰ Cass., Sez. I, 8 luglio 1996, n. 6205, in *Riv. arb.* 1997, 325 ss., con nota di R. VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale a giudicare della propria competenza*, *ivi*, 329 ss., in *Corr. giur.* 1996, 1007 ss., con nota di V. CARBONE, *ivi*, 1009 ss.; in *Giur. it.*, 1997, I, 623 ss., in *Giust. civ.* 1996, I, 2842 ss.

⁴¹ Cass., Sez. I, 7 aprile 1997, n. 3001, in *Riv. arb.* 1997, 515 ss., con nota di F.P. LUISO, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, *ivi*, 518 ss., in *Giust. civ.* 1997, I, 2451 ss., con nota di D. GIACOBBE, *Questioni di litispendenza tra giudizio ordinario e giudizio arbitrale*, *ivi*, 2453 ss..

validità dell'accordo compromissorio, tentando di superare il principio delle c.d. "vie parallele"⁴². In particolare, la Corte aveva osservato che, in generale, è escluso, tra arbitrato e giudizio ordinario, il coordinamento preventivo della litispendenza⁴³, ma deve essere preso in considerazione il fatto che *"il principio secondo il cui ogni giudice è giudice della propria competenza non opera con i medesimi effetti se la questione di competenza sorge anteriormente alla costituzione del collegio arbitrale ovvero dopo la sua costituzione"*⁴⁴. Nel primo caso, il giudice adito, dinanzi al quale venisse eccepita la sussistenza di un accordo arbitrale, sarebbe *"tenuto a pronunciarsi sulla propria competenza, declinandola a favore degli arbitri, ovvero dichiarandola e pronunciando nel merito"*⁴⁵. Viceversa, nel secondo caso, qualora il collegio arbitrale sia già stato investito della controversia, il giudice eventualmente adito per secondo dovrebbe *"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 in ordine all'esistenza e al valido conferimento della potestas iudicandi [...] degli arbitri, ai quali resta attribuita in via esclusiva la verifica dei propri poteri"*⁴⁶. La soluzione così prospettata, nel secondo caso appena descritto, per "correggere" il sistema delle vie parallele, seppur dotata di *"ingegnosità innegabile [...] si risolve, sostanzialmente in un'applicazione del meccanismo della prevenzione"*⁴⁷.

⁴² La stessa Cass. civ., Sez. I, 8 luglio 1996, n. 6205 (in *Riv. arb. cit.*, 328) ha chiarito che il proprio tentativo era volto ad evitare che, in ragione del principio delle vie parallele, le parti si trovassero contemporaneamente vincolate da un lodo e da una sentenza difformi, con un evidente problema di decisioni di merito confliggenti.

⁴³ Né, secondo la Corte, per la soluzione al conflitto tra giudizio ordinario e arbitrato potrebbe essere invocato il rimedio dell'impugnazione per nullità del lodo ex art. 829, comma 1, n. 8 c.p.c. per il caso del lodo contrario a precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti dal momento che tale rimedio sarebbe utilizzabile solamente nel caso in cui la sentenza fosse passata in giudicato prima che il lodo acquistasse definitività e tale ipotesi è quantomeno residuale *"attesa la diversa durata dei due procedimenti"*. Ugualmente, non potrebbe essere invocato, per risolvere la questione, il motivo di revocazione di cui all'art. 395, n. 5, c.p.c., perché tale norma *"è chiamata a dirimere un conflitto di giudicati e non quello tra una sentenza passata in giudicato e un lodo non impugnato e non più impugnabile"*.

⁴⁴ Cass. civ., Sez. I, 8 luglio 1996, n. 6205, *loc. ult. cit.*.

⁴⁵ Cass. civ., Sez. I, 8 luglio 1996, n. 6205, *loc. ult. cit.*.

⁴⁶ Cass. Sez. I. civ., 8 luglio 1996, n. 6205, *loc. ult. cit.*.

⁴⁷ R. VACCARELLA, *op. cit.*, 330 s..

Sulla base di un principio analogo si era poi pronunciata nel 1997 la Corte di cassazione, per la decisione di un regolamento di competenza avverso una sentenza non definitiva con la quale il Tribunale di Milano si era dichiarato competente per la risoluzione di una controversia già devoluta in arbitrato. In tale occasione la Suprema Corte aveva richiamato il ragionamento svolto nella sentenza n. 6205 del 1996, appena vista, per affermare che *“rilevata la pendenza del giudizio arbitrale, il giudice adito deve limitarsi a dichiarare improponibile o improseguibile l’azione, astenendosi da ogni accertamento in ordine alla esistenza e alla validità dell’accordo compromissorio che ha conferito agli arbitri la potestas iudicandi [...], poiché solo a questi ultimi è riservata in via esclusiva la preventiva verifica dei propri poteri [...]”*⁴⁸. Con tale decisione, ancora una volta, la Cassazione aveva dunque utilizzato il meccanismo della prevenzione per istituire un coordinamento preventivo tra giudizio ordinario e arbitrato, ma solamente quando il primo giudizio instaurato fosse quello arbitrale.

Come si è accennato *supra*, una lettura piana degli articoli 817 e 819 *ter* c.p.c. così come modificati dal legislatore del 2006, lascerebbe pensare che quest’ultimo abbia inteso codificare un sistema di coordinamento del tipo di quello appena descritto con l’analisi delle due sentenze del 1996 e del 1997.

Tuttavia, la dottrina prevalente ha riaffermato, anche dopo il 2006, la prevalenza del sistema delle vie parallele. Gli argomenti posti a fondamento di tale opinione sono da rinvenire nella lettura in combinato disposto dei commi primo e terzo dell’art. 819 *ter* c.p.c..

Che la competenza degli arbitri non sia esclusa dalla previa pendenza della medesima causa davanti al giudice ordinario è chiaramente stabilito dalla prima disposizione richiamata. Che, viceversa, la competenza del giudice ordinario non sia esclusa dalla previa pendenza della medesima causa davanti agli arbitri è da verificare alla luce del terzo comma dell’art. 819 *ter* c.p.c.. Tale disposizione vieta che, pendente un procedimento arbitrale, vengano proposte domande giudiziali aventi ad oggetto l’invalidità dell’accordo arbitrale. Tuttavia, nulla viene detto con riferimento alle domande giudiziali che abbiano ad oggetto la medesima questione di merito rispetto alla causa pendente in arbitrato. In questo senso, si può dire che il

⁴⁸ Cass., Sez. I civ., 7 aprile 1997, n. 3001, in *Riv. arb. cit.*, 517 s..

principio della parallela pendenza del giudizio arbitrale, instaurato per primo, e del giudizio ordinario è escluso dal legislatore solo nel caso in cui il giudizio ordinario sia volto all'ottenimento di una pronuncia, autonoma rispetto alla causa di merito, sulla validità dell'accordo arbitrale.

Stando così le cose, una puntuale lettura di sistema dell'art. 819 *ter* c.p.c. conferma che il sistema delle vie parallele deve essere ritenuto vigente “*anche qualora la decisione di merito del giudice implichi la necessità di cognizione in via incidentale della validità o dell'efficacia della convenzione di arbitrato*”⁴⁹.

Oltre all'argomento sistematico appena esposto, è stato sottolineato che un coordinamento tra arbitrato e giudizio ordinario in applicazione del principio della litispendenza a senso unico non sarebbe adottabile perché “*non vi è alcuna ragione per differenziare il trattamento della contemporanea pendenza dei due giudizi a seconda della circostanza, del tutto estemporanea, di quale dei due sia iniziato prima*”⁵⁰.

Così individuata la piena applicabilità del sistema delle vie parallele nel nostro ordinamento, si rinvia *infra* al Capitolo III per una compiuta analisi delle conseguenze di tipo applicativo che da tale sistema derivano.

⁴⁹ L. SALVANESCHI, *Commento all'art. 817 c.p.c.* cit., 581. Nello stesso senso, cfr. G. RUFFINI, *Commento all'art. 817 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *cit.*, 377. Del medesimo avviso, anche F.P. LUISO, *op. ult. cit.*, 127, che sottolinea come il legislatore italiano non ha adottato un sistema simile a quello francese, in cui, *ex art.* 1485 c.p.c. la pendenza del procedimento arbitrale comporta, di per sé, l'incompetenza del giudice ordinario sulla base della accezione negativa del principio *Kompetenz-Kompetenz*. Sul punto, cfr. per tutti J.D.M. LEW, L.A. MISTELIS, S.M. KROLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, L'Aia, 2003, 347 con i riferimenti giurisprudenziali ivi citati. F.P. LUISO, *op. ult. cit.* 128 individua, inoltre, quale argomento sistematico per completare il sistema delle vie parallele quello della espressa esclusione, per opera dell'art. 819 *ter*, comma 2, c.p.c. che stabilisce la non applicazione, ai rapporti tra processo arbitrale e giurisdizionale di norme corrispondenti agli artt. 44, 45, 48 e 50 c.p.c.. Per un approfondimento sulla disposizione appena richiamata si rinvia ai paragrafi 3.1.1. e 3.2. del Capitolo III.

⁵⁰ L. SALVANESCHI, *op. ult. cit.*, 583.

2.5. IPOTESI DI APPLICAZIONE ANALOGICA DEL REGIME DELLA *TRANSLATIO IUDICII* TRA GIUDICE ORDINARIO E ARBITRI

La Corte costituzionale si è pronunciata nel 2013 con riferimento alla *translatio iudicii* tra giudizio ordinario e arbitrato, dichiarando incostituzionale l'art. 819 *ter* c.p.c. nella parte in cui prevede che “*nei rapporti tra arbitrato e processo non si applicano regole corrispondenti all'art. 50*”, ma lasciando in vita il divieto di applicazione degli articoli 44, 45, 48 e 295 c.p.c..

Tuttavia, anche prima della pronuncia appena menzionata, la questione della *translatio iudicii* tra arbitrato e giudizio ordinario era stata oggetto di analisi da parte della dottrina e della giurisprudenza. In particolare, con riferimento al sistema risultante dalla riforma dell'arbitrato del 1994, Acone aveva analizzato nel dettaglio le conseguenze derivanti dalla qualificazione del rapporto tra arbitrato e giudizio ordinario in termini di competenza, affrontando anche il tema della *translatio iudicii* e definendolo “*il punto di più forte crisi del regime della «competenza» arbitrale con il sistema delle norme sulla competenza degli artt. 42 ss.*”⁵¹. L'Autore, muovendo dall'adesione alla teoria giurisdizionale dell'arbitrato, metodo di risoluzione delle controversie ormai innegabilmente alternativo rispetto al giudizio ordinario dopo la riforma del 1994, ha inquadrato i rapporti tra giudice e arbitri in termini di competenza e ha esposto le conseguenze di tale qualificazione con riferimento all'esperibilità del regolamento di competenza avverso il lodo degli arbitri, così come alla possibilità della *translatio iudicii*.

Con riferimento al primo punto, Acone ha sottolineato che “*configurando il rapporto arbitri-giudice ordinario in termini di «competenza», essendo, oggi più che ieri indiscutibile che quanto al regime giuridico il lodo sia equiparato alla sentenza, non può non conseguirne sia l'impugnabilità del lodo con l'istanza di regolamento, sia il vincolo della pronuncia della Corte per gli arbitri [...]*”⁵².

Uguualmente, con riferimento al secondo punto, quello relativo alla *translatio iudicii*, il fulcro interpretativo posto in luce dall'Autore è quello della efficacia del lodo. In questo senso, la tesi di Acone può essere così esplicitata: posto che il lodo,

⁵¹ M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, in *Riv. arb.* 1996, 239 ss., spec. a 245.

⁵² M. ACONE, *op. ult. cit.*, 262.

dopo la riforma del 1994, è del tutto assimilabile alla sentenza, allora è sicuramente in grado di indicare come competente il giudice ordinario e, a seguito di tale decisione, non si vedono ragioni logiche perché sia impedita la *translatio iudicii*, come accade nel caso di difetto di competenza di un giudice togato. Nello stesso senso la pronuncia declinatoria di competenza da parte del giudice ordinario sarebbe in grado di vincolare la competenza degli arbitri⁵³.

Con l'avvento della riforma del 2006, tuttavia, il legislatore ha inteso prendere posizione sulla *translatio iudicii* tra giudice ordinario e arbitri escludendo l'applicabilità di una "*regola corrispondente*" a quella contenuta nell'art. 50 c.p.c.. In tal senso, da un lato, il legislatore della riforma ha espressamente inquadrato il rapporto tra giudice ordinario e arbitri in termini di competenza e, dall'altro lato, ha escluso l'applicazione della disposizione che nel nostro ordinamento regola le conseguenze, quanto alla *translatio*, del difetto di competenza, lasciando spazio, così, a rilevanti problemi di tipo teorico e pratico, soprattutto con riferimento alla caducazione degli effetti della domanda giudiziale proposta dinanzi ad un organo incompetente.

La norma così formulata non è stata accolta con favore dalla dottrina, che ha segnalato che "*senza la translatio iudicii tra i due giudizi, insomma, è evidente che non si può continuare [...]. Occorre quindi assolutamente addivenire a una soluzione che consenta la conservazione degli effetti della domanda per il caso di declinatoria del potere decisorio pronunciata dall'organo adito anche nei rapporti tra arbitro e giudice*"⁵⁴.

A fronte dello sfavore per l'esclusione dell'applicazione dell'art. 50 c.p.c. ai rapporti tra arbitri e giudice, una parte della dottrina ha suggerito un'applicazione analogica, a tali rapporti, dell'art. 59 della legge 18 giugno 2009, n. 69⁵⁵, norma complessa, dettata per regolare la *translatio iudicii* all'esito della declinatoria di giurisdizione, della quale si ritiene qui utile, per facilità di lettura, riportare il testo integrale: "*il giudice che, in materia civile, amministrativa, contabile, tributaria o di giudici speciali, dichiara il proprio difetto di giurisdizione indica altresì, se esistente, il giudice nazionale che ritiene munito di giurisdizione. La pronuncia sulla*

⁵³ M. ACONE, *op. ult. cit.*, 263 s..

⁵⁴ Così, L. SALVANESCHI, *Translatio iudicii a senso unico nei rapporti tra arbitro e giudice?*, nota a Cass. civ., Sez. VI, 6 dicembre 2012, n. 22002, in *Riv. dir. proc.* 2013, 1151 ss., spec. a 1154.

⁵⁵ In G.U., 19 giugno 2009, n. 140.

giurisdizione resa dalle sezioni unite della Corte di cassazione è vincolante per ogni giudice e per le parti anche in altro processo.

Se, entro il termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della pronuncia di cui al comma 1, la domanda è riproposta al giudice ivi indicato, nel successivo processo le parti restano vincolate a tale indicazione e sono fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali che la domanda avrebbe prodotto se il giudice di cui è stata dichiarata la giurisdizione fosse stato adito fin dall'instaurazione del primo giudizio, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute. Ai fini del presente comma la domanda si ripropone con le modalità e secondo le forme previste per il giudizio davanti al giudice adito in relazione al rito applicabile.

Se sulla questione di giurisdizione non si sono già pronunciate, nel processo, le sezioni unite della Corte di cassazione, il giudice davanti al quale la causa è riassunta può sollevare d'ufficio, con ordinanza, tale questione davanti alle medesime sezioni unite della Corte di cassazione, fino alla prima udienza fissata per la trattazione del merito. Restano ferme le disposizioni sul regolamento preventivo di giurisdizione.

L'inosservanza dei termini fissati ai sensi del presente articolo per la riassunzione o per la prosecuzione del giudizio comporta l'estinzione del processo, che è dichiarata anche d'ufficio alla prima udienza, e impedisce la conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda.

In ogni caso di riproposizione della domanda davanti al giudice di cui al comma 1, le prove raccolte nel processo davanti al giudice privo di giurisdizione possono essere valutate come argomenti di prova”.

In particolare, l'applicazione di questa disposizione al rapporto tra giudice e arbitri è stata suggerita da Verde, nel tentativo di “salvare” l'art. 819 *ter* c.p.c. da “*un non infondato sospetto di incostituzionalità*”⁵⁶. In questo senso, l'applicazione della norma richiamata poco sopra al rapporto tra giudice e arbitri avrebbe avuto il fine di onorare l'effettività della tutela e di tenere in considerazione la funzione esercitata dagli arbitri⁵⁷.

⁵⁶ G. VERDE, *Ancora sulla pendenza del procedimento arbitrale*, in *Riv. arb.* 2009, 219 ss., spec. a 226.

⁵⁷ G. VERDE, *op. ult. cit.*, 223 s..

Nello stesso senso, si è espresso Bove che ha sottolineato che l'applicazione analogica dell'art. 59 della L. 69/2009 avrebbe consentito di *“trovare un coordinamento preventivo tra il giudice privato e il giudice pubblico mediante l'attribuzione dell'efficacia esterna alla pronuncia con cui uno dei due, quello adito per primo, si spoglia della causa a favore dell'altro”*⁵⁸.

Diversamente, altra parte della dottrina non ha ritenuto che l'art. 819 *ter* c.p.c. potesse essere “salvato” dalla pronuncia di incostituzionalità e ne ha, in effetti, ravvisato l'illegittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost.⁵⁹.

All'interno del descritto scenario normativo e dottrinale, deve essere segnalata la pronuncia della Corte di cassazione del 2012, con la quale la Corte Suprema si è interrogata sul significato dell'art. 819 *ter* c.p.c. nella parte in cui esclude l'applicabilità di una norma corrispondente all'art. 50 c.p.c.⁶⁰.

In particolare, la Corte ha chiarito che, alla lettura dell'art. 819 *ter* c.p.c., *“l'esclusione dell'applicabilità dell'art 50 potrebbe essere intesa come totale, ma in realtà, l'ambito di esclusione della sua applicabilità si correla ai ‘rapporti fra arbitrato e processo’ e, quindi, riguarda solo il caso in cui sono gli arbitri ad*

⁵⁸ M. BOVE, *Ricadute sulla disciplina dell'arbitrato della legge n. 69/2009*, in *Sull'arbitrato, studi offerti a Giovanni Verde*, (a cura di) F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA, N. RASCIO, Napoli, 2010, 81 ss., spec. a 85, che, tuttavia, a differenza di Verde, basa la propria conclusione sull'assunto che il rapporto tra arbitro e giudice sia inquadrabile in termini di giurisdizione. Contrario, invece, all'applicazione analogica dell'art. 59 L. 69/2009, cfr. M. FORNACIARI, *Ancora sulla conservazione degli effetti dell'atto introduttivo anche nei rapporti tra giudice e arbitro: Cassazione vs. Corte costituzionale?*, nota a Cass., Sez. VI, 6 dicembre 2012, n. 22002, in *Riv. arb.* 2013, 701 ss., spec. a 707, sulla base dell'assunto che un'applicazione analogica può essere utilizzata solo ove una fattispecie fosse priva di regolamentazione, cosa che non è alla luce del dato letterale dell'art. 819 *ter* c.p.c..

⁵⁹ Così, M. ACONE, *Arbitrato e translatio iudicii: un parere eretico*, in *Sull'arbitrato, studi offerti a Giovanni Verde*, (a cura di) F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA, N. RASCIO, NAPOLI, 2010, 1 ss.; nonché S. ZIINO, *La translatio iudicii tra arbitri e giudici ordinari (sulla parziale illegittimità costituzionale dell'art. 819-ter, secondo comma, c.p.c.)*, *ivi*, 913 ss.. Cfr., inoltre, L. SALVANESCHI, *op. ult. cit.*, 1154, che ha ravvisato nell'art. 819 *ter* c.p.c. la violazione degli articoli 24 e 111 Cost..

⁶⁰ Cass. civ., Sez. VI, 6 dicembre 2012, n. 22002, in *Riv. arb.* 2013, 699, con nota di M. FORNACIARI, *Ancora sulla conservazione degli effetti dell'atto introduttivo anche nei rapporti tra giudice e arbitro: Cassazione vs. Corte costituzionale?* *cit.*; in *Riv. dir. proc.* 2013, 1150, s., con nota di L. SALVANESCHI, *Translatio iudicii a senso unico nei rapporti tra arbitro e giudice?* *cit.*.

escludere la loro competenza ed a riconoscere quella dell'a.g.o.”, ma non riguarderebbe il caso inverso, quello in cui sia il giudice togato a declinare la propria competenza in favore degli arbitri⁶¹. In ragione di ciò, dovrebbe ritenersi, viceversa, possibile la riassunzione della causa qualora sia stato il giudice a negare la propria competenza in favore degli arbitri e, la controversia dovrebbe essere riassunta nel termine all'uopo fissato dal giudice con la pronuncia declinatoria, oppure, in mancanza di tale indicazione, nel termine di tre mesi previsto dall'art. 50 c.p.c., con la salvezza degli effetti della domanda giudiziale.

Tale interpretazione è stata definita dalla dottrina come “*coraggiosa [...], ma non condivisibile*”⁶², ma anche, in maniera più “severa”, “*disarmante, indegna – lo si lasci dire – dell'organo posto al vertice del nostro sistema giudiziario e deputato a garantire, secondo il disposto dell'art. 65 dell'Ordinamento Giudiziario «l'esatta osservanza [...] della legge*»”⁶³.

In effetti l'ammissibilità, a fronte della formulazione dell'art. 819 *ter* c.p.c., come introdotto nel 2006, di una *translatio iudicii* c.d. “*a senso unico*”⁶⁴ pare del tutto incongrua perché, da un lato, “*l'arbitrato che tanto ha faticato a ottenere dignità di pari rispetto al giudizio davanti al giudice togato subirebbe un arretramento di posizione non trascurabile e non giustificato*”⁶⁵; dall'altro lato, nonostante esistano due norme (gli artt. 817 e 819 *ter* c.p.c.) per regolare le due diverse prospettive del rapporto tra arbitrato e giudizio ordinario, ma i rapporti tra i due organi sono “*rapporti complessivi*”⁶⁶ e non avrebbe alcuna ragionevolezza sistematica l'esclusione della *translatio iudicii* solamente in un senso.

Così individuati i problemi relativi alla esclusione dell'applicazione dell'art. 50 c.p.c. al rapporto tra giudice e arbitro prima del 2013, si rinvia alla prima Parte del Capitolo III per l'analisi della pronuncia della Corte costituzionale a cui si è accennato sopra, nonché dai problemi applicativi che ne sono conseguiti.

⁶¹ Così, Cass. civ., Sez. VI, 6 dicembre 2012, n. 22002, in *Riv. arb. cit.*, 700.

⁶² L. SALVANESCHI, *op. ult. cit.*, 1152.

⁶³ Così, M. FORNACIARI, *Ancora sulla conservazione degli effetti dell'atto introduttivo anche nei rapporti tra giudice e arbitro: Cassazione vs. Corte costituzionale?*, nella versione dello scritto pubblicata su www.judicium.it.

⁶⁴ L'espressione è di L. SALVANESCHI, *op. ult. cit.*.

⁶⁵ L. SALVANESCHI, *op. ult. cit.*, 1151.

⁶⁶ L. SALVANESCHI, *op. ult. cit.*, 1152.

CAPITOLO III

IL PROBLEMATICO RAPPORTO TRA ARBITRO E GIUDICE ORDINARIO NEL SISTEMA ATTUALE

SOMMARIO: PARTE I: Due rilevanti pronunce del 2013; 3.1.1. La sentenza della Corte costituzionale 19 luglio 2013, n. 223; 3.1.2. L'ordinanza delle Sezioni Unite 25 ottobre 2013, n. 24153; PARTE II: La qualificazione del rapporto tra arbitri e giudice in termini di competenza e le "vie parallele"; 3.2.1. La qualificazione del rapporto tra arbitri e giudice in termini di competenza. Critica; 3.2.2. La validità della convenzione di arbitrato come oggetto di giudizio autonomo; 3.2.3. Il sistema delle "vie parallele" e l'accertamento incidentale sulla convenzione di arbitrato; 3.2.4. La disciplina del lodo e della sentenza sulla competenza; PARTE III: La *translatio iudicii* tra giudizio ordinario e arbitrato; 3.3.1. Il conflitto negativo di competenza. Rinvio; 3.3.2. La prosecuzione della controversia all'esito della *translatio iudicii*; 3.3.2.1. Riassunzione o riproposizione della domanda; 3.3.2.2. Vincolatività delle preclusioni maturate prima della *translatio iudicii*; 3.3.2.3. Effetti delle misure cautelari concesse nel primo giudizio; 3.3.2.4. Conservazione delle prove "raccolte" nel primo processo; 3.3.2.5. Terzi intervenuti nel processo estranei alla convenzione d'arbitrato e domande riconvenzionali che non rientrano nel perimetro della convenzione medesima.

PARTE I

DUE RILEVANTI PRONUNCE DEL 2013

Prima di procedere alla disamina del sistema delle "vie parallele", nonché della *translatio iudicii*, che saranno trattati *infra* in questo Capitolo (rispettivamente, nella Parte II e nella Parte III) è fondamentale analizzare due pronunce del 2013, che hanno contribuito in maniera fondamentale al dibattito sui problemi oggetto del presente lavoro.

La prima che verrà esaminata, perché cronologicamente anteriore, è la sentenza della Corte costituzionale del 19 luglio 2013, n. 223¹, che ha dichiarato l'articolo 819 *ter* c.p.c. costituzionalmente illegittimo nella parte in cui escludeva l'applicabilità ai rapporti tra arbitrato e processo ordinario, di regole corrispondenti a quelle previste dall'art. 50 c.p.c., ammettendo così la *translatio iudicii* tra arbitrato e processo ordinario.

La seconda decisione che verrà esaminata è l'ordinanza delle Sezioni Unite n. 24153 del 2013². Questa decisione, pronunciata in sede di regolamento di giurisdizione, riaffermando la natura giurisdizionale dell'arbitrato, ha qualificato i rapporti tra arbitrato e giudizio ordinario in termini di competenza e, conseguentemente, quelli tra arbitrato e giudizi speciali, così come quelli tra arbitrato italiano e giudizio straniero, in termini di giurisdizione.

¹ Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Foro it.* 2013, I, 2690 ss., con note di E. D'ALESSANDRO, *Finalmente! La Corte costituzionale sancisce la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda introduttiva nei rapporti tra arbitro e giudice*, *ivi*, 2695 ss., di M. ACONE, «*Translatio iudicii*» tra giudice e arbitro: una decisione necessariamente incompleta o volutamente pilatesca?, *ivi*, 2697, ss., di R. FRASCA, *Corte cost. n. 223 del 2013 e art. 819 ter c.p.c.: una dichiarazione di incostituzionalità veramente necessaria?*, *ivi*, 2701, ss.; in *Riv. arb.* 2014, 81 ss., con note di M. BOVE, A. BRIGUGLIO, S. MENCHINI, B. SASSANI, *ivi*, 88 ss.; in *Giur. it.* 2014, 1381, con note di P. BUZANO, *Estensione della translatio iudicii ai rapporti tra giudizio ordinario e arbitrato rituale*, *ivi*, 1382 ss., e di C. ASPRELLA, *Translatio iudicii nei rapporti tra arbitrato e processo*, *ivi*, 1388 ss.; in *Corr. giur.* 2013, 1107 s., con nota di C. CONSOLO, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza con piena translatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*, *ivi*, 1109 ss..

² Cass., S.U., 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Foro it.* 2013, I, 3407 ss., con nota di E. D'ALESSANDRO, *ivi*, 3416 ss., in *Corr. giur.* 2014, 84 ss., con nota di G. VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*, *ivi*, 91 ss., in *Riv. arb.* 2015, 307 ss., con nota di L. BERGAMINI, *Eccezione di patto per arbitrato estero: un nuovo revirement della Corte di Cassazione, tra disciplina interna e Convenzione di New York*, *ivi*, 318 ss..

3.1.1. LA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE 19 LUGLIO 2013, N. 223

Nel caso di specie la questione veniva rimessa alla Corte costituzionale sia dal Tribunale di Catania³, sia da un Arbitro unico⁴, che avevano dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 819 *ter* c.p.c. nella parte in cui prevede che al rapporto tra giudizio ordinario non si applicano regole corrispondenti all'art. 50 c.p.c., impedendo così la *translatio iudicii* tra giudice ordinario e arbitro all'esito di una pronuncia declinatoria di competenza. In entrambi i giudizi di merito la questione era relativa al termine di decadenza per l'impugnazione di una delibera societaria e, nello specifico, alla conservazione o meno dell'effetto sostanziale impeditivo di tale decadenza in caso di domanda proposta dinanzi all'arbitro oppure dinanzi al giudice ordinario, carente di *potestas iudicandi*.

Il dubbio di costituzionalità si basava, per entrambi i remittenti sulla considerazione che il divieto di *translatio iudicii* fosse in contrasto con il complessivo sistema del codice di rito relativo ai rapporti tra giudizi ordinari. In particolare, i remittenti configuravano una non manifestamente infondata questione di legittimità costituzionale dell'art. 819 *ter* c.p.c. in relazione agli articoli 3, 24 e 111 della Costituzione.

La rimessione alla Corte costituzionale della questione era stata vista con favore dalla dottrina e, sul punto meritano di essere riportate le parole di Fornaciari: *“la prospettiva di una pronuncia d'incostituzionalità dell'art. 819 *ter*² c.p.c., che faccia finalmente giustizia della discriminazione del giudizio arbitrale rispetto a*

³ Trib. Catania, 21 giugno 2012, in *Riv. dir. proc.* 2013, 467 ss., con nota di S. BOCCAGNA, *Translatio iudicii nei rapporti tra giudice e arbitro: sollevata la questione di costituzionalità dell'art. 819 *ter* c.p.c.*, *ivi*, 470; in *Riv. arb.* 2012, 891 ss., con nota di 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*, comma 2, c.p.c.*, *ivi*, 894 ss., nonché su www.judicium.it, con la medesima nota.

⁴ Arbitro Unico, 13 novembre 2012, su www.judicium.it, con nota di M. FORNACIARI, *Ancora sugli effetti della conservazione degli effetti dell'atto introduttivo anche nei rapporti fra giudice e arbitro: Cassazione v. Corte Costituzionale?*, nonché in *Riv. arb.* 2013, 743 ss..

*quello davanti al giudice statale, diventa infatti assai più concreta di quanto fosse in precedenza*⁵.

Con la pronuncia n. 223 del 2013, la Corte costituzionale ha ritenuto fondata la questione di legittimità sollevata dall'arbitro e dal Tribunale di Catania, dichiarando *“l’illegittimità costituzionale dell’art. 819 ter, 2° comma, c.p.c., nella parte in cui esclude l’applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti alle previsioni dell’art. 50 c.p.c., ferma la parte restante dello stesso art. 819 ter”*⁶.

Quanto alla motivazione della declaratoria appena annunciata, la Corte costituzionale ha analizzato, preliminarmente, la recente pronuncia della Corte di cassazione n. 22002 del 2012⁷, che si è vista *supra* nel Capitolo II⁸, con la quale era stato ipotizzato che il divieto di applicazione di regole assimilabili all’art. 50 c.p.c. fosse da riferire solamente al caso in cui fossero gli arbitri ad escludere la propria competenza a favore del giudice. Viceversa, qualora fosse il giudice a dichiarare la propria incompetenza a favore dell’organo arbitrale, sarebbe possibile fare salvi gli effetti della domanda giudiziale e ricorrere alla *translatio iudicii*. La Corte costituzionale ha criticato questa decisione della Cassazione perché si baserebbe sul “fragile” argomento letterale relativo al fatto che l’art. 819 *ter* c.p.c. menziona i rapporti *“tra arbitrato e processo”* e non anche quelli tra *“processo e arbitrato”*, quando, invece, *“l’espressione utilizzata dalla norma è tale da comprendere, in generale, qualsiasi tipo di rapporto che può intercorrere, rispetto ad una stessa causa, tra arbitri e giudici”*⁹. In conclusione, il dato normativo dell’art. 819 *ter* c.p.c. sarebbe inequivoco nell’escludere l’applicazione di regole corrispondenti a quella di cui all’art. 50 c.p.c. tanto nel caso gli arbitri si dichiarino privi di competenza a favore del giudice statale, quanto nella ipotesi inversa.

⁵ M. FORNACIARI, *op. ult. cit.*

⁶ Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223., in *Foro it. cit.*, 2693.

⁷ Cass., Sez. VI, 6 dicembre 2012, n. 22002, in *Riv. arb.* 2013, 699, con nota di M. FORNACIARI, *Ancora sulla conservazione degli effetti dell’atto introduttivo anche nei rapporti tra giudice e arbitro: Cassazione vs. Corte costituzionale?*, *ivi*, 701 ss.; in *Riv. dir. proc.* 2013, 1150 s., con nota di L. SALVANESCHI, *Translatio iudicii a senso unico nei rapporti tra arbitro e giudice?*, *ivi*, 1151 ss..

⁸ Per la disamina della decisione, così come per i commenti dottrinali, cfr. Capitolo II, paragrafo 2.5..

⁹ Corte cost. *ult. cit.*, 2691.

Così individuata preliminarmente la portata dell'esclusione della *translatio iudicii* tra arbitrato e giudizio ordinario, la Corte costituzionale è poi passata al merito della dedotta incostituzionalità dell'art. 819 *ter* c.p.c.. Per giungere all'esito che si è riportato poco sopra, la Corte costituzionale ha fatto riferimento ai principi individuati dalla propria sentenza n. 77 del 2007¹⁰. Con tale decisione la Corte costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 30 della L. 6 dicembre 1971, n. 1034 (legge di "Istituzione dei tribunali amministrativi regionali") nella parte in cui non prevedeva che gli effetti, sostanziali e processuali, della domanda proposta dinanzi al giudice privo di giurisdizione, si conservassero, a seguito della pronuncia declinatoria, nel processo proseguito dinanzi al giudice munito di giurisdizione. Il principio, contenuto in questa pronuncia, che la Corte costituzionale del 2013 ha ritenuto di richiamare è quello per cui la funzione del sistema giurisdizionale nel suo complesso è quella di assicurare, attraverso il giudizio, la tutela dei diritti soggettivi e l'individuazione del giudice munito di giurisdizione "non deve sacrificare il diritto delle parti ad ottenere una risposta, affermativa o negativa, in ordine al bene della vita oggetto della loro contesa"¹¹.

È proprio alla luce del principio appena richiamato che la Corte costituzionale ha, così, valutato la legittimità dell'art. 819 *ter* c.p.c., muovendo, da un lato, dall'accoglimento della teoria giurisdizionale dell'arbitrato¹², dall'altro, dalla

¹⁰ Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77, in *Foro it.* 2007, I, 1009 ss., con nota di 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*, *ivi*, 1013 ss.; in *Giur. it.*, 2007, 2253 ss., con nota di D. TURRONI, *ivi*, 2257 ss..

¹¹ Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Foro it. cit.*, 2692.

¹² Corte cost. *loc. ult. cit.* richiama espressamente Corte cost. 28 novembre 2001, n. 376, in *Foro it.* 2002, I, 1648 ss., spec. a 1651, che, attribuendo agli arbitri rituali il potere di sollevare incidentalmente questioni di legittimità costituzionale ha sottolineato 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 delle norme applicabili alla fattispecie". Si segnala, per completezza, che il potere degli arbitri di sollevare questione di legittimità costituzionale è stato recepito dal legislatore con la previsione, di cui all'art. 819 *bis* c.p.c., della sospensione del procedimento arbitrale in caso di rimessione alla Corte costituzionale di una questione di legittimità costituzionale.

valutazione di una serie di dati normativi volti ad assimilare l'arbitrato alla giurisdizione¹³. Tali dati normativi devono essere individuati, per quanto attiene alle norme contenute nel codice di procedura civile, nell'art. 816 *quinquies* sull'ammissibilità dell'intervento volontario di terzi nel giudizio arbitrale e sull'applicabilità dell'art. 111 in materia di successione a titolo particolare nel diritto controverso, nell'art. 819 *bis* nella parte in cui presuppone il potere degli arbitri di sollevare questioni di legittimità costituzionale e nell'art. 824 *bis* che attribuisce al lodo, fin dal momento della sottoscrizione, gli effetti pronunciati dall'autorità giudiziaria. Quanto, poi, alle norme del codice civile, sarebbero rilevanti gli articoli 2943 e 2945 così come gli articoli 2652, 2653, 2690 e 2691 che, rispettivamente in materia di prescrizione e di trascrizione, attribuiscono espressamente alla promozione del giudizio arbitrale conseguenze analoghe all'instaurazione della causa dinanzi al giudice¹⁴.

Muovendo dalle considerazioni appena viste, la Corte costituzionale ha sottolineato che *“se, quindi, il legislatore nell'esercizio della propria discrezionalità in materia, struttura l'ordinamento processuale in maniera tale da configurare l'arbitrato come modalità di risoluzione delle controversie alternativa a quella giudiziale, è necessario che l'ordinamento giuridico preveda anche misure idonee ad evitare che tale scelta abbia ricadute negative per i diritti oggetto delle controversie stesse”*¹⁵ e tra tali misure idonee ha individuato quella della *translatio iudicii* tra l'arbitrato e il giudizio ordinario, dichiarando così incostituzionale l'art. 819 *ter* c.p.c. nella parte in cui esclude, dai rapporti tra arbitri e giudice ordinario, l'applicazione di una regola corrispondente all'art. 50 c.p.c..

Nel limitarsi a cassare il riferimento all'art 50 c.p.c. contenuto nell'art. 819 *ter* c.p.c., la Corte ha lasciato in vita il divieto di applicazione di regole corrispondenti agli articoli 44, 45, 48 e 295 c.p.c.. I problemi e le possibili soluzioni che sorgono da

¹³ Sul punto, Corte cost., *loc. ult. cit.*, specifica che *“anche se l'arbitrato rituale resta un fenomeno che comporta una rinuncia alla giurisdizione pubblica, esso mutua da quest'ultima alcuni meccanismi al fine di pervenire ad un risultato di efficacia sostanzialmente analoga a quella del dictum statale”*.

¹⁴ Corte. cost., *loc. ult. cit.*.

¹⁵ Corte cost., *loc. ult. cit.*.

tale scelta della Corte saranno oggetto di analisi nel prosieguo. Qui basti segnalare che, oltre al vuoto normativo che si

è creato con riferimento alla disciplina concreta della *translatio iudicii*¹⁶, e che andrà colmato in via interpretativa, rimane oggi privo di regolamentazione il conflitto negativo di competenza tra giudice ordinario e arbitri. Infatti, lasciano in vigore il divieto di applicazione, tra le altre, di una regola corrispondente all'art. 44 c.p.c., la Corte costituzionale ha escluso che l'organo adito per secondo (arbitro o giudice togato), all'esito di una declinatoria di *potestas iudicandi* da parte dell'organo adito per primo, sia vincolato alla decisione di quest'ultimo¹⁷.

Come conseguenza di quanto appena esposto, nonostante una parte della dottrina sia dell'avviso contrario, a me sembra da preferire l'opinione secondo la quale, all'esito della pronuncia esaminata, "*rimane [...] aperto, negli stessi termini in cui lo era prima, il problema del vincolo del secondo giudice alla pronuncia declinatoria del primo*"¹⁸.

¹⁶ Gli aspetti applicativi della *translatio iudicii* saranno analizzati nella Parte III del presente Capitolo.

¹⁷ Ulteriore conseguenza, individuata da L. SALVANESCHI, *Il rapporto tra arbitro e giudice* cit., 390, del divieto di applicazione dell'art. 44 c.p.c. al rapporto tra arbitri e giudice è che né gli uni né l'altro saranno a tenuti, in sede di declinatoria di competenza, a indicare quale sia l'organo che ritengono dotato, in loro vece, della *potestas iudicandi*. Inoltre, l'Autrice sostiene che tale disciplina non sarebbe comunque nemmeno applicabile al rapporto tra arbitri e giudice perché il giudice che accertasse la sussistenza di una valida ed efficace convenzione di arbitrato non potrebbe certo indicare come competente un organo che, per sua natura, non è precostituito. Allo stesso modo, gli arbitri non sarebbero tenuti ad indicare il singolo giudice dotato di potestà decisoria perché questo finirebbe per onerare le parti del giudizio arbitrale, qualora una di loro sollevi un'eccezione di difetto di *potestas iudicandi* della discussione "*non solo [del]le questioni inerenti la validità, l'efficacia o l'estensione del patto arbitrale ma anche [di] quelle relative [...] alla competenza del giudice*".

¹⁸ L. SALVANESCHI, *op. ult. cit.*, 389. In senso contrario, cfr. S. BOCCAGNA, *Translatio iudicii tra giudice e arbitri: la decisione della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.* 2014, 374 ss., spec. a 381 ss., che ritiene, invece che sia superabile, al fine di ammettere l'efficacia della pronuncia declinatoria di competenza nei confronti del giudice *ad quem*, l'ostacolo costituito dal fatto che, come si è visto, la Corte costituzionale abbia espressamente mantenuto ferma "*la parte restante*" dell'art. 819 *ter* c.p.c.. In particolare, l'Autore sottolinea che l'art. 50 c.p.c. non sarebbe una norma isolata, ma sarebbe, viceversa parte di un sistema, da completarsi necessariamente con la disposizione di cui all'art. 44 c.p.c.. In questo senso, dal momento che l'art. 50 c.p.c. deve essere necessariamente essere integrato con la disposizione dell'art. 44 c.p.c., "*diviene possibile sostenere che l'introduzione, nei rapporti*

Accolta tale opinione, nonostante la pronuncia della Corte costituzionale del 2013 che si è appena esaminata sia stata accolta dalla dottrina con generale favore, rimangono aperti i complessi problemi applicativi legati all'operare del sistema delle c.d. "vie parallele", che saranno oggetto di analisi *infra* nella Parte II di questo Capitolo.

3.1.2. L'ORDINANZA DELLE SEZIONI UNITE 25 OTTOBRE 2013, N. 24153

Con l'ordinanza in esame le S.U., adite in sede di regolamento di giurisdizione proposto per risolvere il conflitto tra giudizio italiano e arbitrato estero, hanno colto l'occasione per prendere posizione in generale sulla natura del fenomeno arbitrale.

Prima della sentenza n. 527 del 2000, la Cassazione aveva ritenuto che il compromesso per arbitrato estero provocasse il difetto di giurisdizione del giudice italiano, con la conseguenza che era considerato ammissibile proporre, nella pendenza del processo italiano, il regolamento di giurisdizione¹⁹. Dopo la "svolta negoziale" dell'arbitrato rituale, che è stata esaminata nel Capitolo I²⁰, anche in ambito di arbitrato estero, proprio in ragione dell'affermata natura privata dell'arbitrato, le S.U. avevano ritenuto che non fosse ammissibile il regolamento di giurisdizione²¹.

fra arbitrato e giurisdizione statale, di una regola corrispondente all'art. 50 c.p.c. abbia determinato l'abrogazione per incompatibilità dell'art. 819 ter c.p.c., nella parte in cui esclude l'applicazione, nei medesimi rapporti, di una regola corrispondente all'art. 44 c.p.c."

¹⁹ Cass., S.U., 17 maggio 1995, n. 5397, in *Mass. Giust. civ.* 1995, 1015.

²⁰ Cfr. supra, Capitolo I, paragrafo 1.4. e ss..

²¹ Cfr., per tutte, Cass., S.U., 22 luglio 2002, n. 10723, in *Mass. Giust. civ.* 2002, 1316, che aveva deciso che "è inammissibile il regolamento preventivo di giurisdizione rivolto a far valere la carenza di giurisdizione del giudice adito, così come di ogni altro giudice della Repubblica Italiana, a fronte della presenza di un compromesso, o di una clausola compromissoria, che prevedano il ricorso ad un arbitrato estero, determinandosi in tal caso l'insorgere di una questione, non già di giurisdizione (posto che il "dictum" arbitrale è un atto di autonomia privata, non esercitando gli arbitri funzioni giurisdizionali), ma di merito, inerente all'accertamento, da effettuarsi dal giudice fornito di giurisdizione secondo i normali criteri di sua determinazione, della validità del patto prevedente l'arbitrato estero, il quale comporta la rinuncia ad ogni tipo di giurisdizione, sia essa italiana o straniera".

Con la decisione del n. 24153 del 2013, le S.U. hanno, invece, ritenuto che l'eccezione di compromesso, in presenza di una clausola compromissoria di arbitrato estero, dia luogo, in ragione della natura giurisdizionale dell'arbitrato, ad una questione di giurisdizione e, di conseguenza, che sia ammissibile il regolamento preventivo di giurisdizione.

La questione di giurisdizione emergeva nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, proposta, dinanzi al Tribunale di Firenze, dalla società Luxury Goods International SA contro la Swaili Diffusioni s.r.l.. Essendo stata pattuita tra le parti una clausola di compromesso per arbitrato, sottoposto alle regole CCIA del Cantone Ticino, Luxury eccepiva il difetto di giurisdizione del giudice italiano e proponeva regolamento di giurisdizione, ritenendo che il potere giurisdizionale fosse da individuare in capo al collegio arbitrale, da nominare, secondo le regole della CCIA. Swaili eccepiva l'inammissibilità del regolamento, ritenendo che la questione del potere decisorio degli arbitri non configurasse una questione di giurisdizione.

Le S.U. hanno ritenuto di “rimeditare” il proprio precedente orientamento per giungere ad affermare l'ammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione in presenza di clausola compromissoria (oppure compromesso) per arbitrato estero²².

Nella parte motiva della decisione, la Corte di cassazione ha ripercorso le soluzioni che in passato erano state adottate. In particolare, le S.U. hanno ricordato l'orientamento, antecedente alla “svolta negoziale” del 2000, per il quale il conflitto tra giudizio ordinario e arbitrato estero configurava una questione di giurisdizione, con la conseguente esperibilità del regolamento di giurisdizione²³. D'altro canto, il conflitto tra giudici e arbitri italiani configurava una questione di competenza²⁴.

Questo orientamento veniva poi, “travolto” dalla c.d. “svolta negoziale” del 2000, con le conseguenze che si sono viste poco sopra in termini di esperibilità del regolamento di giurisdizione per il conflitto tra giudizio italiano e arbitrato estero²⁵.

²² Cass., S.U., 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Foro it. cit.*, 3408.

²³ Sul punto le S.U. hanno richiamato Cass., S.U., 17 maggio 1995, n. 5397, *cit.*

²⁴ Tra i precedenti menzionati dalle S.U., cfr. Cass., S.U., 2 aprile 1984, n. 2149, in *Mass. Giust. civ.* 1984, 694; Cass., S.U., 7 febbraio 1987, n. 1303, in *Mass. Giust. civ.* 1987, 360 s.; Cass., S.U., 2 giugno 1988, n. 3767, in *Mass. Giust. civ.* 1988, 901.

²⁵ Cass., S.U., 22 luglio 2002, n. 10723, *cit.*.

Le Sezioni Unite hanno ritenuto nel 2013 di dover “rimeditare” tale orientamento²⁶.

Per motivare il proprio “ripensamento”, la Corte di cassazione ha ripercorso, in sintesi, il dibattito sulla natura dell’arbitrato, muovendo, in primo luogo, dalla teoria negoziale.

Sul punto, le S.U. hanno osservato come una ricostruzione esclusivamente privatistica del lodo rituale muovesse dall’intento di salvaguardare l’istituto dal possibile rilievo di incostituzionalità rispetto all’art. 102 Cost. che prevede che “*la funzione giurisdizionale è esercitata dai magistrati ordinari [...]*”²⁷. Con riferimento a questo punto, le S.U. hanno, poi richiamato la pronuncia della Corte costituzionale del 1977 n. 27 per cui la possibilità delle parti di disporre, tramite il compromesso o la clausola compromissoria, del diritto di cui all’art. 24, comma 1, Cost. deve essere considerato un principio generale dell’ordinamento che deve essere costituzionalmente garantito²⁸.

Nel proseguire l’analisi sulla questione della natura dell’arbitrato, le S.U. hanno poi menzionato la riforma del 1994, individuandone gli elementi, visti nel Capitolo I, che erano serviti a corroborare la tesi della natura giurisdizionale dell’arbitrato²⁹.

²⁶ Cass. S.U., 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Foro it. cit.*, 3408.

²⁷ Cass. S.U., 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Foro it. cit.*, 3409.

²⁸ Corte cost., 17 luglio 1977, n. 127, in *Giur. it.* 1978, I, 1809.

²⁹ Cfr. Capitolo I, paragrafi 1.2. ss.. Brevemente, si rammenta che, con la riforma del 1994, sono state modificate disposizioni del codice di procedura civile così come del codice civile. In particolare, la domanda di arbitrato è stata inserita tra gli atti idonei a interrompere e a sospendere il decorso della prescrizione (artt. 2943 e 2945 c.c.) ed è stata ricompresa tra gli atti soggetti a trascrizione (artt. 2652, 2653, 2691 e 2692 c.c.). Per quanto attiene al codice di procedura civile, è stato riconosciuto il principio di autonomia della clausola compromissoria (art. 808 c.p.c.), così come quello per cui la *potestas iudicandi* degli arbitri non è esclusa dalla connessione della controversia con altra pendente dinanzi al giudice dello Stato (art. 819 *bis* c.p.c.). È stato modificato l’art. 819 c.p.c., relativo al potere degli arbitri di risolvere questioni incidentali e sono state introdotte significative novità con riferimento agli effetti del lodo arbitrale: è stato eliminato dall’art. 825 c.p.c. il riferimento al termine per il deposito del lodo ai fini dell’emanazione del decreto pretorile; l’art. 827 c.p.c. ha espressamente previsto la possibilità di impugnare il lodo non depositato, ossia il lodo dotato della “*efficacia vincolante*” di cui all’art. 823 c.p.c.; è stato previsto quale motivo di nullità del lodo il caso di “*contrarietà ad altro precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti, purché la relativa eccezione sia stata dedotta nel*

Quanto alle novità normativa apportate dalla riforma del 2006, le S. U. hanno fatto riferimento all'art. 816 *quinquies* (sull'ammissibilità dell'intervento volontario di terzi nel giudizio arbitrale e sull'applicabilità allo stesso dell'art. 111 c.p.c. in tema di successione a titolo particolare nel diritto controverso), all'art. 819 *bis*, comma 1, n. 3, in cui si attribuisce agli arbitri la possibilità di rimettere alla Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale, nonché all'art. 819 *ter* che, disciplinando il rapporto tra cause devolute agli arbitri e cause proposte dal tribunale, lo configura in termini di competenza e all'art. 824 *bis* che attribuisce al lodo effetti di sentenza dalla data della sua ultima sottoscrizione.

Infine, quanto all'attribuzione all'arbitrato di natura giurisdizionale, le S.U. hanno richiamato la quasi coeva decisione della Corte costituzionale che è stata esaminata nel paragrafo precedente.

Concludendo sul punto, alla luce delle argomentazioni appena riportate, le S.U. hanno affermato la natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale, concludendo che *“lo stabilire se una controversia appartenga alla cognizione del giudice ordinario o degli arbitri si configura come questione di competenza”*, mentre *“lo stabilire se una controversia appartenga alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario, e, in tale ambito, a quella sostitutiva degli arbitri rituali, ovvero a quella del giudice amministrativo o contabile configura, invece, una questione di giurisdizione”*³⁰.

Per risolvere, poi, la questione di merito per la quale era stata adita, quella del conflitto tra giudizio ordinario e arbitrato estero, la Corte ha richiamato il combinato disposto degli artt. 4, comma 2, e 11 della legge 31 maggio 1995, n. 218. La prima disposizione stabilisce che *“La giurisdizione italiana può essere convenzionalmente derogata a favore di un giudice straniero o di un arbitrato estero se la deroga è provata per iscritto e la causa verte su diritti disponibili.”* L'art. 11 dispone che *“Il difetto di giurisdizione può essere rilevato, in qualunque stato e grado del processo, soltanto dal convenuto costituito che non abbia espressamente o tacitamente accettato la giurisdizione italiana. È rilevato dal giudice d'ufficio, sempre in qualunque stato e grado del processo, se il convenuto è contumace, se ricorre*

giudizio arbitrale” e sono stati eliminati tutti i riferimenti, presenti nel codice, al *nomen “sentenza”* arbitrale in favore del riferimento al *“lodo”*.

³⁰ Cass. S.U., 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Foro it. cit.*, 3412.

l'ipotesi di cui all'art. 5, ovvero se la giurisdizione italiana è esclusa per effetto di una norma internazionale.”

Dalla lettura combinata di queste due norme le S.U. hanno dedotto che “*il difetto di giurisdizione nascente dalla presenza di una clausola compromissoria in favore di arbitrato estero può essere rilevato in qualsiasi stato e grado del processo, a condizione che il convenuto non abbia espressamente o tacitamente accettato la giurisdizione italiana, e dunque solo qualora il convenuto abbia eccepito nel suo primo atto difensivo il difetto di giurisdizione del giudice italiano*”³¹.

In conclusione, la Corte di cassazione ha ritenuto di considerare l'eccezione di arbitrato estero come eccezione di rito, perché relativa alla giurisdizione, e ha affermato che sulla base del combinato disposto dell'art. 4, comma 2, e 11 della l. 218/1995, tale questione possa essere sottoposta alle Sezioni Unite mediante regolamento preventivo di giurisdizione. Con questa decisione, le S.U. paiono, dunque, aver definitivamente superato l'impostazione della “svolta negoziale” del 2000 anche alla luce del fatto che, come si è visto *supra* nel Capitolo precedente³², all'esito della riforma del 2006, nonché della pronuncia della Corte Costituzionale analizzata *supra*, non sembra più possibile dubitare della natura intrinsecamente giurisdizionale dell'arbitrato.

³¹ Cass. S.U., 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Foro it. cit.*, 3413.

³² Cfr. *supra* Capitolo II, paragrafo 2.3..

PARTE II

LA QUALIFICAZIONE DEL RAPPORTO TRA ARBITRI E GIUDICE IN TERMINI DI COMPETENZA E LE “VIE PARALLELE”

La qualificazione del rapporto tra arbitri e giudici e il sistema delle “vie parallele” rappresentano gli aspetti più complessi dell’oggetto di questo lavoro. I due temi sono intrinsecamente collegati tra loro e devono essere sviluppati per giungere al fine ultimo di una ricostruzione del sistema dei rapporti tra arbitri e giudice che sia conforme al principio di effettività della tutela giurisdizionale.

L’analisi sarà svolta attraverso la ricognizione dei problemi sottesi al tema in esame e la formulazione di alcuni spunti argomentativi per affrontarli.

3.2.1. LA QUALIFICAZIONE DEL RAPPORTO TRA ARBITRI E GIUDICE IN TERMINI DI COMPETENZA. CRITICA

Nell’analizzare le innovazioni normative introdotte con la riforma del 2006, si è sottolineato come, per una precisa scelta legislativa, il rapporto tra arbitri e giudice ordinario sia inquadrato, in plurime disposizioni, in termini di competenza³³.

Con questa scelta il legislatore ha inteso, come si è visto, eliminare ogni dubbio sulla giurisdizionalità del fenomeno arbitrale e individuare negli arbitri un “sostituto” del giudice ordinario. Proprio in ragione di tale presa di posizione a favore della tesi giurisdizionale, il legislatore ha scelto, allora, per qualificare i rapporti tra arbitri e giudice, il concetto di competenza, che viene utilizzato per indicare la ripartizione del potere decisorio tra i giudici ordinari presenti sul territorio italiano. Tradizionalmente, infatti, “*la competenza è la quantità di giurisdizione assegnata in esercizio a ciascun organo, ossia la «misura della giurisdizione»*”³⁴. In questo senso, data l’assimilazione tra arbitrato e giudizio ordinario, il legislatore ha ritenuto di

³³ Capitolo II, spec. al paragrafo 2.2. ove è stato esaminato il dato letterale degli articoli 817 e 819 *ter* c.p.c..

³⁴ E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, a cura di V. Colesanti, E. Merlin, E.F. Ricci, Milano, 2007, 51.

inquadrare la ripartizione del potere decisorio, come avviene tra i diversi giudici ordinari italiani, all'interno del familiare concetto di competenza. Allo stesso tempo, tuttavia, il legislatore, con l'art. 819 *ter* c.p.c., ha sentito la necessità di escludere esplicitamente dalla disciplina del conflitto tra arbitri e giudice ordinario l'applicazione di “*regole corrispondenti agli articoli 44, 45, 48, 50 e 295*”, che regolano rispettivamente l'efficacia dell'ordinanza che decide sulla competenza, il conflitto di competenza, la sospensione dei processi in caso di proposizione del regolamento di competenza, la *translatio iudicii* a seguito di declinatoria di competenza e la sospensione necessaria del processo. Come si è visto *supra* nel paragrafo 3.1.1., la disposizione appena richiamata è stata dichiarata costituzionalmente illegittima nella parte in cui esclude che ai rapporti tra arbitrato e giudizio sia applicabile una regola corrispondente all'art. 50 c.p.c., ma la Corte costituzionale ha espressamente lasciato intatte le altre esclusioni. La deviazione rispetto al modello funzionale della competenza in senso tecnico trarrebbe giustificazione dal fatto che la ripartizione del potere decisorio tra arbitri e giudici togati “*pur avendo a oggetto organi che sono oggi tra loro assimilati [...] rimane ripartizione del potere decisorio tra soggetti che appartengono a ordini diversi*”³⁵.

Ebbene, preso atto del sistema normativo appena richiamato, rammentando l'adesione, già manifestata *supra* alla tesi giurisdizionale dell'arbitrato e, quindi, appoggiando le motivazioni delle decisioni viste in apertura di questo Capitolo, mi sembra giunto il momento di analizzare i problemi applicativi che scaturiscono dal sistema del diritto vivente finora delineato.

Il primo di tali problemi si pone con riferimento alla qualificazione del rapporto tra arbitri e giudici. Come si è visto, il legislatore ha inquadrato tale rapporto in termini di competenza, ma mi pare che la questione meriti di essere approfondita non con intento puramente dogmatico definitorio, ma, al contrario, dal punto di vista funzionale, quale presupposto per l'analisi dei problemi applicativi scaturenti dal sistema delle “vie parallele” così come dall'operare della *translatio iudicii* tra arbitrato e giudizio ordinario.

Alla luce dei dati normativi riportati *supra*, mi pare opportuno aderire alla tesi

³⁵ L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, Commentario del codice di procedura civile a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2014, *Commento all'art. 817 c.p.c.*, 553 ss., spec. a 556.

per cui l'inquadramento, voluto dal legislatore, della questione della sussistenza della *potestas iudicandi* in capo agli arbitri ovvero al giudice ordinario in termini di competenza non possa essere inteso in senso tecnico³⁶.

Preliminarmente, è da sottolineare che i plurimi riferimenti letterali al concetto di competenza, introdotti dal legislatore del 2006, non sembrano impedire di porre in dubbio che tale qualificazione sia da intendere in senso strettamente tecnico, sulla base di una serie di argomenti di tipo sistematico.

In primo luogo, il giudizio sulla ripartizione della *potestas iudicandi* passa sempre e inevitabilmente attraverso un giudizio sulla validità ed efficacia della clausola arbitrale³⁷. In questo senso, a monte della valutazione sulla ripartizione del potere decisorio tra giudice ordinario e arbitri, organi che appartengono, in ossequio alla tesi giurisdizionale dell'arbitrato nonché alle recenti pronunce descritte in apertura di questo Capitolo, al medesimo ordinamento giurisdizionale, vi è sempre una valutazione sulla validità e l'efficacia di un atto di diritto sostanziale e cioè sull'accordo delle parti per la devoluzione della controversia in arbitrato.

Inoltre, un argomento a favore della configurabilità di un rapporto di competenza in senso tecnico tra giudice e arbitri non può essere dedotto dalla impugnabilità della decisione del primo sulla ripartizione del potere decisorio – e, quindi, sulla validità della clausola arbitrale – attraverso il regolamento di competenza. Infatti, il legislatore stesso ha esteso, per una discrezionale scelta di opportunità, il campo di applicazione del regolamento necessario ai “*provvedimenti che dichiarano la sospensione del processo ai sensi dell’art. 295*”, decisioni che

³⁶ L. SALVANESCHI, *op. loc. ult. cit.* e Id., *Il rapporto tra arbitro e giudice dopo la decisione della Consulta*, in *Riv. dir. proc.* 2014, 384 ss., spec. a 386 ss.. Ancora, si veda, S. IZZO, *Appunti sull'eccezione di compromesso e sulla sentenza che la decide*, in *Sull'arbitrato - Studi offerti a Giovanni Verde*, (a cura di) F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA, N. RASCIO, Napoli, 2010, 451 ss., spec. a 452, ove l'Autrice ha precisato che “*al riferimento ricorrente alla competenza non equivale, tuttavia, l'inquadramento dei rapporti tra arbitro e giudice nel corrispondente schema tecnico e dommatico*”. Nello stesso senso, cfr. anche S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, Torino, 2013, 133.

³⁷ L. SALVANESCHI, *Il rapporto tra arbitro e giudice cit.*, 387 ha chiarito che “*l'attribuzione del potere decisorio all'arbitro invece che al giudice passa sempre attraverso la stipulazione di una convenzione di arbitrato, della cui validità ed efficacia si discute sempre, a monte della decisione declinatoria o confermativa della potestas iudicandi del giudice o dell'arbitro*”.

paiono del tutto eterogenee rispetto all'ordinanza sulla competenza³⁸.

Ancora, come si è visto, il legislatore non solo ha differenziato la disciplina del rapporto tra arbitri e giudici da quello di competenza in senso tecnico escludendo l'applicazione di "regole corrispondenti agli articoli 44, 45, 48, 50 e 295", ma anche stabilendo che la decisione del giudice abbia la forma della sentenza, anzi che della ordinanza, come a sottolineare che la decisione sulla ripartizione del potere decisorio tra arbitri e giudice non possa prescindere dall'analisi della questione sostanziale della validità dell'accordo compromissorio³⁹.

Tutti gli indici sistematici appena visti fanno sì che nell'indagare la ripartizione del potere decisorio tra arbitri e giudice ordinario non possano non essere prese in considerazione le peculiarità che tale rapporto presenta, con la conseguenza che non sembra possa essere confinato nei ranghi della competenza⁴⁰. Tenendo conto delle argomentazioni appena viste, pare, allora, che il rapporto tra arbitri e giudice ordinario non possa essere inquadrato appieno in un'alternativa secca tra questione di rito e questione di merito. E questo perché il fatto che per indagare la ripartizione del

³⁸ L'estensione dell'ambito di esperimento del regolamento necessario di competenza ai provvedimenti che dichiarano la sospensione del processo *ex art. 295 c.p.c.* è stata introdotta nel codice dall'art. 6 della L. 26 novembre 1990, n. 535, quale strumento di controllo sul provvedimento di sospensione. Nel commentare la disposizione così modificata, B. SASSANI, *Commento all'art. 42*, in C. CONSOLO, F.P. LUISO e B. SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 53 ss., spec. a 56, ha criticato la scelta del regolamento di competenza quale mezzo di impugnazione per i provvedimenti di sospensione necessaria perché "in verità le questioni poste dall'art. 295 non sono assimilabili a questioni di competenza". Sottolinea l'eterogeneità dei casi in cui è esperibile il regolamento necessario di competenza anche L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, Commentario del codice di procedura civile a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2014, *Commento all'art. 819-ter c.p.c.*, 674 ss., spec. a 681 s..

³⁹ L. SALVANESCHI, *op. ult. cit.*, 681.

⁴⁰ Viceversa, con riferimento alla qualificazione del rapporto in termini di competenza, cfr. S. BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, II, Torino, 2008, 313 ss., spec. a 323. Si veda, inoltre, S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela della convenzione arbitrale*, in *Riv. arb.* 2013, 363 ss., spec. a 391 che, a seguito dell'analisi della questione afferma "i seguenti principi: a) la contestazione della potestas iudicandi del giudice adito, compiuta sia di fronte agli arbitri sia davanti al giudice dello stato, si risolve nella proposizione di un'eccezione d'incompetenza [...]; b) la pronuncia (lodo, definitivo o non definitivo; sentenza, definitiva o parziale) che ha per oggetto questa eccezione consiste in un provvedimento di competenza [...]"

potere decisorio debba essere preso in considerazione un accordo di tipo negoziale non fa sì che la questione si “trasformi” immediatamente e interamente in questione di merito. E questo per plurime ragioni: in primo luogo, perché, nonostante venga in considerazione la valutazione circa la validità di un accordo di tipo negoziale, tale valutazione porta pur sempre all’indagine circa la ripartizione del potere decisorio tra due diversi organi decisorii, entrambi esercitanti potere giurisdizionale; in secondo luogo, perché, diversamente, dovrebbe considerarsi di merito anche la questione della competenza derogata dalle parti *ex art. 28 c.p.c.*; infine, proprio come accade nei rapporti tra i giudici ordinari, all’esito della sentenza della Corte costituzionale vista nella Parte I del presente Capitolo, è applicabile anche al rapporto tra giudice e arbitri la *translatio iudicii* di cui all’art. 50 c.p.c..

Altresì, il fatto che sia in discussione la ripartizione del potere decisorio, non consente comunque di ignorare le peculiarità del rapporto in esame. In particolare, deve essere sempre tenuto in considerazione il fatto che il giudice, nel valutare un’eccezione di arbitrato, dovrà sempre indagare la validità di un accordo negoziale, nonché il fatto che, anche a seguito della introduzione del meccanismo della *translatio iudicii*, la Corte costituzionale ha espressamente mantenuto in vita il divieto di applicazione di “*regole corrispondenti*” a quelle previste dagli articoli 44, 45, 48, e 295 c.p.c., disposizioni che regolano gli aspetti dinamici e applicativi del difetto di competenza.

Individuati così gli argomenti che suggeriscono la peculiarità del rapporto tra arbitri e giudice ordinario, l’elemento che assume rilevanza centrale nella qualificazione del rapporto in esame, e che suggerisce, appunto, che si tratti di un rapporto diverso e peculiare rispetto a quello di competenza deve essere, a mio avviso, ricercato nell’esperibilità, alla quale qui faccio cenno, ma che sarà oggetto di compiuta analisi nel paragrafo successivo, di un’azione autonoma, dinanzi al giudice ordinario, “*avent[e] ad oggetto l’invalidità o l’inefficacia della convenzione di arbitrato*”⁴¹.

Posta così l’opinione di chi scrive quanto alla qualificabilità del rapporto tra giudice ordinario e arbitri, bisogna, tuttavia, segnalare che la giurisprudenza è invece ferma nel qualificare la questione in termini di competenza. Da ultimo, infatti, si

⁴¹ Queste le parole dell’art. 819 *ter*, comma 3, c.p.c..

segnala una pronuncia del 2016 con la quale le S.U. ha definito la controversa questione della immediata impugnabilità del lodo “*che abbia deciso sull’esistenza di una valida clausola compromissoria giustificativa della competenza arbitrale*”⁴². La decisione sarà oggetto di analisi *infra* nel paragrafo 3.2.5.. Qui basti rilevare che la giurisprudenza della Corte di cassazione appare orientata in maniera consolidata nell’inquadrare il rapporto tra giudice ordinario e arbitri in termini di competenza⁴³.

3.2.2. LA VALIDITÀ DELLA CONVENZIONE DI ARBITRATO COME OGGETTO DI GIUDIZIO AUTONOMO

Come si è anticipato *supra*, l’ultimo comma dell’art. 819 *ter* c.p.c. dispone che “*in pendenza del procedimento arbitrale non possono essere proposte domande giudiziali aventi ad oggetto l’invalidità o inefficacia della convenzione d’arbitrato*”. La disposizione, introdotta nel 2006, ha consentito di “*risolvere in senso affermativo la vexata quaestio dell’ammissibilità di un’azione di mero accertamento, positivo o negativo, della validità ed efficacia del patto compromissorio*”⁴⁴ “*in modo conforme ad altri ordinamenti di civil law, quale, segnatamente quello tedesco (§ 1032, Abs. 2, ZPO)*”⁴⁵.

Prima della riforma del 2006, il dibattito sulla proponibilità di una domanda giudiziale avente ad oggetto l’accertamento (positivo oppure negativo) del potere decisorio nel conflitto tra arbitri e giudice vedeva due opinioni contrapposte.

⁴² Cass., S.U., 18 novembre 2016, n. 23463, in *Giur. it.* 2017, 157 ss., con nota di 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*, *ivi*, 158 ss.; in *Riv. arb.* 2017, 87 ss., con nota di 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*, *ivi*, 89 ss..

⁴³ Ancora, nello stesso senso, Cass. Sez. I, 23 febbraio 2016, n. 3481, in *Giur. it.* 2016, 1691 ss., con nota di M. GRADI, *Cognizione sulla potestas iudicandi degli arbitri nelle fasi di impugnazione del lodo arbitrale*, *ivi*, 1695 che, nel decidere una questione relativa alla impugnazione del lodo arbitrale, ha confermato la natura giurisdizionale dell’arbitrato e l’inquadramento del rapporto tra arbitri e giudice ordinario in termini di competenza.

⁴⁴ G. RUFFINI, *Commento all’art. 819 ter c.p.c.*, in *Le nuove leggi civ. comm.* 2007, 1360 ss., spec. a 1361.

⁴⁵ S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, 368.

Da un lato, una parte della dottrina, insieme alla giurisprudenza, riteneva che non fosse ammissibile una domanda di mero accertamento della validità o efficacia della convenzione arbitrale, “*non collegata alla richiesta di tutela del diritto sostanziale*”⁴⁶.

L’argomentazione alla base di tale impostazione risiedeva nel fatto che “*l’azione di mero accertamento della nullità di una clausola compromissoria, senza la contemporanea proposizione di una controversia concernente situazioni soggettive di natura sostanziale, si risolve in un’indagine che involge una questione di competenza ed è, pertanto, improponibile per difetto di interesse, in quanto condurrebbe ad una generica affermazione di competenza insuscettibile di acquistare autorità di giudicato e priva di efficacia preclusiva per il giudice che fosse chiamato successivamente a provvedere su una domanda determinata*”⁴⁷.

Al contrario, altra parte della dottrina ravvisava un concreto interesse ad agire nella domanda di accertamento della validità o efficacia del patto arbitrale e, per questo, ne affermava l’ammissibilità⁴⁸.

Come abbiamo visto, il legislatore del 2006 ha aderito a quest’ultima impostazione affermando, “*implicitamente, ma chiaramente*”⁴⁹, l’ammissibilità di un’azione giudiziale autonoma e riconoscendo, nella validità e dell’efficacia della convenzione di arbitrato, un bene della vita meritevole di autonoma tutela⁵⁰.

⁴⁶ M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, in *Riv. arb.* 1996, 239 ss., spec. a 243 s..

⁴⁷ Così, Cass., 28 marzo 1991, n. 3361, in *Giur. it.* 1992, I, 552. Nello stesso senso, con riferimento alla domanda di accertamento della portata e dei limiti di una clausola compromissoria per arbitrato irrituale, cfr. Corte app. Milano, 10 aprile 2001, in *Riv. arb.* 2001, 723 ss., con nota di A. CHIZZINI, *Note in tema di clausola compromissoria per arbitrato irrituale e azione di mero accertamento dinanzi al giudice ordinario*, *ivi*, 725 ss., nonché in *Corr. giur.* 2001, 1452 s., con nota di C. CONSOLO e R. MURONI, *ivi*, 1453 ss.

⁴⁸ V. COLESANTI, *Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri*, nota a Cass., Sez. I civ., 27 luglio 1957, in *Riv. dir. proc.* 1958, 244 ss., spec. a 256 s.. Nello stesso senso, M. BOVE, *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.* 1999, 409 ss., spec. a 414.

⁴⁹ S. MENCHINI, *op. loc. ult. cit.*.

⁵⁰ L. SALVANESCHI, *Commento all’art. 817 c.p.c. cit.*, 574. S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, 377 s. precisa che l’interesse ad agire nell’azione autonoma di accertamento sull’accordo arbitrale non sussisterebbe qualora il patto arbitrale di cui si indagasse la validità fosse un compromesso perché, essendo quest’ultimo stipulato a seguito dell’insorgenza di una controversia e limitato nell’oggetto a tale controversia, “*la parte riceve tutela piena ed esaustiva promuovendo il giudizio, arbitrale o statale, in cui è fatto valere il diritto sostanziale devoluto alla cognizione degli arbitri; ove il convenuto rilevi il difetto di potestà*

La tutela giudiziale, dal carattere necessariamente preventivo, perché improponibile una volta iniziato il giudizio arbitrale, di cui all'ultimo comma dell'art. 819 *ter* c.p.c, proprio in ragione dell'ampia formulazione della disposizione, potrà essere di mero accertamento dell'invalidità o della inefficacia della convenzione di arbitrato, tanto originaria, quanto sopravvenuta, nonché costitutiva e segnatamente di impugnazione per annullabilità del negozio compromissorio⁵¹. La dottrina maggioritaria ammette, inoltre, che, alla luce dei principi generali, sia ammissibile anche un'azione di accertamento positivo per ottenere una sentenza dichiarativa sulla validità ed efficacia dell'accordo arbitrale⁵². Allo stesso modo, pare maggioritaria la tesi per cui l'azione in esame potrà avere ad oggetto anche l'indagine sull'ambito oggettivo di efficacia dell'accordo arbitrale volte a indagare se determinate controversie siano da comprendere o meno nel “*perimetro di operatività*” della convenzione arbitrale⁵³.

Individuato così l'oggetto dell'azione, come tutela in concreto richiedibile con la proposizione dell'azione *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c., bisogna ora indagare l'efficacia della sentenza resa all'esito del giudizio. Sul punto, pare incontestabile che, una volta passata in giudicato, la decisione assunta all'esito dell'azione in esame sarà vincolante per le parti, così come per il giudice o gli arbitri dinanzi ai quali sia, in seguito, iniziata una controversia rientrante nell'oggetto della convenzione di

decisoria del giudice adito, questo risolve la questione pregiudiziale relativa alla convenzione e la sua statuizione esaurisce il contenuto di questa”. Viceversa, secondo l'Autore, l'interesse ad agire sussisterebbe solamente qualora l'accordo arbitrale in discussione fosse contenuto in una clausola compromissoria e questo in ragione della circostanza che tale clausola opera rispetto ad una potenziale pluralità di liti.

⁵¹ S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, 369.

⁵² S. MENCHINI, *op. loc. ult. cit.*, L. SALVANESCHI, *op. loc. ult. cit.*, G. RUFFINI, *op. loc. ult. cit.*.

⁵³ S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, 370, nonché S. IZZO, *La convenzione arbitrale cit.*, 113. Viceversa, MENCHINI dubita che sia proponibile una domanda giudiziale avente ad oggetto il “*modo di essere*” dell'accordo compromissorio e, segnatamente, se l'arbitrato voluto da le parti sia rituale o irrituale o se le parti abbiano voluto una decisione di diritto o secondo equità. Si noti che S. IZZO, *op. ult. cit.*, 114, ritiene ammissibile l'esperibilità dell'azione autonoma di cui all'art. 819 *ter* c.p.c. anche per indagare l'efficacia soggettiva dell'accordo arbitrale rilevando che “*in quest'ambito problemi maggiori sorgono con riferimento ai fenomeni successori e più in generale alla circolazione della clausola e del contratto al quale accede, oltre che all'ipotesi in cui il patto compromissorio operi con riguardo a gruppi organizzati*”.

arbitrato, con la conseguenza che né l'uno né gli altri potranno compiere una nuova valutazione circa la sussistenza della propria *potestas iudicandi*⁵⁴. Più complesso risulta il caso in cui in pendenza del giudizio di accertamento ora in esame, una delle parti, inizi una controversia di merito in sede arbitrale. Dalla lettura dell'art. 819 *ter* c.p.c. non emerge alcun argomento per negare che in pendenza dell'azione di accertamento dell'efficacia dell'accordo compromissorio sia proponibile la domanda di arbitrato. In altre parole, il fatto che in pendenza di arbitrato non sia proponibile la domanda di accertamento autonomo è determinante della natura preventiva di quest'ultima azione, ma non suggerisce in alcun modo che tale azione precluda di deferire una controversia in arbitrato⁵⁵.

Tra gli scenari immaginabili, il primo da prendere in considerazione è quello per cui iniziato il giudizio arbitrale, nel quale non viene sollevata alcuna eccezione d'incompetenza, si giunga al formarsi di un giudicato, all'esito del giudizio di cui all'art. 819 *ter* c.p.c., sulla inefficacia o invalidità dell'accordo compromissorio. In questo caso, pare preferibile la tesi per cui gli arbitri dovranno conformarsi al giudicato intervenuto *inter partes* e chiudere il procedimento arbitrale con un lodo

⁵⁴ F.P. LUISO, *Il rapporto tra arbitro e giudice*, in *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, a cura di E. FAZZALARI, Milano, 2006, 111 ss., spec. a 114 che afferma “[...] la sentenza, che decide di tale domanda, formerà giudicato proprio sulla questione della esistenza o meno del potere decisorio degli arbitri [...]. Un giudicato su tale oggetto, lo si definisca come si vuole (sostanziale, processuale, strumentale: non importa), è pertanto giuridicamente possibile”. Nello stesso senso, cfr. S. MENCHINI, *op. loc. ult. cit.* che parla di accertamento “*a rime obbligate*”. Ancora, cfr. L. SALVANESCHI, *op. ult. cit.*, 575 nonché G. RUFFINI, *op. ult. cit.*, 1362.

⁵⁵ In questo senso, L. SALVANESCHI, *op. loc. ult. cit.*, nonché S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, 373 che sottolinea che la *ratio* dell'ultimo comma dell'art. 819 *ter* sia da ravvisare nella intenzione del legislatore di assicurare che siano, di norma, gli arbitri a decidere della propria competenza. Tale scopo è raggiunto, però dal legislatore solo in via tendenziale perché, come abbiamo visto, non esiste alcun impedimento a che “*siano contemporaneamente pendenti un procedimento statale avente ad oggetto principaliter la convenzione ed uno arbitrale relativo ad un diritto sostanziale riconducibile ad essa [...]*”. *Contra*, cfr. G.F. RICCI, *Commento all'art. 819 ter c.p.c.*, in *Arbitrato*, diretto da F. CARPI, Bologna, 2016, 613 ss., spec. a 631 che critica tale interpretazione della disposizione sulla base dell'assunto che, accogliendola, “*basterebbe proporre di fronte al giudice ordinario una domanda di invalidità del patto compromissorio per impedire che il procedimento arbitrale possa essere instaurato, determinando così a carico di quest'ultimo un impedimento in tutto e per tutto analogo a quello che gli deriverebbe dalla litispendenza, che il legislatore ha invece voluto escludere*”.

declinatorio di competenza⁵⁶. Questo scenario, tuttavia, non è parso alla dottrina particolarmente rilevante dal punto di vista pratico perché “*statisticamente raro*”, dato il lasso di tempo necessario per il passaggio in giudicato della sentenza del giudice togato.

Pare, invece, più frequente e più complesso il caso in cui, nel procedimento arbitrale, instaurato in pendenza del giudizio *ex art. 819 ter c.p.c.*, venga proposta dalla parte convenuta l’eccezione di difetto, in capo agli arbitri, della *potestas iudicandi*. Questo caso verrà però analizzato nel paragrafo successivo dal momento che dovranno esserne analizzate le possibili soluzioni alla luce del sistema delle “vie parallele”, cui si è fatto cenno *supra*, nel Capitolo II⁵⁷.

3.2.3. IL SISTEMA DELLE “VIE PARALLELE” E L’ACCERTAMENTO INCIDENTALE SULLA CONVENZIONE DI ARBITRATO

Come si è detto nel paragrafo 2.4. del precedente Capitolo, il sistema delle “vie parallele” è il sistema scelto dal legislatore italiano per regolare i rapporti tra arbitrato e giudizio ordinario di cognizione. In particolare, il legislatore del 2006 ha rinunciato a regolare il rapporto tra i due strumenti giudiziali in via preventiva, con una regola analoga a quella della litispendenza prevista dall’art. 39 c.p.c., lasciando in vita il sistema delle “vie parallele”. Come conseguenza, il sistema delineato dagli articoli 817 e 819 *ter c.p.c.*, consente che un procedimento arbitrale ed uno dinanzi al

⁵⁶ L. SALVANESCHI, *op. ult. cit.*, 575 s.. In questo senso, già prima del 2006, si veda M. BOVE, *op. ult. cit.*, spec. a 42 s. Sul punto, cfr., inoltre S. IZZO *op. ult. cit.*, 118. Per quanto riguarda il profilo delle modalità a disposizione della parte interessata per far valere in arbitrato la sentenza del giudice ordinario bisogna fare riferimento all’art. 829, comma 1, n. 8) c.p.c.. La norma, modificata con il D.Lgs. 40/2006, prevede oggi l’impugnazione per nullità del lodo “*se [...] contrario ad altro precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti purché tale lodo o tale sentenza sia stata prodotta nel procedimento*”. Non è più fatta menzione della necessità, ai fini dell’annullamento del lodo, la deduzione dell’eccezione di cosa giudicata nel corso del giudizio arbitrale. Per una approfondita analisi del motivo di impugnazione di cui al comma 1, n. 8) dell’art 829 c.p.c., cfr. E. MARINUCCI, *Note sull’impugnazione del lodo arbitrale per contrarietà ad altra pronuncia*, in *Riv. dir. proc.* 2007, 1177 ss..

⁵⁷ Cfr. Capitolo II, paragrafo 2.4..

giudice ordinario si trovino a pendere contemporaneamente sia nel caso in cui i due giudizi abbiano il medesimo oggetto di merito, sia nel caso in cui oggetto del giudizio dinanzi al giudice ordinario sia quello previsto dall'ultimo comma dell'art. 819 *ter* c.p.c., visto nel paragrafo precedente, e agli arbitri sia deferito il merito della controversia⁵⁸.

La scelta del legislatore comporta, come è facilmente intuibile, seri problemi di coordinamento tra arbitrato e giudizio ordinario, con la conseguenza che spetta all'interprete tentare di individuare un raccordo successivo tra i due strumenti.

Nel presente paragrafo verranno esaminate una serie di possibili situazioni processuali ove sia richiesto di trovare un raccordo tra arbitrato e giudizio ordinario.

Il primo caso che deve essere esaminato è quello che si è delineato in chiusura del paragrafo precedente: in concreto, prospettata in via stragiudiziale l'azione arbitrale, una delle parti, ritenendo invalido o inefficace l'accordo arbitrale potrebbe proporre il giudizio di accertamento di cui all'art. 819 *ter*, comma 3, c.p.c.. La parte convenuta in tale giudizio potrebbe svolgere le proprie difese nel giudizio dinanzi al giudice ordinario sostenendo la validità e la piena operatività dell'accordo compromissorio e, sulla base di questo assunto, cominciare, nel frattempo, l'azione arbitrale per far valere la propria pretesa di merito. Il convenuto nel giudizio arbitrale, presumibilmente eccepirà dinanzi agli arbitri il difetto di *potestas iudicandi* di questi ultimi, oltre a svolgere le proprie difese nel merito. Gli arbitri, in ragione dell'eccezione proposta dalla parte convenuta, saranno chiamati, ai sensi del primo comma dell'art. 817 c.p.c., a “*decidere sulla propria competenza*”, con la conseguenza la validità dell'accordo compromissorio si troverebbe in discussione contemporaneamente dinnanzi al giudice togato, da un lato, così come dinanzi agli arbitri dall'altro.

L'applicazione del principio delle “vie parallele” all'eventualità appena prospettata è la conseguenza del fatto che quest'ultimo non è compreso tra quelli, tassativamente elencati dall'art. 819 *bis* c.p.c.⁵⁹, per i quali è prevista la sospensione

⁵⁸ In questo senso, già prima della riforma del 2006, M. BOVE, *op. loc. ult. cit.*; Id., *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.* 2007, 357 ss., spec. a 363.

⁵⁹ La disposizione, modificata con la riforma del 2006, prevede oggi, nel suo primo comma, che: “*Ferma l'applicazione dell'articolo 816-sexies, gli arbitri sospendono il procedimento arbitrale con ordinanza motivata nei seguenti casi:*

del procedimento arbitrale nonché della non applicabilità ai rapporti tra arbitrato e giudizio ordinario dell'art. 295 c.p.c.⁶⁰.

Qualora, dei due giudizi instaurati, si concluda per primo quello dinanzi al giudice dello Stato e la sentenza passi in giudicato in pendenza del procedimento arbitrale, come abbiamo visto nel paragrafo precedente, tale sentenza è destinata a vincolare gli arbitri a seguito del rilievo della parte interessata e qualora essi non si conformino al giudicato intervenuto, il lodo emesso potrà essere impugnato ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 8), c.p.c.⁶¹.

1) quando il processo dovrebbe essere sospeso a norma del comma terzo dell'articolo 75 del codice di procedura penale, se la controversia fosse pendente davanti all'autorità giudiziaria;

2) se sorge questione pregiudiziale su materia che non può essere oggetto di convenzione d'arbitrato e per legge deve essere decisa con autorità di giudicato;

3) quando rimettono alla Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale ai sensi dell'articolo 23 della legge 11 marzo 1953, n. 87^o.

⁶⁰ Non applicabilità espressamente prevista, come si è visto, dal terzo comma dell'art. 819 *ter* c.p.c..

⁶¹ Per i riferimenti, si veda *supra* nota 56. Da segnalare, inoltre, il riferimento di S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, nota 19 all'ipotesi in cui nel giudizio arbitrale sia fatta valere la decisione del giudice togato sulla validità della clausola arbitrale, ancorché non passata in giudicato. Sul punto, l'Autore menziona Cass., S.U., 23 giugno 2012, n. 10027, in *Foro it.* 2014, I, 936 ss., con note di G. TRISORIO LIUZZI, *Le sezioni unite e la sospensione del processo civile per pregiudizialità*, *ivi*, 946 ss. e di A. PROTO PISANI, *Ancora sulla sospensione c.d. necessaria dei processi civili per pregiudizialità*, *ivi*, 950 ss., nonché in *Riv. dir. proc.* 2013, 683 ss., con nota di S. MENCHINI, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra gli articoli 295, 297 e 337, 2° comma, c.p.c.: una decisione che non convince*, *ivi*, 689 ss., che ha affermato che, tranne in alcuni casi tassativi previsti dalla legge, la sentenza su un rapporto pregiudiziale, ancorché non passata in giudicato, produce efficacia vincolante nel giudizio dipendente (con la precisazione che qualora la pronuncia sul rapporto pregiudiziale sia impugnata, il secondo giudice può disporre la sospensione del processo *ex art.* 337, comma 2, c.p.c.). Applicando il principio così enunciato dalle S.U. al rapporto tra decisione sulla validità ed efficacia dell'accordo compromissorio rispetto al giudizio arbitrale instaurato per secondo, l'Autore individua le seguenti conseguenze: la parte interessata potrebbe far valere nel procedimento arbitrale la sentenza emessa dal giudice togato relativa alla convenzione arbitrale che, ancorché non passata in giudicato, sarebbe vincolante per le parti e per gli arbitri; qualora la sentenza non fosse impugnata, con il passaggio in giudicato, l'accertamento in essa contenuto diviene definitivo e non controvertibile; qualora la sentenza fosse, invece, impugnata non verrebbe meno il vincolo degli arbitri rispetto al suo contenuto, ma i giudici privati potrebbero disporre la sospensione del procedimento *ex art.* 337, comma 2, c.p.c., l'applicazione del quale è espressamente consentita dall'art. 819 *bis*, comma 2, c.p.c.; qualora dinanzi agli arbitri sia fatta valere la sentenza dichiarativa dell'efficacia

Supponiamo, invece, che una volta proposti il giudizio ordinario sull'efficacia e la validità della clausola arbitrale così come l'arbitrato per la risoluzione del merito della controversia, sia quest'ultimo ad addivenire ad un lodo definitivo, prima del passaggio in giudicato della sentenza del giudice ordinario. È evidente che in questo caso i problemi di coordinamento si pongono solamente quando le due decisioni abbiano un contenuto contrastante, configurando così un conflitto di tipo logico, e non già pratico, dal momento che non è identico il bene della vita oggetto delle due decisioni.

Qualora il lodo avesse deciso nel merito e, non più impugnabile, tale lodo fosse divenuto definitivo e, in un secondo momento, il giudice pervenisse ad una decisione di invalidità della clausola compromissoria, tale sentenza non avrebbe alcun effetto sul giudicato sostanziale intervenuto con il lodo arbitrale, ma *“avrebbe valenza solo per le eventuali altre liti che instaurate davanti agli arbitri, oppure davanti al giudice quale giudicato opponibile in entrambe le sedi [...]”*⁶².

Viceversa, qualora il lodo avesse declinato la *potestas iudicandi* degli arbitri, in accoglimento dell'eccezione *ex art. 817 c.p.c.*, e il giudizio di merito dovesse accertare con sentenza la validità dell'accordo compromissorio, allora la parte interessata potrà avviare un nuovo procedimento arbitrale, all'interno del quale esplicherà efficacia vincolante l'accertamento giurisdizionale⁶³.

Individuato così l'operare del sistema delle “vie parallele” con riferimento alla contemporanea pendenza del giudizio statale *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c. e del giudizio di merito, proposto in sede arbitrale⁶⁴, possiamo ora ad analizzare la

dell'accordo arbitrale e tale sentenza venga impugnata, nel caso in cui gli arbitri decidano di non sospendere il procedimento e decidano la causa nel merito, l'accoglimento dell'impugnazione della sentenza travolgerebbe il lodo emesso, ai sensi dell'art. 336, comma 2, c.p.c..

⁶² L. SALVANESCHI, *op. ult. cit.*, 578, nonché S. MENCHINI, *Il controllo sulla convenzione cit.*, 376 s., che sottolinea che la pronuncia riguardo alla convenzione arbitrale *“«fa stato a ogni effetto», ai sensi dell'art. 2909 c.c., salvo che rispetto al diritto che è oggetto del lodo, in ordine al quale opera la regolamentazione vincolante dettata dalla pronuncia arbitrale, munita, ai sensi dell'art. 824-bis c.p.c., di autorità di cosa giudicata”*.

⁶³ S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, 377.

⁶⁴ L. SALVANESCHI, *op. ult. cit.*, 579 sottolinea che le ipotesi di questo tipo appena descritte non dovrebbero essere particolarmente frequenti perché è *“facilmente immaginabile”* che, nonostante la *potestas iudicandi* degli arbitri sia da considerare come

situazione in cui la medesima controversia di merito sia proposta dinanzi agli arbitri e al giudice togato.

Come si è detto *supra*, anche prima della riforma del 2006 il sistema delle vie parallele governava i rapporti tra arbitrato e giudizio ordinario, con la conseguenza evidentemente sconveniente che le parti si potessero – in ipotesi – trovare contemporaneamente vincolate da un lodo e da una sentenza difformi, con un evidente problema di decisioni di merito confliggenti⁶⁵.

Proprio per tentare di superare questa difficoltà si è visto, nel Capitolo II, paragrafo 2.4., che la Corte di cassazione, con due decisioni, rispettivamente del 1996 e del 1997, aveva tentato di delineare una c.d. litispendenza “zoppa” o “a senso unico”, suggerendo l’applicazione del meccanismo della prevenzione per istituire un coordinamento preventivo tra giudizio ordinario e arbitrato, ma solamente quando il primo giudizio instaurato fosse quello arbitrale⁶⁶. Si è detto che una tale soluzione potrebbe anche essere individuata interpretando in maniera strettamente letterale degli articoli 817 e 819 *ter* c.p.c., ma la dottrina prevalente ha riaffermato, anche dopo il 2006, la prevalenza del sistema delle vie parallele. Per l’analisi delle argomentazioni poste a fondamento di tale tesi si rinvia al Capitolo II. Qui basti rammentare che stando al dato del comma 1° dell’art. 819 *ter* c.p.c. la competenza degli arbitri non è esclusa dalla previa pendenza della medesima causa davanti al giudice ordinario. Quanto al fatto che la competenza del giudice ordinario non sia esclusa dalla previa pendenza della medesima causa davanti agli arbitri questo si

autonomo bene della vita, le parti facciano valere dinanzi al giudice ordinario anche le loro ragioni di merito.

⁶⁵ Sulla sussistenza del sistema delle c.d. “vie parallele”, *ante* 2006, cfr. per tutti E.F. RICCI, *L’arbitrato di fronte alla litispendenza giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.* 2000, 500 ss..

⁶⁶ Cass. civ., Sez. I, 8 luglio 1996, n. 6205, in *Riv. arb.* 1997, 325 ss., con nota di R. VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale a giudicare della propria competenza*, *ivi*, 329 ss., in *Corr. giur.* 1996, 1007 ss., con nota di V. CARBONE, *ivi*, 1009 ss.; in *Giur. it.*, 1997, I, 623 ss., in *Giust. civ.* 1996, I, 2842 ss. e Cass. civ., Sez. I, 7 aprile 1997, n. 3001, in *Riv. arb.* 1997, 515 ss., con nota di F.P. LUISO, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, *ivi*, 518 ss., in *Giust. civ.* 1997, I, 2451 ss., con nota di D. GIACOBBE, *Questioni di litispendenza tra giudizio ordinario e giudizio arbitrale*, *ivi*, 2453 ss..

deduce dal terzo comma dell'art. 819 *ter* c.p.c. che, come abbiamo visto, esclude la parallela pendenza del giudizio arbitrale, instaurato per primo, e del giudizio ordinario solamente nel caso in cui il giudizio ordinario sia volto all'ottenimento di una pronuncia, autonoma rispetto alla causa di merito, sulla validità dell'accordo arbitrale.

Per completezza, si segnala che una parte della dottrina ha ipotizzato che la disposizione dell'art. 819 *ter* c.p.c., per cui *“l'eccezione di incompetenza del giudice in ragione della convenzione di arbitrato deve essere proposta, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta. La mancata proposizione dell'eccezione esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio”*, possa attribuirsi una valenza di coordinamento preventivo tra i due giudizi⁶⁷.

Sul punto, altra parte della dottrina, che mi pare da preferire, ha sottolineato che la norma disegnerebbe *“un quadro così ambiguo e reticente, [che] l'attività dell'interprete finisce per sfociare in un vero e proprio atto di volontà”*⁶⁸ e, di conseguenza, andrebbe escluso che con l'inciso menzionato la norma costituisca un coordinamento preventivo tra il giudizio arbitrale e quello dinanzi al giudice togato perché, da un lato, tale coordinamento opererebbe *“a senso unico”*, visto che non è prevista una norma analoga nell'ambito dell'art. 817 c.p.c.; dall'altro lato, il riferimento alla esclusione della competenza arbitrale *“limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio”* sembra attribuire rilevanza alla decisione nel merito *“ed allora sembra preferibile escludere che il solo comportamento processuale possa avere un qualche effetto esterno, considerando il fatto che l'equivocità della norma rappresenta più un motivo per rimanere legati ai principi generali, piuttosto che un motivo per allontanarsene”*⁶⁹. In aggiunta alle argomentazioni appena viste, per negare che la disposizione istituisca un coordinamento preventivo, bisogna menzionare anche quella fondata sulla lettera del 2° comma dell'art. 817 c.p.c., elaborata da Salvaneschi⁷⁰, secondo la quale la disposizione infatti, nel prevedere che il potere degli arbitri di decidere della propria

⁶⁷ In questo senso, cfr. F.P. LUIISO, *op. ult. cit.*, 124 ss. nonché E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, Milano, 2009, 103.

⁶⁸ M. BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice cit.*, 369.

⁶⁹ M. BOVE, *op. ult. cit.*, 371.

⁷⁰ L. SALVANESCHI, *Commento all'art. 817 c.p.c.*, cit., 593 ss.

competenza esiste “*anche se i poteri degli arbitri sono contestati in qualsiasi sede per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento*”, sembra prendere in considerazione anche la situazione per cui una volta instaurato un procedimento ordinario avente il medesimo oggetto di quello arbitrale, in mancanza di eccezione di incompetenza nel giudizio ordinario, gli arbitri non potranno più, per la lettera dell’art. 819 *ter* c.p.c., decidere il merito della lite, ma dovranno pur sempre decidere, *ex art. 817, comma 2, c.p.c.* sulla contestazione, eventualmente dinanzi a loro proposta, relativa alla sopravvenuta carenza di *potestas iudicandi*.

Alla luce di questi rilievi sembra, allora, preferibile la tesi secondo la quale “*il significato dell’inciso in discussione non sia altro che un’affermazione ad abundantiam che, in seguito alla mancata proposizione dell’eccezione, non c’è alcuna caducazione definitiva della convenzione di arbitrato, ma solo una rinuncia alla sua operatività per quel giudizio, oppure, se si preferisce, una sua estinzione che incide tuttavia solo sul suo utilizzo in ordine all’azione già dedotta in giudizio*”⁷¹.

Quale conseguenza di quanto appena esposto, mi pare che i rapporti tra arbitri e giudice siano, dunque, ancora oggi regolati da “*un sistema parallelo a doppio ingresso*”⁷², che comporta i seguenti corollari: “*non vi è la priorità di una via rispetto all’altra; la pendenza della controversia non impedisce la proposizione della domanda nell’altra; il raccordo fra le due vie avviene attraverso le rispettive decisioni*”⁷³.

In altre parole, data l’assenza di una regola assimilabile a quella della litispendenza di cui all’art. 39 c.p.c. nei rapporti tra arbitri e giudice⁷⁴, nulla

⁷¹ L. SALVANESCHI, *op. ult. cit.*, 595. Sul punto, si veda inoltre P.L. NELA, *Commento all’art. 819 ter c.p.c.*, in *Le recenti riforme del processo civile*, diretto da S. CHIARLONI, Torino, 2007, 1809 ss., spec. a 1816 s., che sottolinea che l’intento legislativo di chiarire la mancata proposizione dell’eccezione di incompetenza del giudice ordinario rispetto all’arbitrato non ha effetto, naturalmente, nelle altre controversie regolate dalla clausola compromissoria sarebbe confermato dall’introduzione dell’aggettivo “*quel*”, non presente nel testo sottoposto alla prima lettura del Consiglio dei Ministri, ma comparso nella versione definitiva del testo legislativo, riferito all’inciso “*esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio*”.

⁷² L. SALVANESCHI, *op. ult. cit.*, 583.

⁷³ F.P. LUISSO, *Il rapporto tra arbitro e giudice cit.*, 126.

⁷⁴ M. BOVE, *op. loc. ult. cit.*. In senso analogo, cfr. L. SALVANESCHI, *Commento all’art. 817 c.p.c.*, cit., 593 ss., che aggiunge alle ragioni di tipo sistematico per negare che la disposizione istituisca un coordinamento preventivo, quella fondata sulla lettera del 2°

impedisce che una medesima causa possa essere iniziata davanti al giudice ordinario così come davanti agli arbitri e che i due processi proseguano indipendentemente l'uno dall'altro. Come conseguenza, due giudizi identici instaurati l'uno dinanzi agli arbitri, l'altro dinanzi al giudice ordinario potranno entrambi addivenire ad una decisione sul merito, qualora sia gli arbitri sia il giudice si ritenessero dotati della *potestas iudicandi*. Tale situazione non presenta particolari problemi ricostruttivi perché dovrà essere risolta attraverso l'ordinaria regola del conflitto di giudicati, con la conseguenza che a prevalere sarà la prima decisione divenuta definitiva. Ancora, non pare destare particolari problemi il caso in cui, nello scenario prospettato, uno dei due organi, quello arbitrale oppure quello statale, si ritenga competente e l'altro riconosca il proprio difetto di *potestas iudicandi*.

La fattispecie che desta grossi problemi applicativi è quella in cui, iniziati due procedimenti dall'identico oggetto, uno dinanzi agli arbitri e uno dinanzi al giudice ordinario, proposta in entrambe le sedi l'eccezione di incompetenza, nessuno dei due organi aditi si ritenga dotato di potere decisorio. La medesima questione mi pare si ponga in termini non dissimili anche qualora cominciato un solo giudizio, questo si concluda, proposta la relativa eccezione dalla parte interessata, con una pronuncia di carenza di *potestas iudicandi*. Infatti, la conseguenza, inaccettabile, che deriverebbe dal primo caso menzionato – quello del conflitto negativo di competenza – così come, potenzialmente, dalla mancata vincolatività della decisione di incompetenza sarebbe un vuoto di tutela per la parte attrice, dato che, lo si ricorda, l'art. 819 *ter* c.p.c. vieta espressamente l'applicazione, tra le altre, della disposizione di cui all'art. 45 c.p.c. sul conflitto di competenza⁷⁵. Appare allora evidente la ragione per cui deve

comma dell'art. 817 c.p.c.. La disposizione infatti, nel prevedere che il potere degli arbitri di decidere della propria competenza esiste “*anche se i poteri degli arbitri sono contestati in qualsiasi sede per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento*”, sembra prendere in considerazione anche la situazione per cui una volta instaurato un procedimento ordinario avente il medesimo oggetto di quello arbitrale, in mancanza di eccezione di incompetenza nel giudizio ordinario, gli arbitri non potranno più, per la lettera dell'art. 819 *ter* c.p.c., decidere il merito della lite, ma dovranno pur sempre decidere, *ex art. 817*, comma 2, c.p.c. sulla contestazione, eventualmente dinanzi a loro proposta, relativa alla sopravvenuta carenza di *potestas iudicandi*.

⁷⁵ Chiaro sul punto, S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, 391 s., che precisa “[...] è necessario proteggere il diritto dell'attore ad avere una pronuncia di merito in ordine alla situazione soggettiva dedotta in giudizio, impedendo l'insorgere di conflitti negativi di competenza, a

essere trovata una soluzione in via interpretativa a tale problema.

Proprio al fine di evitare il vuoto di tutela giurisdizionale di cui l'attore si troverebbe ad essere vittima, da più parti, in dottrina, si è cercata una via per risolvere la questione in maniera da tutelare il principio generale della effettività della tutela giurisdizionale e quello di economia processuale. In ragione di tali principi, è stato, opportunamente, considerato auspicabile *“riconoscere che il provvedimento che decide sull'eccezione di competenza, una volta divenuto definitivo sia vincolante anche al di fuori del processo in cui è stato pronunciato, sempre che esso riguardi la medesima domanda giudiziale”*⁷⁶.

La prima ricostruzione che deve essere presa in considerazione è quella offerta

causa di più pronunce, emesse dai differenti giudici aditi, che, allo stesso modo, declinano la propria competenza”. Per quanto attiene al divieto di applicazione della norma sul conflitto negativo di competenza, questa è rimasta ferma anche a seguito della pronuncia della Corte costituzionale, analizzata *supra* nel paragrafo 3.1.1., che ha “introdotto” la *translatio iudicii* tra giudizio ordinario e arbitrato. Tale pronuncia, lo si rammenta, ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 819 *ter* c.p.c. nella parte in cui vietava l'applicazione dell'art. 50 c.p.c. ai rapporti tra arbitrato e giudizio ordinario, ma ha lasciato espressamente in vigore gli altri divieti, tra cui quello dell'applicazione dell'art. 45 c.p.c.. Come conseguenza, la decisione ha avuto rilevanza quanto alla salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda proposta dinanzi all'organo (statale o arbitrale) carente di *potestas iudicandi*, ma ha lasciato in vita i problemi relativi al conflitto negativo di competenza, che sono oggetto di analisi nel presente paragrafo. Per la disamina dei risvolti applicativi della *translatio iudicii* si rinvia alla Parte III del presente Capitolo.

⁷⁶ S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, 407. Nello stesso senso, L. SALVANESCHI, *op. ult. cit.* 587, nonché F.P. LUIISO, *op. ult. cit.*, 128 s., che sottolinea *“un sistema che prevede per un verso la possibile contemporanea pendenza di un processo arbitrale e di un processo giurisdizionale aventi lo stesso oggetto, e, per altro verso, la autonoma valutazione, da parte di ciascun decidente in ciascuna delle due sedi, delle questioni relative alla esistenza, validità ed efficacia della convenzione di arbitrato, non può funzionare se la decisione (ovviamente definitiva) che si produce in una sede non possa essere spesa nell'altra”*. Nello stesso senso, anche C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario (evoluzioni e problemi irrisolti)*, in *Riv. arb.* 1998, 659 ss., spec. a 670 s.. Si segnala, inoltre, che, con riferimento al sistema antecedente alla riforma del 2006, F.P. LUIISO, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, cit. 525 ss., riteneva di superare le difficoltà causate dal sistema delle vie parallele attribuendo vincolatività alla pronuncia negativa di competenza sulla base del *“principio generale”* per cui il giudice e l'arbitro sarebbero vincolati al giudicato perché a quest'ultimo sono vincolate 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”*.

da Luiso, a ridosso della riforma del 2006⁷⁷. Per giungere al risultato della vincolatività della prima decisione declinatoria di competenza, divenuta definitiva, per l'autorità (giudice o arbitri) dinanzi alla quale la lite è ancora pendente, secondo l'Autore, l'elemento dal quale prendere le mosse è quello della proponibilità dell'azione autonoma per l'accertamento della invalidità o inefficacia dell'accordo compromissorio, previsto dall'art. 819 *ter*, ultimo comma, c.p.c., che si è vista nel paragrafo precedente. Come abbiamo visto, con tale disposizione, il legislatore ha previsto che possa essere pronunciata una sentenza avente ad oggetto unicamente la *potestas iudicandi* degli arbitri e che, quindi, costituisce un autonomo bene della vita, degno di tutela. L'effetto di tale sentenza è quello di vincolare il giudice o l'arbitro rispetto al presupposto accertato – positivamente o negativamente – della sussistenza del potere decisorio degli arbitri. Sulla base di questo assunto l'Autore sostiene, allora, che il medesimo effetto si dovrebbe riconoscere anche quando la sussistenza della *potestas iudicandi* degli arbitri venga in rilievo in un giudizio di merito, giudiziale oppure arbitrale, costituendo quest'ultima una questione pregiudiziale astrattamente suscettibile di giudicato. In altre parole, visto che l'accertamento sulla validità della clausola arbitrale costituisce un bene della vita tutelato dall'ordinamento con l'esperibilità di un'autonoma azione di accertamento destinata, eventualmente, a passare in giudicato e vincolare l'organo successivamente adito, tale vincolatività deve essere riconosciuta anche quando la questione emerga all'interno di un giudizio di merito, quale questione pregiudiziale.

L'altra possibile ricostruzione volta a trovare un coordinamento tra arbitrato e giudizio ordinario, e che mi pare si possa considerare come una elaborazione di quella appena vista, che deve essere menzionata è quella proposta da Menchini⁷⁸. Questo Autore riconosce che, a fronte della proposizione di un'eccezione di carenza della *potestas iudicandi* degli arbitri o del giudice, “*la decisione (definitiva), avente ad oggetto la risoluzione della questione di competenza, che è stata prodotta in una sede, possa essere spesa nell'altra*”⁷⁹. Per giungere a tale risultato, Menchini fa leva sul principio del c.d. “vincolo al motivo portante” per cui “*gli effetti del giudicato, al*

⁷⁷ F. P. LUISO, *op. ult. cit.*, 128 ss..

⁷⁸ S. MENCHINI, *op. cit.*, 391 ss.

⁷⁹ S. MENCHINI, *op. cit.*, 398.

*fine di rispettare i legami che intercorrono tra i due procedimenti, operano rispetto al «motivo portante della decisione»⁸⁰. L'operare di tale principio, già elaborato dalla dottrina tedesca⁸¹, è stato affermato da Menchini in ragione del fatto che il giudizio arbitrale e quello statale sarebbero legati da un nesso di bilanciamento reciproco (c.d. *Ausgleichszusammenhang*), per il quale la possibilità di avere tutela tramite una delle due vie esclude, automaticamente, la percorribilità dell'altra⁸². In altre parole, il fatto che l'accertamento positivo della validità ed efficacia della clausola arbitrale escluda, *tout court*, la *potestas iudicandi* del giudice ordinario, così come il fatto che l'accertamento negativo, escluda, allo stesso modo la *potestas iudicandi* degli arbitri, fa sì che intercorra tra i due procedimenti un legame reciproco che si concretizza nella vincolatività della decisione, assunta dal giudice o dall'arbitro, in merito alla validità ed efficacia dell'accordo compromissorio⁸³. Due sono le principali conseguenze applicative che Menchini ha individuato: la prima è che qualora l'organo adito (arbitri o giudice) declinasse la propria competenza, riconoscendo la *potestas iudicandi* in capo all'altro, quest'ultimo sarà vincolato da tale statuizione e non potrà a sua volta considerarsi incompetente. La seconda conseguenza applicativa attiene possibilità di utilizzare i principi appena visti anche per evitare il conflitto positivo di competenza e si concretizza nel fatto che se uno dei due organi (arbitri o giudice) abbia riconosciuto di essere competente, l'altro non potrà ritenersi a sua volta competente, ma dovrà conformarsi al contenuto della decisione⁸⁴.*

⁸⁰ S. MENCHINI, *op. loc. ult. cit.*

⁸¹ A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*, Tubinga, 1959, di cui in A. BONSIGNORI, *I limiti oggettivi della cosa giudicata in un recente libro tedesco*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1961, 236 ss..

⁸² Nello stesso senso, C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario (evoluzioni e problemi irrisolti)*, in *Riv. arb.* 1998, 659 ss., spec. a 673 s., che definisce il concetto di *Ausgleichszusammenhang*, come “un nesso di alternatività bilanciata e simmetrica”.

⁸³ S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, 399 sottolinea che l'applicabilità del principio appena visto al rapporto tra arbitri e giudice risulta oggi rafforzata dal fatto che l'accertamento sulla validità ed efficacia dell'accordo arbitrale “*costituendo il presupposto logico necessario di ogni pronuncia sulla potestas iudicandi del giudice adito, è oggetto di una questione la cui risoluzione avviene con efficacia vincolante extraprocessuale*”.

⁸⁴ S. MENCHINI, *op. loc. ult. cit.*. Per quanto riguarda il campo applicativo dell'indagine ora riportata, l'Autore specifica a 379 che questo sarà limitato all'ipotesi in cui sia pendente un

Rispetto alla costruzione appena vista, altra parte della dottrina ha esposto opinioni contrastanti. Da un lato, Bove, fermo nell'individuare una questione di rito in quella relativa al nel rapporto tra arbitri e giudice ordinario, ha criticato tale tesi perché avrebbe il difetto di essere viziata da un "salto logico": quello di non aver dimostrato che la teoria dell'antecedente logico sia applicabile anche in caso di decisioni di rito⁸⁵.

Dall'altro lato, Salvaneschi non riscontra alcun salto logico nell'utilizzo del vincolo al motivo portante proposto da Menchini, "una volta che sia distaccata la questione che ha quale suo oggetto il potere decisorio degli arbitri da quelle di rito, per riportarla nell'alveo di quelle di merito"⁸⁶. Tuttavia, sottolinea l'Autrice, una volta compiuta questa scelta di tipo sistematico, esistono argomenti per far rientrare la questione nell'ambito della pregiudizialità tecnica, dal momento che l'art. 817 c.p.c.

unico processo (dinanzi al giudice o agli arbitri) nel quale è stata sollevata l'eccezione. Tuttavia, come si è visto, ritengo che da un punto di vista logico la situazione ponga problemi applicativi non dissimili da quelli che si pongono in caso di contemporanea pendenza della lite in sede arbitrale e giudiziale. In effetti, l'Autore, nell'analizzare in un secondo momento la quest'ultima situazione, spec. a 406 ss., mi sembra pervenire a risultati non differenti, ritenendo che il coordinamento tra i due giudizi possa avvenire, naturalmente quando si tratti della medesima causa, sempre tramite un raccordo successivo e segnatamente, a 408, "attribuendo efficacia panprocessuale della statuizione sulla competenza resa in una sede, allorché il provvedimento sia divenuto definitivo. La pronuncia, non soltanto della Corte di Cassazione, ma anche dei giudici di merito e degli arbitri, che risolve la questione di competenza, è incontestabile di fronte a qualsiasi giudice, purché si tratti della medesima causa".

⁸⁵ M. BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, cit., 375. L'Autore commenta le scelte sistematiche del legislatore del 2006 sottolineando, a 373, che "utilizzando la categoria della competenza nella disciplina dei rapporti tra arbitro e giudice statale, sarebbe stato quasi naturale utilizzare anche l'istituto della *translatio iudicij*, con tutte le conseguenze che le citate norme vi ricollegano in ordine all'efficacia della sentenza d'incompetenza". Quale conseguenza di tale considerazione, come si è visto nel Capitolo II, al paragrafo 2.5., con l'avvento della *translatio iudicij* di cui all'art. 59 della L. 69/2009, M. BOVE, *Ricadute sulla disciplina dell'arbitrato della legge n. 69/2009*, in *Sull'arbitrato, studi offerti a Giovanni Verde*, (a cura di) F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA, N. RASCIO, Napoli, 2010, 81 ss., spec. a 85, suggeriva di estenderne l'applicazione anche al conflitto tra arbitri e giudice. Critica verso l'applicazione al caso di specie della teoria del c.d. antecedente logico necessario anche S. IZZO, *Appunti sull'eccezione di compromesso e sulla sentenza che la decide*, in *Sull'arbitrato, studi offerti a Giovanni Verde*, (a cura di) F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA, N. RASCIO, Napoli, 2010, 451 ss., spec. a 462 s..

⁸⁶ L. SALVANESCHI, *op. ult. cit.*, 590.

affida agli arbitri la medesima decisione che, non ancora pendente il giudizio arbitrale, può essere affidata al giudice ordinario come oggetto autonomo di accertamento, con la conseguenza che è proprio tale disposizione dell'art. 817 c.p.c. ad imporre che la decisione sulla sussistenza della *potestas iudicandi* sia idonea, una volta divenuta definitiva, a vincolare, oltre alle parti, ogni altro organo giudicante⁸⁷. Sulla soluzione così accennata ci si soffermerà a breve nel dettaglio.

All'esposizione della tesi per cui il conflitto tra arbitri e giudice dovrebbe essere risolto attribuendo efficacia vincolante extraprocessuale alla pronuncia sulla *potestas iudicandi* degli arbitri può, a mio avviso, essere affiancato un riferimento giurisprudenziale che, seppur relativo ad altra questione, mi pare rilevante dal punto di vista logico, per l'analisi di quella che ci occupa.

Mi riferisco, in particolare alla sentenza delle S.U. del 2014, n. 26242⁸⁸, con la quale la Corte, adita per pronunciarsi sulla configurabilità di un giudicato implicito di non nullità a fronte di una sentenza che abbia deciso il merito di una domanda relativa ad un effetto del contratto⁸⁹ – con pronuncia di rigetto della domanda di parte

⁸⁷ L. SALVANESCHI, *op. ult. cit.*, 590 s.. In senso analogo, cfr. C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2012, 213 s..

⁸⁸ Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242, insieme a Cass., S.U., 12 dicembre 2014 n. 26243, in *Corr. giur.* 2015, 88, con nota di V. CARBONE, "Porte aperte" delle Sezioni Unite alla rilevanza d'ufficio del giudice della nullità del contratto, *ivi*, 88 ss., in *Giur. it.* 2015, 70 s., con nota di I. PAGNI, Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite, *ivi*, 71 ss.; in *Foro. it.*, 2015, I, con nota di A. PALMIERI e R. PARDOLESI, Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi), *ivi*, 916 ss., con nota di F. DI CIOMMO, La rilevanza d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le sezioni unite: la nullità presa (quasi) sul serio, *ivi*, 922 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: «quid iuris»? , *ivi*, 928 ss., con nota di S. MENCHINI, Le sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto, *ivi*, 931 ss., con nota di A. PROTO PISANI, Rilevanza d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle sezioni unite, *ivi*, 944. Le fonti bibliografiche appena citate riportano le massime tratte dalle c.d. "sentenze gemelle" nn. 26242 e 26243. Il testo integrale delle decisioni è disponibile, tra le altre, sulla banca dati www.iusexplorer.it.

⁸⁹ Per la descrizione dell'ordinanza interlocutoria di assegnazione della questione alle S.U. (n. 16630/2013), "che poneva una questione di massima di particolare importanza afferente alla individuazione delle condizioni per la formazione e l'estensione dell'efficacia del c.d. giudicato implicito esterno riguardante la sentenza di rigetto della domanda di risoluzione rispetto alla successiva azione di nullità concernente lo stesso contratto", si veda il paragrafo 2 della sentenza medesima.

con motivazione silente sulla nullità o non nullità del contratto – ha, invece, colto l’occasione per analizzare il tema sotto plurimi punti di vista⁹⁰, dando vita ad una decisione molto complessa⁹¹. Quello che però qui interessa, e che mi pare possa essere un punto di contatto con la tesi menchiniana che abbiamo appena esposto, è che le Sezioni Unite con la decisione in esame si sono pronunciate sull’efficacia da attribuire alla valutazione sulla validità del contratto, qualora questa funga da antecedente logico per la risoluzione di una diversa questione di merito. E quello che ancor più interessa è che per indagare tale questione, la Corte abbia fatto riferimento alla teoria del vincolo al motivo portante.

In altre parole, abbiamo visto che, una volta che una lite sia portata dinanzi agli arbitri oppure dinanzi al giudice ordinario, l’organo decidente dovrà sempre valutare la propria *potestas iudicandi*. Nel caso specifico, tale valutazione, pur se volta all’individuazione della ripartizione del potere decisorio, dovrà inesorabilmente prendere in considerazione la validità di un accordo negoziale. In questo senso, mi pare che si possa dire che la validità di un accordo negoziale, segnatamente dell’accordo compromissorio, sia il presupposto, l’antecedente logico necessario al quale la decisione farà capo⁹². La questione è quella di valutare l’efficacia della decisione su questo presupposto.

⁹⁰ Nel medesimo paragrafo 2, le S.U. segnalano che con precedente ordinanza interlocutoria n. 21083, del 27 novembre 2012, la sezione II aveva già rimesso gli atti al Primo presidente per l’assegnazione alle S.U. della “*ulteriore questione di massima di particolare importanza se la nullità della contratto possa essere rilevata d’ufficio non solo perché sia stata proposta domanda di adempimento o di risoluzione del contratto ma anche nel caso in cui sia domandato l’annullamento del contratto stesso*”.

⁹¹ Nel testo viene presa in considerazione l’unico aspetto della decisione rilevante per il lavoro che ci occupa, ma per completezza si segnala che la decisione ha analizzato diversi aspetti relativi alle impugnazioni negoziali e in particolare: i concetti di “rilevazione” e “dichiarazione” della nullità negoziale; il rapporto tra le nullità di protezione e la disciplina del rilievo ufficiosi di cui all’art. 1421 c.c.; la configurabilità di un giudicato implicito di “non nullità”; la configurabilità del potere ufficioso ex art. 1421 c.c. anche a fronte di domande di annullamento e rescissione.

⁹² In particolare, una sentenza, pronunciata dal giudice, di accoglimento del merito avrà quale presupposto la valutazione dell’invalidità o inefficacia della clausola arbitrale; viceversa, una sentenza, pronunciata dal medesimo giudice, di rigetto per carenza di *potestas iudicandi* avrà quale presupposto la valutazione della validità della clausola compromissoria. E mi pare che lo stesso possa dirsi specularmente per il lodo, di accoglimento oppure di rigetto, visto che l’art. 817 c.p.c. attribuisce agli arbitri la potestà per decidere sulla validità e sull’efficacia dell’accordo compromissorio.

Con la decisione 26242 le S.U. sono state chiamate a pronunciarsi sull'efficacia dell'accertamento della validità di un negozio, quando quest'ultima non sia oggetto della controversia, ma costituisca solamente un presupposto logico per la diversa pronuncia di merito richiesta dalle parti, questione che mi sembra assimilabile a quella appena esposta con riferimento alla validità della clausola arbitrale.

Nel decidere la questione nel senso che l'accertamento, contenuto in motivazione, e non naturalmente nel dispositivo, perché non richiesto dalle parti, possa produrre efficacia extraprocessuale, le S.U. hanno fatto specifica menzione della teoria zeuneriana del vincolo al motivo portante⁹³. Nella motivazione, le S.U. fanno più volte riferimento ai concetti di “giudicato implicito” o “giudicato sul motivo portante” relativo alla nullità o non nullità del contratto⁹⁴. Parte della dottrina⁹⁵ ha, peraltro, segnalato che tale scelta lessicale sarebbe impropria, dal momento che il giudicato mai si può formare in assenza di domanda di parte. In questo senso, in applicazione della teoria richiamata, si verrebbe a produrre sul

⁹³ Cfr. *supra*, nota 81.

⁹⁴ Sul punto, si veda S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, nota 12, che sottolinea “*La Cassazione evidenzia che il processo non può disarticolare e deformare la realtà sostanziale, ma, poiché è strumentale al diritto materiale, deve rispettare le strutture e la conformazione dei diritti soggettivi, i loro collegamenti e le loro interferenze. Pertanto, ove sia stata respinta la domanda di adempimento, a causa della riconosciuta nullità del contratto, «sarebbe arduo sostenere che sulla quaestio nullitatis possa nuovamente instaurarsi un successivo giudizio, [...] salvo implicitamente avallare un evidente abuso dello strumento del processo».* Specificamente al tema del giudicato (implicito ed esplicito) sono dedicati i punti 5.1.-5.16. della sentenza.

⁹⁵ Sul punto C. CONSOLO e F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corr. giur.* 2015, 225 ss., spec. a 230. In effetti, anche nel pensiero di Zeuner il motivo portante non pare entrare nel perimetro della *res iudicata*. Sul punto, cfr. la traduzione di un passo di A. ZEUNER, *op. cit.*, 172 s., offerta da A. CERINO-CANOVA, *Le impugnazioni civili, struttura e funzione*, Padova, 1973, 141, nota 29: “*La cosa giudicata deve tutelare determinate relazioni individuate dal fine che sussistono tra ciò che è stato accertato come oggetto del precedente processo e l'effetto attualmente dedotto. Il giudice del successivo processo è corrispondentemente impedito di discostarsi dai motivi di una decisione passata in giudicato in tanto – e solo in tanto – in quanto una valutazione contraddittoria caducherebbe tale relazione. Il vincolo introdotto in questo senso con riferimento ai motivi della precedente decisione è pertanto – come più volte sottolineato – non uno scopo autonomo, ma solo un mezzo per portare al riconoscimento l'intero contenuto, di ciò che il giudice ha accertato sull'effetto fatto valere*”.

motivo portante non un giudicato implicito, ma un vincolo extraprocessuale. Tuttavia, non mi pare che tale distinzione lessicale abbia un impatto rilevante sugli effetti di tipo pratico derivanti dalla decisione in esame.

Le similitudini che, a livello logico, mi pare intercorrano tra la questione oggetto del presente paragrafo e la questione oggetto della sentenza delle S.U. appena menzionata, così come la similitudine tra la ricostruzione interpretativa offerta da Menchini, con riferimento al rapporto tra arbitrato e giudizio ordinario, e quella offerta dalla Corte nella sentenza del 2014, con riferimento all'efficacia extraprocessuale dell'accertamento contenuto in motivazione, potrebbero suggerire che quest'ultima abbia "aperto la strada" a livello giurisprudenziale per giungere ad una soluzione pratica al complesso problema del rapporto tra arbitrato e giudizio ordinario⁹⁶.

Tuttavia, per ottenere l'auspicabile risultato della vincolatività della pronuncia del primo organo, arbitri o giudice, sulla validità della clausola arbitrale e, quindi, sulla propria *potestas iudicandi*, esistono anche altre vie.

La prima, è quella offerta da Salvaneschi. L'Autrice muove dalla considerazione che il modo di porsi della questione della validità dell'accordo arbitrale non sarebbe quello tipico delle questioni pregiudiziali di rito o di quelle preliminari di merito⁹⁷, perché queste ultime non possono mai essere oggetto di

⁹⁶ A me pare che per ragioni di simmetria sistematica, il ragionamento appena visto potrebbe essere applicato all'accertamento avvenuto in sede tanto giurisdizionale, quanto arbitrale. Sul punto, cfr., in senso contrario, cfr. F. GODIO, *(In)competenza e (in)validità della clausola compromissoria* cit., 164, che, facendo riferimento alle sentenze gemelle nn. 26242 e 26243 del 2014, ha suggerito che il giudicato sulla non nullità della convenzione arbitrale si possa formare solamente in sede di giudizio ordinario, in ragione del fatto che "la natura autodeterminata della domanda di accertamento della nullità del contratto è per le Sez. un. strettamente collegata al potere-dovere di rilievo officioso di cause di nullità anche diverse da quelle fatte valere dalla parte" e, visto che tale potere di rilievo d'ufficio non sarebbe attribuito agli arbitri, questo farebbe sì, secondo l'Autrice, che "il giudicato che si formerà sull'accertamento arbitrale della non nullità della convenzione potrà essere rimesso in discussione in futuro con la proposizione di una domanda di accertamento della nullità per ragioni diverse da quelle fatte valere con la prima domanda".

⁹⁷ In questo senso, invece, cfr. S. IZZO, *La convenzione arbitrale* cit., 144 ss., che colloca l'eccezione di compromesso tra le questioni pregiudiziali attinenti al processo idonee a definire il giudizio, quali, ad esempio le questioni di giurisdizione e competenza e richiama, tra le conseguenze generali di tali questioni quelle per cui queste ultime sono, secondo l'opinione maggioritaria, idonee al giudicato formale, ma, in ragione del contenuto

un' autonoma azione di accertamento visto che non possono mai costituire oggetto di giudizio e, dunque non possono mai essere oggetto di una pronuncia idonea al giudicato. Diversamente, come si è visto, l' accertamento sulla validità o efficacia del patto compromissorio, può essere oggetto di giudizio autonomo e questo fa sì che la questione, *“pur essendo pregiudiziale nel senso che solo la sua soluzione positiva consente la prosecuzione del giudizio di merito, ha anche una sostanza del tutto diversa”*⁹⁸, perché è idonea ad essere oggetto di un giudizio autonomo. Tale elemento farebbe sì che la questione della validità dell' accordo arbitrale possa essere ricompresa tra quelle questioni che nascono da eccezioni di merito in senso proprio e sono idonee a formare oggetto di un autonomo giudizio, essendo deducibili anche in via di azione. In questo senso, l' Autrice propone che l' art. 817, comma 1°, c.p.c. che, come si è visto, dispone che, qualora la validità della convenzione di arbitrato sia contestata gli arbitri decidono sulla propria competenza secondo il principio *Kompetenz-Kompetenz*, debba essere letta nel senso di individuare al suo interno uno dei casi in cui, *ex art. 34 c.p.c.*⁹⁹, è la legge stessa a richiedere che una determinata questione pregiudiziale sia decisa con efficacia di giudicato. Tale ragionamento sarebbe, poi, applicabile, per coerenza di sistema, anche quando sia il giudice togato a pronunciarsi sulla validità ed efficacia della convenzione di arbitrato¹⁰⁰. Accogliendo questa interpretazione si inserirebbe l' accertamento sulla validità ed efficacia della convenzione di arbitrato nell' alveo della pregiudizialità tecnica, con la conseguenza che tale accertamento costituirebbe, per legge e, segnatamente, *ex art. 817 c.p.c.*, un accertamento necessario pregiudiziale rispetto alla pronuncia di merito e sempre destinato a passare in giudicato. Come conseguenza, la decisione degli arbitri, ma anche del giudice, sulla validità ed efficacia dell' accordo compromissorio, a fronte della proposizione di un' eccezione di incompetenza, sarebbe destinata a

processuale, a quello sostanziale e non sopravvivono, di regola, all' estinzione del processo in cui sono state rese.

⁹⁸ L. SALVANESCHI, *Commento all' art. 817 cit.*, 589.

⁹⁹ La norma, rubricata *“Accertamenti incidentali”*, dispone: *“Il giudice, se per legge o per esplicita domanda di una delle parti è necessario decidere con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale che appartiene per materia o valore alla competenza di un giudice superiore, rimette tutta la causa a quest' ultimo, assegnando alle parti un termine perentorio per la riassunzione della causa davanti a lui”*.

¹⁰⁰ L. SALVANESCHI, *op. loc. ult. cit.*.

passare in giudicato e a vincolare, dunque, le parti così come ogni altro organo decisorio, individuando, in questo modo, una valida soluzione ai problemi applicativi scaturenti dal sistema delle vie parallele.

Come si è accennato, a me pare che esista un'altra via interpretativa per affermare la vincolatività della decisione, del giudice togato e, per simmetria sistematica, degli arbitri. Tale via interpretativa ha quale scopo pratico quello di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, attribuendo efficacia extraprocessuale alla pronuncia sul potere decisorio, così da fronteggiare i complessi problemi applicativi generati dal sistema delle vie parallele, tentando di proporre una ricostruzione che possa essere, almeno in parte, compatibile con l'inquadramento, mai messo in discussione dalla giurisprudenza successiva al 2006, del rapporto tra arbitri e giudice statale in termini di competenza. Come si è visto *supra* nel paragrafo 3.2.2., non mi sembra che il rapporto tra arbitri e giudice ordinario possa essere inquadrato appieno in un'alternativa secca tra questione di rito e questione di merito, in ragione degli elementi di peculiarità richiamati in quella sede. Fra tali elementi si è menzionato quello dell'esperibilità dell'azione autonoma dell'art. 819 *ter*, comma 3, c.p.c. che, come si è visto ha svolto un ruolo di grande rilevanza argomentativa anche nelle tesi finora esposte in questo paragrafo.

In generale, reputo, dunque, che debbano essere parimenti tenuti in considerazione il fatto che l'indagine sulla validità e sull'efficacia della convenzione di arbitrato ha quale effetto quello di individuare la ripartizione del potere decisorio tra arbitro e giudice così come il fatto che tale indagine ha nel nostro ordinamento dignità di bene della vita, e dunque, può, come ogni altro bene della vita, essere oggetto di giudizio.

La ricostruzione che ritengo di proporre in questa sede muove proprio dal concetto di oggetto di giudizio e, in particolare, dalla teoria del c.d. doppio oggetto di giudizio che, elaborata a livello dottrinale, è stata di recente presa in considerazione anche dalla giurisprudenza. Questa teoria è stata elaborata da Consolo con riferimento all'analisi del cumulo condizionale di domande nella monografia del 1985¹⁰¹. Nella monografia, la teoria sull'oggetto del giudizio svolge il ruolo di

¹⁰¹ C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, I, *Struttura e funzione*, Padova, 1985.

cornice¹⁰² per offrire una ricostruzione strutturale del fenomeno del cumulo condizionale di domande, in conformità con il generale e tradizionale divieto di domande condizionate¹⁰³.

Un primo elemento per lo sviluppo della teoria in esame, seppur riferito al rapporto giuridico processuale e non all'oggetto di giudizio, viene individuato dall'Autore nel pensiero di Allorio¹⁰⁴, secondo il quale, anche qualora manchino i presupposti o le condizioni di trattabilità nel merito della domanda, esiste comunque sempre un rapporto processuale, seppur meramente "d'ordine". Viceversa, in questi casi, non sarebbe presente il rapporto processuale di merito.

Un altro suggerimento interpretativo, viene rinvenuto da Consolo nell'opera di Liebman e, in particolare, nell'affermazione, svolta a proposito della nozione di capo di sentenza ai fini delle impugnazioni, secondo cui le decisioni sulle singole questioni processuali rappresentano un capo autonomo di sentenza. In questo senso, nel pensiero di Liebman si ravvisa, nella decisione sulle questioni di rito, un vero e proprio "giudizio" e un vero e proprio "accertamento", "*implicanti un giudizio pieno e a sé stante sull'oggetto del processo: un giudizio che non riguarda la sua fondatezza, ma la sua ammissibilità in quel processo, in quanto afferma o nega il potere e il dovere del giudice di giudicare sulla domanda proposta*"¹⁰⁵.

Ancora, un ulteriore spunto interpretativo è rinvenuto nel pensiero di Romano che ha individuato un oggetto processuale che ricomprenderebbe globalmente tutte le questioni sui presupposti processuali e sulle condizioni dell'azione¹⁰⁶.

Muovendo da questi riferimenti, Consolo ha affermato che ogni oggetto di giudizio sarebbe duplice: da un lato, vi sarebbe l'oggetto di rito, comprendente il complesso dei presupposti (e delle condizioni) dell'azione, relativo, dunque, all'ammissibilità della domanda; dall'altro lato, vi sarebbe l'oggetto di merito.

¹⁰² C. CONSOLO, *op. cit.*, 5.

¹⁰³ C. CONSOLO, *op. cit.*, 106. Per il principio del divieto di domande condizionate, cfr. per tutti F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, II, *Atti del processo*, Padova 1938, 475 ss..

¹⁰⁴ E. ALLORIO, *Rigetto della domanda e reviviscenza della prescrizione*, nota a Corte di cassazione del Regno, 29 maggio 1934, in *Riv. dir. proc. civ.* 1935, II, 225 ss..

¹⁰⁵ E.T. LIEBMAN, «*Parte*» o «*capo*» di sentenza, in *Riv. dir. proc.* 1964, 47 ss., spec a 54 ss..

¹⁰⁶ A. ROMANO, *In tema di rapporti tra questioni meramente processuali e oggetto del giudizio*, in *Foro amm.*, 1957, II, 324 ss., richiamato da C. CONSOLO, *op. cit.*, 164 ss..

L'oggetto di rito riguarderebbe allora la sussistenza o meno del potere/dovere del giudice di decidere la controversia e su tale oggetto vi sarebbe sempre, nelle decisioni in rito, ma anche in quelle di merito, un accertamento esplicito, oppure implicito¹⁰⁷.

Tale ricostruzione viene elaborata, come abbiamo visto, con l'intento di inquadrare il cumulo condizionale dal punto di vista descrittivo strutturale¹⁰⁸, ma l'Autore stesso ne nega la rilevanza pratico-funzionale per un motivo che non mi pare secondario: perché altrimenti si arriverebbe alla conseguenza di ritenere che l'oggetto di giudizio relativo alla ammissibilità della domanda possa essere considerato autonomo rispetto a quello di merito, conclusione che viene negata dall'Autore perché, ammettendola, si arriverebbe persino a ritenere che il dovere decisorio del giudice possa essere dedotto come autonomo oggetto di giudizio, destinato, dunque, ad essere deciso con efficacia extraprocessuale. Conseguenza che Consolo respinge, precisando che l'oggetto di rito non corrisponde a una domanda giudiziale, che possa essere distinta dall'oggetto di merito. Questi elementi rievocano, però, in maniera che mi sembra abbastanza chiara, le peculiarità della questione relativa alla ripartizione del potere decisorio tra arbitri e giudice ordinario, suggerendo che possa affermarsi che, ogni volta che venga iniziata una lite in presenza di una clausola compromissoria e che sia contestato il potere decisorio dell'organo adito, esista sempre uno specifico oggetto di giudizio, relativo alla ammissibilità della domanda, in quanto tale idoneo ad essere accertato con efficacia esterna.

In altre parole, accogliendo la tesi del doppio oggetto di giudizio e adattandola alle peculiarità della questione della ripartizione della *potestas iudicandi* tra arbitri e giudice togato, si potrebbe affermare che anche volendo, in maniera che, per le ragioni che si sono viste, mi pare troppo semplificata, inquadrare la questione della ripartizione del potere decisorio tra arbitri e giudice in termini di competenza, questo non impedisce che la decisione su tale questione possa produrre effetti extraprocessuali, dal momento che interviene, in maniera esplicita, oppure implicita,

¹⁰⁷ C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 234, che sottolinea che “nessuna ragione dogmatica impedisce di ritenere che un tale accertamento riassuntivo di rito sia implicitamente contenuto nella sentenza che decida, definendolo, il merito della causa [...]”.

¹⁰⁸ C. CONSOLO, *op. cit.*, 220.

su un vero e proprio oggetto del giudizio relativo ad un bene della vita tutelato dall'ordinamento anche in via autonoma, quale è la validità e l'efficacia della convenzione di arbitrato come presupposto della *potestas iudicandi* degli arbitri.

La ricostruzione appena esposta, lo si ribadisce, ha quale finalità quella di trovare una soluzione che possa essere, in qualche misura, compatibile con la qualificazione della questione in termini di competenza che, nonostante non mi sembri priva di elementi di peculiarità, non è, come si è visto nel paragrafo 3.2.1., messa in dubbio dalla giurisprudenza.

Si segnala, inoltre, che la teoria del doppio oggetto di giudizio non è estranea alla giurisprudenza, che anzi, in più occasioni, vi ha fatto riferimento, per giungere a diversi risultati pratici. Fra tali occasioni, merita di essere richiamata una decisione del 2007, con la quale le S.U., facendo riferimento, in motivazione, alla teoria del doppio oggetto del giudizio per analizzare la questione dell'onere ad impugnare, rispetto alla c.d. motivazione *ad abundantiam*¹⁰⁹. In particolare, le S.U. hanno deciso che *“qualora il giudice, dopo una statuizione di inammissibilità in rito (o declinatoria di giurisdizione o di competenza), con la quale si è spogliato della potestas iudicandi in relazione al merito della controversia, abbia impropriamente inserito nella sentenza argomentazioni sul merito, la parte soccombente sul rigetto in rito non ha l'onere né l'interesse ad impugnare su tali contenuti di merito relativi alla infondatezza della sua domanda. Conseguentemente è ammissibile l'impugnazione che si rivolga alla sola statuizione pregiudiziale ed è viceversa inammissibile, per difetto di interesse, l'impugnazione nella parte in cui pretenda un sindacato anche in ordine alla motivazione sul merito, svolta ad abundantiam nella sentenza gravata e priva così di effetti”*.

¹⁰⁹ Cass., S.U., 20 febbraio 2007, 3840, in *Corr. giur.* 2008, 375 ss., con nota di C. CONSOLO, *“Inutiliter data” e non bisognosa di gravame la decisione di merito resa dopo (e nonostante) una statuizione assorbente in rito: le Sezioni Unite tornano a ispirarsi al duplice oggetto del giudizio*, *ivi*, 377 ss.; in *Riv. dir. proc.* 2008, 1462 ss., con nota di V. PETRELLA, *Sull'impugnazione nel merito della sentenza che, dopo aver pregiudizialmente dichiarato l'inammissibilità del gravame, abbia comunque dichiarato infondato lo stesso*, *ivi*, 1466 ss., in *Giust. civ.* 2007, I, 1328 ss..

Ancora, il concetto è stato richiamato dalla nota decisione delle S.U. n. 24883 del 2008¹¹⁰ sul giudicato implicito sulla giurisdizione ove la Corte ha affermato che “*in ogni processo vanno individuati «due distinti e non confondibili oggetti del giudizio, l'uno (processuale) concernente la sussistenza o meno del potere-dovere del giudice di risolvere il merito della causa e l'altro (sostanziale) relativo alla fondatezza o no della domanda»*”¹¹¹.

Da ultimo, la teoria del doppio oggetto, è stata “utilizzata” dalle S.U. per affermare che “*l'attore che abbia incardinato la causa dinanzi ad un giudice e sia rimasto soccombente nel merito non è legittimato a interporre appello contro la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui prescelto*”¹¹².

Viste così le variegate applicazioni giurisprudenziali della teoria della duplicità dell'oggetto di giudizio, mi pare si possa affermare, con l'intento che si è visto *supra*, che tale teoria potrebbe fornire alla giurisprudenza uno spunto per l'analisi e la risoluzione dei complessi problemi causati dal sistema delle “vie parallele”.

3.2.4. LA DISCIPLINA DEL LODO E DELLA SENTENZA SULLA COMPETENZA

Analizzati così gli effetti della pronuncia del giudice togato e degli arbitri sulla ripartizione del potere decisorio tra i due organi, per completezza espositiva non rimane che descrivere brevemente la disciplina di tali pronunce, soprattutto relativamente alla loro impugnazione.

La prima decisione che deve essere presa in considerazione è quella del giudice ordinario. Come si è rilevato *supra*, la decisione di cui all'art. 819 *ter* c.p.c. è assunta

¹¹⁰ Cass., S.U., 9 ottobre 2008, n. 24883, in *Riv. dir. proc.* 2009, 1071 ss., con nota di E.F. RICCI, *Le Sezioni Unite cancellano l'art. 37 c.p.c. nelle fasi di gravame*, *ivi*, 1085 ss.; in *Foro it.* 2009, I, 806 ss., con nota di G.G. POLI, *Le sezioni unite e l'art. 37 c.p.c.*, *ivi*, 810 ss.; in *Giust. civ.* 2009, 47 ss., con nota di A. NAPPI, *Effetto devolutivo delle impugnazioni e giudicato interno sugli errores in procedendo*, *ivi*, 58 ss..

¹¹¹ Cass., S.U., n. 24883 cit., in *Riv. dir. proc.* cit., 1075.

¹¹² Cass., S.U., 20 ottobre 2016, n. 21260, in *Corr. giur.* 2017, 257 ss., con nota di C. CONSOLO, *Osservazione sistematica sulla n. 21260. Il “vecchio” rapporto giuridico processuale ed i suoi (chiari e non tutti antichi) corollari: inter multos l'inammissibilità per carenza di legittimazione ad impugnare e la inanità dell'inerziale richiamo della figura dell'abuso del processo*, *ivi*, 267 ss..

con sentenza, a differenza di quanto avviene per la decisione sulla ripartizione del potere decisorio tra diversi giudici dello Stato che è assunta con ordinanza¹¹³.

Abbiamo visto, poi, che tale sentenza è impugnabile, per espressa previsione della norma da ultimo richiamata, con la proposizione del regolamento di competenza, necessario o facoltativo e abbiamo sottolineato che tale previsione non pare idonea, di per sé, a suffragare l'idea che il rapporto tra arbitri e giudice togato sia inquadrabile nella categoria della competenza, strettamente intesa.

Stante, dunque, il sistema delineato dall'art. 819 *ter* c.p.c., la sentenza del giudice togato sarà impugnata con il regolamento necessario di competenza quando decida unicamente sulla propria *potestas iudicandi*, viceversa sarà impugnabile con il regolamento facoltativo di competenza, in concorso con l'appello, quando, avendo affermato il proprio potere decisorio, statuisca anche sul merito della controversia¹¹⁴.

La giurisprudenza si è pronunciata, quanto all'esperibilità del regolamento di competenza necessario o facoltativo, nel senso appena visto¹¹⁵. Quanto, invece, all'applicabilità, a livello temporale, del regime introdotto nel 2006, la disposizione da prendere in considerazione è l'art. 27, comma 4, del D.Lgs. 40 del 2006, che stabilisce che una serie di disposizioni, tra cui quella contenuta all'art. 22 del decreto medesimo, introduttiva dell'art. 819 *ter* c.p.c., “*si applicano ai procedimenti arbitrali, nei quali la domanda di arbitrato è stata proposta successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto*”. Una parte della giurisprudenza ha, in seguito, applicato la disposizione transitoria appena vista in senso strettamente

¹¹³ Cfr. *supra* paragrafo 3.2.1. ove tale distinzione rispetto al sistema ordinario è stata individuata come uno degli elementi di peculiarità della questione sulla ripartizione del potere decisorio tra giudice e arbitri che fanno pensare che tale questione non possa essere considerata di competenza in senso tecnico.

¹¹⁴ Sul punto, si sottolinea che L. SALVANESCHI, *Commento all'art. 819-ter c.p.c.* cit., 685, aggiunge che sarà soggetta al regolamento necessario di competenza anche la sentenza non definitiva sulla *potestas iudicandi*. Cass., Sez. VI, 4 agosto 2011, n. 17019, in *Foro it.*, 2012, I, 1143 ss. ha affermato, inoltre, che “*qualora il giudice di merito dichiari improponibile la domanda per sussistenza di una clausola compromissoria, la pronuncia deve essere intesa come declinatoria della competenza a favore degli arbitri ed è pertanto correttamente impugnata con il regolamento necessario di competenza*”.

¹¹⁵ Cass., Sez. VI, 8 marzo 2011, n. 5510, in *Riv. arb.* 2012, 825 ss., con nota di F. CAMPIONE, *Sul regime della sentenza che afferma o nega la competenza del giudice in relazione a una controversia compromessa in arbitri. Spunti sul rapporto tra arbitro e giudice*, *ivi*, 827 ss..

letterale e fatto riferimento al momento della proposizione della domanda di arbitrato per individuare l'applicabilità dell'art. 819 *ter* c.p.c.¹¹⁶. Ancora, la Corte di cassazione ha ritenuto applicabile l'art. 819 *ter* c.p.c. ai giudizi statali instaurati dopo la sua entrata in vigore sulla base dell'assunto per cui *“nell'ipotesi in cui la sentenza del giudice abbia risolto una questione di deferibilità della controversia agli arbitri, ma nessun procedimento arbitrale sia ancora iniziato, nè prima nè dopo il 2 marzo 2006, non può trovare applicazione la norma transitoria di cui al D.Lgs. n. 40 del 2006, art. 27, comma 4”*¹¹⁷. Da ultimo, si segnala, invece, una pronuncia del 2016 che, quanto all'impugnabilità delle pronunce sulla competenza con regolamento necessario o facoltativo di competenza, in applicazione dell'art. 819 *ter* c.p.c., ha individuato, come momento rilevante per la determinazione della norma applicabile, quello della data di pubblicazione della sentenza. In questo senso, la disciplina prevista dall'art. 819 *ter* c.p.c. *“si applica a tutte le sentenze pronunciate dopo l'entrata in vigore della citata disposizione (2 marzo 2006), a prescindere dalla data di instaurazione del relativo processo. La soluzione interpretativa si impone in ragione della riconosciuta natura giurisdizionale dell'arbitrato rituale ed in applicazione del principio “tempus regit actum”, per il quale, in assenza di diversa disposizione transitoria, il regime di impugnabilità dei provvedimenti va desunto*

¹¹⁶ Cass., Sez. I, 2 agosto 2007, n. 16995, testo integrale su www.iusexplorer.it che, in ragione di tale criterio, aveva ritenuto inapplicabile alla fattispecie concreta l'art. 819 *ter* c.p.c.. Si segnala, inoltre, Cass., S.U., 6 settembre 2010 n. 19047, in *Corr. giur.* 2011, 47 ss., con nota di A. CASTAGNOLA, C. CONSOLO ed E. MARINUCCI, *Sul dialogo (impossibile?) fra Cassazione e dottrina, nella specie... sulla natura (mutevole?) dell'arbitrato*, *ivi*, 50 ss.; nonché in *Riv. arb.* 2010, 463 ss., con nota di C. SANTINI, *Regolamento di competenza avverso la pronuncia del giudice sulla exceptio compromissi e procedimenti pendenti*, *ivi*, 467 ss., che ha fissato il momento determinante per l'applicazione dell'art. 819 *ter* c.p.c. in quello della proposizione della domanda di arbitrato e non in quello dell'inizio del procedimento davanti al giudice né in quello del deposito della sentenza, con la conseguenza che *“il regolamento di competenza è ammissibile soltanto nei confronti di sentenze pronunciate con riferimento a procedimenti arbitrali iniziati dopo il 2 marzo 2006”*.

¹¹⁷ Cass., Sez. II, 26 novembre 2010, n. 24082, testo integrale su www.iusexplorer.it. Nello stesso senso, cfr. Cass., Sez. VI, 30 ottobre 2012, n. 18671, in *Riv. arb.* 2013, 913 ss., con nota di L. SALVANESCHI, *Ancora sull'arbitrabilità delle impugnative di delibere assembleari e sulla «competenza» a deciderle*, *ivi*, 916 ss.; in *Riv. dir. civ.* 2013, con nota di C. CONSOLO ed E. MARINUCCI, *Impugnazione per nullità della delibera assembleare e arbitrato*, *ivi*, 217 ss., nonché, *inter alia*, Cass., Sez. VI, 28 dicembre 2011, n. 29261, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 1874 s..

*dalla disciplina vigente quando essi sono venuti a giuridica esistenza*¹¹⁸.

Un ulteriore problema interpretativo relativo all'impugnazione della decisione sulla competenza è data dal fatto che l'art. 819 *ter* c.p.c. nulla prevede per il caso in cui la decisione sulla *potestas iudicandi* sia assunta dalla Corte d'appello in sede di impugnazione per nullità del lodo arbitrale che abbia confermato oppure riformato il lodo contenente una statuizione sul potere decisorio degli arbitri. Sul punto sono due le soluzioni prospettabili. La prima muove dalla considerazione che quella relativa alla ripartizione del potere decisorio tra arbitri e giudice sia una pronuncia di competenza e, per questo, la decisione della Corte d'appello potrà essere impugnata con il regolamento di competenza, necessario o facoltativo, ovvero con i mezzi ordinari, e quindi con ricorso per cassazione per "violazione di norme sulla competenza, quando non prescritto il regolamento di competenza"¹¹⁹. La seconda

¹¹⁸ Cass., Sez. I, 25 ottobre 2016, n. 21523, in banca dati www.iusexplorer.it. Nella specie, la Corte ha ritenuto inammissibile l'impugnazione proposta avverso la sentenza di merito che aveva dichiarato improponibile la domanda, dovendo tale pronuncia essere rettamente intesa quale sentenza declinatoria della competenza in favore degli arbitri e, dunque, impugnabile soltanto con il regolamento necessario di competenza. Cfr., già nello stesso senso, anche Cass., Sez. II, 20 dicembre 2007, n. 26990, in *Mass. Giust. civ.* 2007, 2291.

¹¹⁹ Art. 360, comma 1, n. 2), c.p.c.. In questo senso, cfr. S. MENCHINI, *Il controllo sulla convenzione cit.*, 389 che sottolinea "oggi, dopo che gli artt. 817 e 819-ter parlano, in modo esplicito, di competenza arbitrale, di eccezione d'incompetenza degli arbitri, di decisione di costoro sulla propria competenza e, soprattutto, dopo che l'art. 819-ter stabilisce, senza fare alcuna distinzione tra giudice di primo grado e giudice d'appello, che «la sentenza, con la quale il giudice afferma o nega la propria competenza in relazione ad una convenzione d'arbitrato, è impugnabile a norma degli artt. 42 e 43», sembra difficile dubitare che la pronuncia della Corte di Appello, relativamente al capo che risolve la questione di competenza, debba essere impugnata, a seconda dei casi, o con il regolamento, necessario o facoltativo di competenza, o con ricorso ordinario sulla base del motivo di cui all'art. 360, n. 2, c.p.c.". In senso conforme, in giurisprudenza, già prima della riforma del 2006, cfr. Cass., Sez. I, 15 settembre 2000, in *Giur. it.* 2001, I, 2035 ss., con nota di P.L. NELA, *Arbitrato rituale e regolamento necessario di competenza*. In senso contrario, cfr. Cass., Sez. I, 21 ottobre 2011, n. 21878, in *Mass. Giust. civ.* 2011, 1492, che, decidendo una questione di merito risalente nel tempo, ha affermato che "la sentenza della Corte d'appello che dichiara la nullità del lodo per invalidità della clausola compromissoria, e conseguente carenza di potestas iudicandi in capo agli arbitri, non costituisce una pronuncia resa sulla competenza, ma decide una questione di merito; tale sentenza è pertanto impugnabile con il ricorso ordinario per cassazione, non già con il regolamento necessario di competenza". Nella soluzione interpretativa prospettata da S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, 391, il giudizio di impugnazione ha ad oggetto direttamente sulla sussistenza della *potestas iudicandi* degli arbitri.

soluzione prospettabile è quella di escludere l'impugnabilità della decisione della Corte d'appello con il regolamento di competenza, perché la decisione della Corte non giudicherebbe della "propria competenza in relazione alla convenzione di arbitrato", come richiesto dal dato letterale dell'art. 819 *ter* c.p.c., bensì della *potestas iudicandi* degli arbitri¹²⁰. Tale ultima soluzione mi pare da preferire perché, come ha suggerito una parte della dottrina, la Corte d'appello non decide mai, in sede di impugnazione del lodo per nullità della propria competenza, "ma solo di quella del successivo organo arbitrale che potrà nuovamente essere investito della questione, sottraendosi così la fattispecie in esame dalla portata letterale della norma in commento"¹²¹.

Veniamo ora alla disciplina del lodo sulla competenza. Come si è visto nel Capitolo II, con la riforma del 2006 è stato inserito nel nostro ordinamento il principio *Kompetenz-Kompetenz*, per cui gli arbitri decidono sulla propria *potestas iudicandi*. La decisione degli arbitri è soggetta all'onere di impugnazione ed è impugnabile per nullità nei casi previsti dall'art. 829, comma 1, nn. 1), 4) e 10), c.p.c.¹²². In conformità a quanto affermato dalla giurisprudenza già prima della c.d.

¹²⁰ C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, Padova, 2012, 595.

¹²¹ L. SALVANESCHI, *Commento all'art. 819-ter c.p.c.*, cit., 691, che sottolinea che la Corte d'appello, ai sensi dell'art. 830 c.p.c., qualora accolga l'impugnazione del lodo proposta ex art. 829, comma 1, nn. 1), 2), 4) e 10), c.p.c., non decide nel merito ma è tenuta al giudizio rescindente. Sul punto, cfr. E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale cit.*, 104, nonché Id., *Esito ed effetti dell'impugnazione giudiziaria del lodo arbitrale: note di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2000, 1327 ss., ove l'Autrice sottolinea che l'esito meramente rescindente della impugnazione del lodo per nullità, nei casi di inesistenza, invalidità e inefficacia della convenzione di arbitrato, è in linea con quanto previsto negli ordinamenti di altri Stati nonché nella Legge modello UNCITRAL.

¹²² I casi individuati sono quelli in cui il lodo è impugnabile per nullità: "1) se la convenzione d'arbitrato è invalida, ferma la disposizione dell'articolo 817, terzo comma; 4) se il lodo ha pronunciato fuori dei limiti della convenzione d'arbitrato, ferma la disposizione dell'articolo 817, quarto comma, o ha deciso il merito della controversia in ogni altro caso in cui il merito non poteva essere deciso; 10) se il lodo conclude il procedimento senza decidere il merito della controversia e il merito della controversia doveva essere deciso dagli arbitri;". La disposizione prosegue, poi, affermando che il lodo non può essere impugnato per questi motivi dalla parte che "ha dato causa a un motivo di nullità, o vi ha rinunciato, o che non ha eccepito nella prima istanza o difesa successiva la violazione di una regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale".

svolta negoziale del 2000¹²³, ancora oggi deve ritenersi esclusa la proponibilità del regolamento di competenza avverso il lodo sulla *potestas iudicandi*, in ragione del principio della tassatività dei mezzi di impugnazione del lodo di cui all'art. 827 c.p.c.¹²⁴.

L'applicazione dell'impugnazione per nullità prevista dall'art. 829 c.p.c. è stata oggetto di dibattito giurisprudenziale per quanto attiene al lodo parziale di merito, immediatamente impugnabile, e al lodo non definitivo, impugnabile solo unitamente al lodo definitivo¹²⁵. Sul punto sono intervenute, da ultimo, le S.U., con la sentenza 23463 del 2016¹²⁶, statuendo che “[...] è questione pregiudiziale di rito quella concernente l'esistenza o la validità della convenzione giustificativa della potestas iudicandi. Il lodo che decide parzialmente il merito della controversia, immediatamente impugnabile [...], è sia quello di condanna generica ex art. 278 cod. proc. civ. sia quello che decide una o alcuna delle domande proposte senza definire l'intero giudizio, non essendo immediatamente impugnabili i lodi che decidono questioni pregiudiziali o preliminari”.

Con la decisione appena menzionata, le S.U. hanno dunque fornito una risposta

Per la disamina dettagliata dei singoli motivi di impugnazione per nullità del lodo arbitrale, cfr. L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, Commentario del codice di procedura civile a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2014, *Commento all'art. 829 c.p.c.*, 553 ss. 874 ss., nonché E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale cit. e*, da ultimo, M.L. SERRA, *L'impugnazione per nullità del lodo rituale*, Napoli, 2016.

¹²³ Sulla decisione delle S.U., cfr. Capitolo I, paragrafi 1.4. ss..

¹²⁴ L. SALVANESCHI, *Commento all'art. 819-ter cit.*, 687; S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, 388 nonché 390, nota 51, ove sottolinea che la conclusione, pur imposta dal dato normativo, non manca di suscitare “*forti perplessità, in quanto la rinuncia al regolamento di competenza dignifica privarsi di uno strumento che consente alle parti di portare la questione all'esame diretto della Cassazione, evitando di percorrere i tre gradi di giudizio, e di ottenere in tempi ragionevoli una pronuncia che, in quanto proveniente dalla Corte, è in grado di «regolare» la competenza con efficacia panprocessuale, ai sensi dell'art. 310, comma 2, c.p.c.*”. In senso contrario, M. ACONE, *Arbitrato e competenza, cit.*, 259 ss., spec. a 262, ha ritenuto che dalla qualificazione del rapporto tra arbitri e giudice in termini di competenza e dalla equiparazione del lodo alla sentenza, “*non può non conseguir[e] [...] l'impugnabilità del lodo con l'istanza di regolamento*”.

¹²⁵ La norma di riferimento sul punto è l'art. 827, comma 3, c.p.c. che dispone che “*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*”.

¹²⁶ Cass., S.U., 18 novembre 2016, n. 23463, in *Riv. arb. cit.*.

a due questioni fondamentali. La prima è se il lodo sia immediatamente impugnabile anche quando decide questioni pregiudiziali o preliminari e la seconda è quella della natura della questione della validità della convenzione di arbitrato.

Come si è visto in chiusura del paragrafo 3.2.1., relativamente alla seconda delle questioni appena menzionate, la pronuncia in esame ha confermato l'orientamento della giurisprudenza ormai sempre più stabile nel considerare quella in esame come una questione di rito.

Quanto invece alla prima questione, la decisione delle S.U. pone fine al dibattito giurisprudenziale sul punto affermando che “*non v'è dubbio [...] che nel giudizio arbitrale è una questione pregiudiziale di rito quella concernente l'esistenza o la validità della convenzione giustificativa della potestas iudicandi degli arbitri*”¹²⁷. Facendo rientrare, dunque il lodo che decide sulla *potestas iudicandi* degli arbitri tra quelli che risolvono “alcune questioni insorte senza definire il giudizio arbitrale” e che, quindi, sono impugnabili solo unitamente al lodo definitivo¹²⁸.

Individuati così i problemi applicativi generati dal sistema delle “vie parallele”, così come, seppur sinteticamente, la disciplina della decisione, assunta dal giudice togato oppure dagli arbitri, sulla propria *potestas iudicandi*, non rimane che passare all'analisi dei problemi applicativi relativi alla *translatio iudicii* tra arbitrato e giudizio ordinario.

¹²⁷ Cass., S.U., 18 novembre 2016, n. 23463, in *Riv. arb. cit.*, 89. In senso analogo, cfr. già Corte app. Roma, 11 aprile 2013, in *Riv. arb.* 2013, 963 s., con nota di E. MARINUCCI, *Note sul contrasto fra lodo non definitivo e lodo definitivo nel giudizio di impugnazione per nullità*, *ivi*, 964 ss.,

¹²⁸ In senso contrario, cfr. Cass., Sez. I, 6 aprile 2012, n. 5634, in *Riv. arb.* 2014, 133 ss., con nota di E. DEBERNARDI, *Sull'impugnazione del lodo dichiarativo della competenza arbitrale*, *ivi*, 135 ss., che ha affermato che “*la pronuncia con cui gli arbitri rigettano un'eccezione d'incompetenza, costituisce un lodo parziale di merito e, pertanto, ai sensi dell'art. 827, 3° comma, c.p.c. deve essere impugnata immediatamente*”. Nello stesso senso, sulla base dell'assunto che il lodo sulla *potestas iudicandi* degli arbitri risolva “*una questione di merito relativa alla validità ed efficacia del patto di arbitrato*” e, dunque, costituisca un lodo parziale, cfr. L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, Commentario del codice di procedura civile a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2014, *Commento all'art. 827 c.p.c.*, 840 ss., spec. a 851 s..

PARTE III

LA *TRANSLATIO IUDICII* TRA GIUDIZIO ORDINARIO E ARBITRATO

Come si è visto nella parte I del presente Capitolo, la *translatio iudicii* tra giudizio ordinario e arbitrato è stata introdotta nel nostro ordinamento con una sentenza della Corte costituzionale del luglio 2013¹²⁹. Con tale decisione, lo si è visto, è stato dichiarato incostituzionale l'art. 819 *ter* c.p.c. “*nella parte in cui esclude l'applicabilità, ai rapporti tra arbitrato e processo, di regole corrispondenti alle previsioni dell'art. 50 c.p.c., ferma la parte restante dello stesso art. 819 ter*”¹³⁰.

La pronuncia e alcune delle sue implicazioni sono state già più volte richiamate nel corso di questo lavoro, ma questa Parte avrà ad oggetto l'esposizione organica dei problemi applicativi scaturenti dalla decisione appena menzionata.

3.3.1. IL CONFLITTO NEGATIVO DI COMPETENZA. RINVIO

Come si è visto *supra*, nei paragrafi 3.1.1. e 3.2.4., si ritiene che il problema del conflitto negativo di competenza, nascente dal sistema delle “vie parallele”, non sia stato risolto dalla pronuncia della Corte costituzionale.

Infatti, la parziale dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 819 *ter*, comma 2, c.p.c., si è limitata ad imporre la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda proposta dinanzi all'organo decisorio (giudice togato o arbitri) che abbiano poi ritenuto di difettare di *potestas iudicandi*. Tale soluzione ha posto “*i riflettori sul principio di equivalenza tra il giudizio degli arbitri e quello degli organi della giurisdizione statale, a tutela del diritto delle parti a ottenere, comunque una risposta, affermativa o negativa, in ordine al bene della vita oggetto della loro contesa*”¹³¹.

Tuttavia, all'esito della pronuncia della Corte costituzionale e della “salvezza” della rimanente parte dell'art. 819 *ter* c.p.c., rimane affidato all'interprete il compito

¹²⁹ Per i riferimenti bibliografici, cfr. *supra* nota 1.

¹³⁰ Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Foro it. cit.*, 2693.

¹³¹ L. SALVANESCHI, *Ancora sull'arbitrabilità delle impugnative cit.*, 928.

di individuare il coordinamento tra i due giudizi¹³².

Un elemento a sostegno di questa tesi è stato rinvenuto da parte della dottrina nel rilievo per cui la Consulta non ha sentito il bisogno di segnalare l'esigenza di un intervento legislativo per colmare la lacuna normativa venutasi a creare¹³³. Viceversa, un intervento di questo tipo era stato auspicato dalla Corte costituzionale nel 2007, con la decisione che aveva ammesso la *translatio iudicii* tra giudice ordinario e giudice speciale all'esito della declinatoria di giurisdizione¹³⁴.

Per la verità, parte della dottrina ha tentato, al fine di ammettere l'efficacia della pronuncia declinatoria, di superare l'ostacolo costituito dal fatto che, come si è visto, la Corte costituzionale abbia espressamente mantenuto ferma “*la parte restante*” dell'art. 819 *ter* c.p.c., sostenendo che “*l'introduzione, nei rapporti fra arbitrato e giurisdizione statale, di una regola corrispondente all'art. 50 c.p.c. abbia determinato l'abrogazione per incompatibilità dell'art. 819 ter c.p.c., nella parte in cui esclude l'applicazione, nei medesimi rapporti, di una regola corrispondente all'art. 44 c.p.c.*”¹³⁵.

Ancora, altra parte della dottrina ha suggerito che, in applicazione dell'art. 50 c.p.c. si possa individuare “*l'esistenza in prosecuzione di un unico processo*” tra quello pendente dinanzi al primo organo decisorio, dichiaratosi carente di *potestas iudicandi* e quello “*traslato*” dinanzi al secondo decidente. In ragione di ciò, si potrebbe allora, pur senza ricorrere all'applicazione dell'art. 44 c.p.c., attribuire alla

¹³² Così, L. SALVANESCHI, *op. ult. cit.*, 929; Id., *Il rapporto tra arbitro e giudice* cit., 390; A. BRIGUGLIO, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223 cit., 94.

¹³³ E. D'ALESSANDRO, *Finalmente! cit.*, 2696

¹³⁴ Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77, in *Foro it.* 2007, I, 1009 ss., con nota di 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*, *ivi*, 1013 ss.. Nel caso di specie, la questione era stata posta con riferimento all'art. 30 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034 di istituzione dei tribunali amministrativi regionali (in relazione agli artt. 24, 111 e 113 della Costituzione) nella parte in cui non consentiva al giudice amministrativo, all'esito di una pronuncia declinatoria di giurisdizione, di disporre la prosecuzione del processo con la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda. La Corte ha ritenuto fondata la questione e dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 30 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, sollecitando un intervento legislativo sulla *translatio iudicii* all'esito della declinatoria di giurisdizione. Tale disciplina normativa è giunta nel nostro ordinamento con l'art. 59 della L. 69/2009.

¹³⁵ La tesi è di S. BOCCAGNA, *Translatio iudicii tra giudice e arbitri: la decisione della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.* 2014, 374 ss..

decisione declinatoria della competenza, anche non definitiva, efficacia endoprocessuale, vincolante per l'organo decidente adito a seguito della *translatio*¹³⁶.

Tuttavia a me sembra da preferire la tesi per cui, anche all'esito della pronuncia della Corte costituzionale del 2013, il conflitto negativo di competenza sia ancora soggetto al sistema delle "vie parallele" perché, come chiarito dalla Consulta con la sentenza del 2007, "*la conservazione degli effetti prodotti dalla domanda originaria discende [...] direttamente dall'ordinamento interpretato alla luce della Costituzione*", mentre il legislatore ordinario è libero di regolare i risvolti applicativi del principio della conservazione degli effetti della domanda "*sulla base di una scelta di fondo a lui soltanto demandata: stabilire, cioè, se mantenere in vita il principio per cui ogni giudice e giudice della propria giurisdizione, ovvero adottare l'opposto principio seguito dal codice di procedura civile (art. 44) per la competenza*"¹³⁷.

Stabilito, dunque, che la sentenza della Corte costituzionale del 2013 si è limitata a regolare la salvezza degli effetti della domanda giudiziale proposta dinanzi ad un organo (il giudice togato o gli arbitri) che si considerasse privo di *potestas iudicandi*, senza suggerire nuovi elementi risolutivi della complessa questione del conflitto negativo di competenza tra giudice e arbitri, si rinvia, per la trattazione della questione a quanto esposto *supra*, nel paragrafo 3.2.4., con riferimento al sistema delle "vie parallele"¹³⁸.

¹³⁶ C. CONSOLO, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza* cit., spec. a 1111 afferma che "*comunque, pur non applicandosi l'art. 44, la esistenza in prosecuzione di un unico processo sembra bastare ad attribuire alla decisione declinatoria, e pur prima del suo divenire definitiva e cosa giudicata, quantomeno sulla esattezza della declinatoria, un'efficacia endoprocessuale vincolante, pur in pendenza di eventuale sua impugnazione e beninteso salvo qui il caso di estinzione del processo*".

¹³⁷ Queste le parole di Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77 cit., 1027 s..

¹³⁸ In dottrina, M. ACONE, «*Translatio iudicii*» tra giudice ed arbitro cit., 2701 ha suggerito "*la denuncia dell'illegittimità costituzionale dell'art. 819 ter, 2° comma, c.p.c. nella parte in cui nei rapporti giudice-arbitro vieta l'applicazione dell'art. 44 c.p.c. e, allo scopo di completare il sistema, suggerire la pronuncia di una sentenza (interpretativa?) che dichiari l'illegittimità costituzionale dell'art. 817 c.p.c. nella parte in cui non prevede per l'arbitro il vincolo della decisione del giudice sulla competenza e della stessa norma (o del 1° comma dell'art. 819 ter c.p.c.), nella parte in cui non prevede l'impugnazione del lodo con il regolamento di competenza [...]*".

3.3.2. LA PROSECUZIONE DELLA CONTROVERSIA ALL'ESITO DELLA *TRANSLATIO IUDICII*

L'introduzione della *translatio iudicii* tra giudizio ordinario e arbitrato ha aperto una serie di questioni applicative di non poco rilievo, mancando una disciplina normativa volta a regolarle. Nel presente paragrafo verranno analizzate, in singoli sotto paragrafi, le problematiche principali sulla questione, tentando di fornire spunti interpretativi ricavati dal sistema, con l'intento di salvaguardare il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, così come quello di economia processuale.

In particolare, dapprima, si individuerà lo strumento processuale da utilizzare per applicare la *translatio iudicii*; in seguito saranno analizzate, fornendo alcuni spunti interpretativi di tipo sistematico, le problematiche concernenti la vincolatività delle preclusioni maturate, gli effetti delle misure cautelari concesse nel primo giudizio, la conservazione degli effetti delle prove "raccolte" in quest'ultimo, la sorte dei terzi, estranei alla convenzione di arbitrato, intervenuti nel giudizio statale e, da ultimo, gli effetti delle domande riconvenzionali che, quanto ad oggetto, non rientrano nel perimetro del patto compromissorio.

3.3.2.1. RIASSUNZIONE O RIPROPOSIZIONE DELLA DOMANDA

La pronuncia della Corte costituzionale n. 223 del 2013, come si è visto, ha eliminato il divieto di applicazione ai rapporti tra arbitrato e giudizio statale di "regole corrispondenti" all'art. 50 c.p.c..

La disposizione, lo si ricorda, prevede che "*se la riassunzione della causa davanti al giudice dichiarato competente avviene nel termine fissato nella ordinanza dal giudice e in mancanza in quello di tre mesi dalla comunicazione della ordinanza di regolamento o della ordinanza che dichiara l'incompetenza del giudice adito, il processo continua davanti al nuovo giudice.*

Se la riassunzione non avviene nei termini su indicati, il processo si estingue".

Nell'individuare i profili operativi della pronuncia della Corte costituzionale, la

dottrina si è interrogata quanto allo strumento per la prosecuzione del giudizio dinanzi all'organo competente, prospettando, da un lato una vera e propria riassunzione (come prevista dall'art. 50 c.p.c.), dall'altro la necessità della riproposizione della domanda (in linea con quanto stabilito dall'art. 59 L. 69/2009, con riferimento alla *translatio iudicii* all'esito del diniego di giurisdizione). La differenza tra i due strumenti sta nel fatto che la riassunzione è un mero atto di impulso processuale, che come tale può essere assunto da ognuna delle parti in causa, e che ha come contenuto il richiamo del precedente atto introduttivo¹³⁹. Viceversa, con la riproposizione della domanda si ha l'introduzione di un vero e proprio nuovo giudizio e, di conseguenza, questa deve essere svolta dall'originario attore, con le forme e le modalità previste per il processo *ad quem* e con la formulazione di una *editio actionis*, seppur con riferimento ad una situazione sostanziale già azionata¹⁴⁰.

Parte della dottrina ritiene che la prosecuzione del giudizio sia configurabile, anche nel caso di *translatio* tra il giudice ordinario e l'arbitro, nei termini della riassunzione di cui all'art. 50 c.p.c.¹⁴¹. Quanto al contenuto di tale riassunzione, è già stato accennato *supra*¹⁴² che, in ragione del peculiare carattere non preconstituito dell'organo arbitrale, il giudice che declini la propria competenza in ragione della devoluzione della controversia in arbitri, si limiterà, in quella sede, ad accertare che l'oggetto della lite rientri nel perimetro applicativo di una valida ed efficace convenzione di arbitrato, non potendo certo indicare gli arbitri ritenuti competenti. Allo stesso modo, anche gli arbitri saranno dispensati, in sede di declinatoria di competenza, dalla indicazione del singolo giudice dotato della *potestas iudicandi* per

¹³⁹ Per un'analisi dettagliata dell'istituto della riassunzione, cfr. A. SALETTI, *La riassunzione del processo civile*, Milano 1981.

¹⁴⁰ S. MENCHINI, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223 cit.103 s., che, sul punto richiama F.P. LUISO, *Effetti sostanziali della domanda e conclusione del processo con una pronuncia di rito*, in *Riv. dir. proc.* 2013, 1 ss., spec. a 10.

¹⁴¹ L. SALVANESCHI, *op. loc. ult. cit.*. Nel senso che la trasmigrazione del giudizio avvenga con la riassunzione, quale continuazione del medesimo processo nella nuova sede, cfr. anche S. BOCCAGNA, *op. ult. cit.*, 383 e M. ACONE, «*Translatio iudicii*» tra giudice e arbitro cit., 2700, sulla base del rilievo per cui «*nel rapporto tra organi giudicanti collocati all'interno dello stesso plesso di giurisdizione deve operare la translatio iudicii dell'art. 50 c.p.c., non la «riproposizione della domanda» che opera all'esterno delle varie giurisdizioni*».

¹⁴² Nel paragrafo 3.1.1..

conoscere la causa. E questo perché la cognizione dell'arbitro sul proprio potere decisorio si rivolge unicamente alla valutazione del patto arbitrale al fine di individuare se siano competenti gli arbitri stessi oppure il giudice togato “*inteso in via generale e non [...] uno specifico giudice tra gli altri*”¹⁴³.

Un'altra parte della dottrina ha, invece, affermato che il riferimento al concetto di *translatio iudicii* tra “*forme di tutela eterogenee (pur se unificate dal fine e dal rispetto dei comuni principi)*” non può essere inteso senso tecnico, ma implica un riferimento generale e “*meramente evocativ[o]*” al principio volto ad impedire che “*l'errore nella scelta dell'organo produca le conseguenze irreparabili connesse alla mancata sterilizzazione degli eventi successivi*”¹⁴⁴. Secondo tale tesi, infatti, l'eterogeneità tra il giudizio ordinario e l'arbitrato, da individuarsi, soprattutto, nella non precostituzione dell'organo arbitrale, farebbe sì che non sarebbe immaginabile la prosecuzione del giudizio per atto di impulso di riassunzione. Invece, per attuare la *translatio iudicii* tra giudizio ordinario e arbitrato (e viceversa), bisognerebbe ricorrere alla riproposizione della domanda dinanzi all'organo dotato di *potestas iudicandi*, attribuendo la retroattività degli effetti della domanda al momento della proposizione della prima domanda giudiziale¹⁴⁵.

¹⁴³ L. SALVANESCHI, *op. ult. cit.*, 391. Ulteriore conseguenza dell'applicazione dell'art. 50 c.p.c. alla *translatio iudicii* tra giudizio statale e arbitrato è quella per cui il termine per la riassunzione del giudizio, ove non indicato nella sentenza o nel lodo declinatorio, debba essere di tre mesi dalla comunicazione della sentenza o del lodo.

¹⁴⁴ B. SASSANI, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223 cit., 111 s., che, a conferma di tale assunto, sottolinea che il dato letterale dell'art. 819 *ter* c.p.c., così come la sentenza della Consulta, non fanno riferimento all'applicazione dell'art. 50 c.p.c., ma all'applicazione di “*regole corrispondenti alle previsioni*” di cui all'art. 50 c.p.c..

¹⁴⁵ B. SASSANI, *op. loc. ult. cit.* per cui bisognerebbe ricorrere, appunto, alla riproposizione della domanda “*senza dover immaginare l'impossibile, cioè la prosecuzione di iter procedurali eterogenei, talmente eterogenei che il mero atto di impulso non è nemmeno immaginabile: per definizione gli atti d'impulso possono solo rimettere in moto un procedimento sopito, ma non chiuso, quindi idoneo alla riapertura aliunde*”. Nello stesso senso, cfr. S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, 107 e A. BRIGUGLIO, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223 cit., 95. Ancora, S. IZZO, *op. ult. cit.* 162, che sottolinea “*le differenze strutturali che in altri casi e ad altri effetti impongono di assegnare un termine per «l'integrazione degli atti introduttivi» (art. 426), nel contesto di cui si discorre conducono a ritenere necessaria la (ri)proposizione della domanda arbitrale secondo le forme sue proprie*”. Con riferimento alla salvezza degli effetti sostanziali e processuali riconducibili alla trascrizione della domanda giudiziale o arbitrale, cfr. G. FREZZA, *Trascrizione della*

Anche Bove sostiene la impossibilità di effettuare la “trasmigrazione” del giudizio attraverso il meccanismo della riassunzione tra giudice privato e statale e viceversa¹⁴⁶. L’Autore giunge a tale conclusione sulla base del ragionamento per cui “*i rapporti tra giudice statale e giudice privato non sono inquadrabili in termini di competenza, bensì di giurisdizione, perché l’arbitro non fa parte del plesso organizzativo della giurisdizione statale, emergendo piuttosto come una autonoma giurisdizione che l’ordinamento statale, che certo non pretende di assumere alcun monopolio in materia, riconosce come tale, ossia, se così si può dire, come altro da sé*”¹⁴⁷. La prosecuzione del giudizio avverrà, dunque, anche secondo Bove, con la riproposizione della domanda giudiziale nella sede individuata come competente dall’organo adito per primo¹⁴⁸.

Nonostante gli evidenti pregi applicativi della riassunzione ex art. 50 c.p.c., quale mero atto di impulso processuale, mi pare tuttavia che, attualmente, dal punto di vista sistematico, non si possa prescindere dalle considerazioni svolte dalla parte della dottrina che pone in luce la distinzione tra le regole processuali dei due giudizi,

domanda di arbitrato (alla luce della L. n. 162 del 1024 e della sentenza della Corte costituzionale n. 223 del 2013), in Riv. arb. 2015, 65 ss..

¹⁴⁶ M. BOVE, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223 cit., 89, che sottolinea che l’esito della sentenza del 2013 non è quello di ammettere l’applicazione dell’art. 50 c.p.c., ma solo quello di eliminare il divieto di applicazione di una regola analoga a quest’ultima norma.

¹⁴⁷ M. BOVE, *op. loc. ult. cit.*. Cfr., inoltre, M. BOVE, *Ricadute sulla disciplina dell’arbitrato della legge n. 69/2009*, in *Sull’arbitrato, studi offerti a Giovanni Verde*, (a cura di) F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA, N. RASCIO, Napoli, 2010, 81 ss., spec. a 85, quanto all’ammissibilità della *transaltio iudicii*, già prima della sentenza della Corte costituzionale del 2013, in applicazione analogica dell’art. 59 L. 69/2009, sulla base dell’assunto per cui il rapporto tra arbitro e giudice sia inquadrabile in termini di giurisdizione. In generale, sulle ipotesi di ammissibilità della *translatio iudicii* tra arbitrato e giudizio ordinario formulate prima dell’avvento della pronuncia del 2013 della Consulta, cfr. *supra* Capitolo II, paragrafo 2.5..

¹⁴⁸ A. BRIGUGLIO, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223 cit., 95 sottolinea che mentre il meccanismo della riproposizione della domanda è una scelta obbligata nel caso in cui a fronte della declinatoria del giudice ordinario, il giudizio debba proseguire in sede arbitrale (in ragione della non precostituzione dell’organo arbitrale appunto), nel caso opposto, di declinatoria degli arbitri, potrebbe in effetti operare una vera e propria riassunzione. Tuttavia, per ragioni di semplificazione di sistema, ritiene preferibile configurare, in entrambi i casi, la prosecuzione del giudizio tramite riproposizione della domanda giudiziale.

e che dunque sia da preferire la soluzione della riproposizione della domanda¹⁴⁹, con la precisazione che sarebbe auspicabile un organico intervento normativo su tutti i temi applicativi relativi alla *translatio iudicii* tra giudizio e arbitrato¹⁵⁰.

3.3.2.2. VINCOLATIVITÀ DELLE PRECLUSIONI MATURATE PRIMA DELLA *TRANSLATIO IUDICII*

Il successivo tema applicativo che scaturisce dalla *translatio iudicii* introdotta dalla Corte costituzionale nel 2013 è quello della vincolatività delle preclusioni maturate nel giudizio *a quo*.

Il tema ha rilevanza soprattutto per il fatto che, come noto, a partire dalla L. 353/1990, il processo civile è regolato secondo il principio delle preclusioni. Non si può dire lo stesso per lo svolgimento del processo arbitrale, la regolazione del quale è lasciata, dalla previsione dell'art. 816 *bis* c.p.c. alle parti oppure agli arbitri¹⁵¹.

Gli elementi da prendere in considerazione per risolvere il quesito sono essenzialmente due: da un lato, qualora le rigide preclusioni previste dal processo civile operassero nel giudizio trasferitosi in arbitrato, le parti si troverebbero vincolate a preclusioni processuali non volute, in violazione del principio di autonomia delle parti previsto dall'art. 816 *bis* c.p.c.; dall'altro lato, va tenuto presente che alcune delle attività per le quali nel giudizio ordinario sono poste le preclusioni, non possono nemmeno essere compiute nel giudizio arbitrale (si pensi, ad esempio, alla proposizione di domande riconvenzionali o di domande verso terzi intervenuti che,

¹⁴⁹ Con la necessità del conferimento di un nuovo mandato e della notificazione dell'atto introduttivo ai convenuti personalmente.

¹⁵⁰ Così, S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, 105 e 108 s., che auspica l'intervento legislativo facendo riferimento alla suggestiva immagine per cui "*l'operatore è chiamato a compiere un vero e proprio slalom, saltando da una norma all'altra, con il rischio elevatissimo di incorrere in una buca e di cadere a terra*".

¹⁵¹ La disposizione prevede che le parti, nella convenzione di arbitrato, o con accordo scritto separato anteriore all'inizio del giudizio arbitrale, possono stabilire "*le norme che gli arbitri debbono osservare nel procedimento e la lingua dell'arbitrato*". In mancanza di tale indicazione delle parti, gli arbitri hanno la facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio "*nel modo che ritengono più opportuno*", fermo, naturalmente, il rispetto del principio del contraddittorio.

dal punto di vista sostanziale, non rientrino nel perimetro applicativo del patto compromissorio)¹⁵².

In ragione di tali differenze connaturate ai due giudizi, pare da escludere che le preclusioni processuali maturate in una sede, possano avere effetto nel giudizio “traslato” dinanzi all’organo dotato di *potestas iudicandi*¹⁵³.

3.3.2.3. EFFETTI DELLE MISURE CAUTELARI CONCESSE NEL PRIMO GIUDIZIO

Come rilevato da parte della dottrina, non vi è ragione per sostenere che i provvedimenti cautelari eventualmente concessi nel primo procedimento¹⁵⁴ perdano di efficacia in seguito alla *translatio iudicii*¹⁵⁵. Alla base di tale conclusione si pone il rilievo per cui “*i due giudizi presentano oggetti sostanziali omogenei, come uguali sono le tecniche di tutela (dichiarativa e cautelare)*”¹⁵⁶. Di conseguenza, non si ravvisano difficoltà affinché le misure cautelari, concesse dal giudice togato *ex art.* 818 c.p.c., mantengano la loro efficacia anche quando, all’esito della *translatio* il giudice venga investito anche della cognizione della controversia né quando la *translatio* operi, invece, dal giudizio ordinario all’arbitrato, perché sarebbe stato comunque il giudice togato ad avere potere cautelare.

Devono ora essere brevemente menzionati i problemi applicativi relativi al potere cautelare, concesso eccezionalmente agli arbitri dal D.Lgs. 5/2003, in materia di sospensione delle delibere assembleari in pendenza del giudizio di impugnazione della delibera proposto in via arbitrale¹⁵⁷. Con riferimento a tale peculiare misura

¹⁵² S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, 108. I profili applicativi relativi alle domande riconvenzionali o alle domande proposte nei confronti di terzi che non rientrino nell’ambito applicativo della convenzione di arbitrato saranno trattati *infra* nel paragrafo 3.3.2.5..

¹⁵³ S. MENCHINI, *op. loc. ult. cit.*. Nello stesso senso, cfr. A. BRIGUGLIO, *op. cit.*, 96

¹⁵⁴ Con la precisazione di cui all’art. 818 c.p.c. per cui “*gli arbitri non possono concedere sequestri, né altri provvedimenti cautelari, salva diversa disposizione di legge*”.

¹⁵⁵ L. SALVANESCHI, *op. loc. ult. cit.*.

¹⁵⁶ S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, 107.

¹⁵⁷ La norma che deve essere presa in considerazione è l’art. 35, comma 5, del D.Lgs. 5/2003 che dispone “*La devoluzione in arbitrato, anche non rituale, di una controversia non preclude il ricorso alla tutela cautelare a norma dell’articolo 669-quinquies del codice di procedura civile, ma se la clausola compromissoria consente la devoluzione in arbitrato di*

cautelare, parte della dottrina ha affermato che, quando la *translatio* operi dagli arbitri verso il tribunale per le imprese, potrebbe porsi il problema della caducazione della misura cautelare sospensiva concessa da un organo privo del potere decisorio del merito con la conseguente necessità di reiterazione dell'istanza cautelare dinanzi al giudice togato¹⁵⁸. Lo stesso problema potrebbe porsi con riferimento alla delibera assembleare impugnata sospesa dal tribunale delle imprese, in presenza di una fattispecie in cui, individuata la competenza degli arbitri a decidere il merito, a questi sia attribuita anche competenza cautelare *ex art. 35*, comma 5, D.Lgs. 5/2003¹⁵⁹.

Uno spunto per la risoluzione della questione è stato suggerito da Salvaneschi, muovendo dalla considerazione per cui, in determinati casi, il giudice ha “competenza concorrente” con l'arbitro per la sospensione della delibera assembleare impugnata, anche quando il merito della controversia sia pacificamente rientrante nella *potestas iudicandi* degli arbitri. È il caso, per esempio, della sospensione cautelare disposta dal tribunale delle imprese, perché richiesta dopo l'inizio dell'arbitrato, ma prima della formazione del collegio arbitrale. Questo esempio suggerisce che l'equivalenza, in materia, tra giudice dello Stato e gli arbitri, visto che possono concorrere nella competenza cautelare, debba essere considerata “totale”. Tale principio aiuta, allora, a “stemperare il problema”, portando a ritenere che sia riconoscibile la conservazione degli effetti della misura cautelare nel giudizio *ad quem* anche quando si tratti della peculiare misura sospensiva di cui all'art. 35, comma 5, D.Lgs. 5/2003¹⁶⁰.

controversie aventi ad oggetto la validità di delibere assembleari agli arbitri compete sempre il potere di disporre, con ordinanza non reclamabile, la sospensione dell'efficacia della delibera”.

¹⁵⁸ C. CONSOLO, *op. ult. cit.*, 1112.

¹⁵⁹ Sul punto, cfr. Trib. Milano, Sez. VIII, 17 marzo 2009, in *Riv. arb.* 2009, 311 s., con nota di A. VILLA, *Una poltrona per due: la sospensione delle delibere assembleari fra giudice privato e giudice statale*, *ivi*, 312 ss., che ha chiarito che “l'art. 35, comma 5, del D.lg. n. 5/2003 ha introdotto una cognizione cautelare esclusiva in capo agli arbitri in materia di sospensione dell'efficacia della delibera assembleare impugnata; tuttavia, stante la modalità di instaurazione del procedimento arbitrale, deve riconoscersi, fino al momento in cui il collegio arbitrale sia costituito, la competenza del g.o. a provvedere sull'istanza di sospensione della delibera impugnata”.

¹⁶⁰ L. SALVANESCHI, *op. ult. cit.*, 392.

3.3.2.4. CONSERVAZIONE DELLE PROVE “RACCOLTE” NEL PRIMO PROCESSO

Benché siano rari i casi in cui, in concreto, viene svolta una qualche attività istruttoria prima della declaratoria di incompetenza¹⁶¹, il tema merita di essere preso in considerazione.

Nell'individuare, allora, se le prove acquisite dinanzi al giudice, poi ritenutosi carente di *potestas iudicandi*, producano qualche effetto dinanzi all'organo adito per la prosecuzione del giudizio, bisogna distinguere il caso in cui il giudizio venga trasferito dalla sede statale in quella arbitrale, da quello opposto in cui una controversia, iniziata davanti agli arbitri, prosegua poi dinanzi al giudice togato.

Quanto al primo caso, come abbiamo visto, infatti, non esistono specifiche regole né limitazioni di tipo legislativo all'assunzione delle prove in sede di arbitrato, essendo consentito alle parti, *ex art. 816 bis c.p.c.*, di regolare l'intero procedimento. Come conseguenza, qualora le parti abbiano stabilito regole di assunzione diverse o limiti di ammissibilità più restrittivi rispetto a quelli previsti per il giudizio ordinario di cognizione, vanno ritenute prive di efficacia nel successivo giudizio arbitrale le prove assunte in violazione di quanto voluto dalle parti. Ove, invece, le parti abbiano richiamato, nella convenzione d'arbitrato le norme previste per il giudizio ordinario, non sembrano configurabili difficoltà nell'ammettere l'efficacia delle prove acquisite nel giudizio statale *a quo*¹⁶².

Quanto al secondo caso, quello in cui il giudizio instaurato in sede arbitrale venga trasferito dinanzi al giudice togato, ove l'istruttoria si sia svolta in ottemperanza dei principi stabiliti, in materia, nel codice di procedura civile, è maggioritaria la tesi per cui le prove così assunte possano per lo meno essere valutate dal giudice quali argomenti di prova¹⁶³.

¹⁶¹ P. BUZANO, *Estensione della translatio iudicii cit.*, 1386.

¹⁶² Entrambe le eventualità sono prese in considerazione da P. BUZANO, *op. cit.*, 1387, nota 25. Affermando la piena utilizzabilità delle prove nel giudizio trasferito in sede arbitrale, A. BRIGUGLIO, *op. cit.* 96 sottolinea che “il riferimento agli “argomenti di prova” di cui all'art. 59 u.c., l. 69/2009, in tema di translatio fra diverse giurisdizioni statuali, è un eccesso di rigore formalistico, tutto sommato innocuo e che però non vi è ragione di trapiantare nel nostro caso”.

¹⁶³ S. MENCHINI, *op. ult. cit.*, 108; P. BUZANO, *op. loc. ult. cit.*, che sottolinea che, a favore di questa conclusione, milita il rilievo che un'analogia soluzione è stata prevista dal

3.3.2.5. TERZI INTERVENUTI NEL PROCESSO ESTRANEI ALLA CONVENZIONE D'ARBITRATO E DOMANDE RICONVENZIONALI CHE NON RIENTRANO NEL PERIMETRO DELLA CONVENZIONE MEDESIMA

Il problema della disciplina relativa ai terzi intervenuti si pone nel caso in cui la *translatio iudicii* operi dal giudizio statale verso l'arbitrato. La questione rilevante è se un terzo intervenuto nella lite dinanzi al giudice ordinario possa essere parte anche nel giudizio trasferito in sede arbitrale, pur non essendo parte dell'accordo compromissorio.

Per fornire alcuni spunti sistematici volti all'analisi della questione, bisogna prendere in considerazione la disciplina dell'intervento nel giudizio ordinario, così come quella dettata dal legislatore per il giudizio arbitrale.

Quanto al giudizio ordinario di cognizione, le norme di riferimento sono gli artt. 105, 106 e 107 c.p.c.. La prima disposizione, come è noto¹⁶⁴, individua tre diverse specie di intervento volontario: l'intervento principale, con il quale la parte interveniente intende “*far valere, in confronti di tutte le parti [...] un diritto relativo all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo*”; l'intervento litisconsortile o adesivo autonomo, con il quale la parte interveniente intende “*far valere in confronto di alcune [delle parti] un diritto relativo all'oggetto o dipendente dal titolo dedotto nel processo medesimo*” e l'intervento adesivo dipendente o *ad adiuvandum* che si verifica quando il terzo interviene nel giudizio “*per sostenere le ragioni di alcuna delle parti, quando vi ha un proprio interesse*”. L'art. 106 c.p.c. regola, poi, l'intervento su istanza di parte disponendo che “*ciascuna parte può chiamare nel processo un terzo al quale ritiene comune la causa o dal quale pretende di essere garantita*” e l'art. 107 c.p.c. prevede che il giudice ordini

legislatore per il caso di *translatio iudicii* dell'esito della declinatoria di giurisdizione (art. 59, L. 69/2009). Afferma, invece, la piena utilizzabilità delle prove nel giudizio trasferito in sede arbitrale, A. BRIGUGLIO, *op. cit.* 96 sottolinea che “*il riferimento agli “argomenti di prova” di cui all'art. 59 u.c., l. 69/2009, in tema di translatio fra diverse giurisdizioni statuali, è un eccesso di rigore formalistico, tutto sommato innocuo e che però non vi è ragione di trapiantare nel nostro caso*”.

¹⁶⁴ Cfr., per tutti, C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2014, 447 ss..

l'intervento quando “ritiene opportuno che il processo si svolga in confronto di un terzo al quale la causa è comune”.

Quanto al giudizio arbitrale, la disposizione rilevante è l'art. 816 *quinquies*, commi 1 e 2, c.p.c. di cui, per comodità di lettura si riporta di seguito il testo: “L'intervento volontario o la chiamata in arbitrato di un terzo sono ammessi solo con l'accordo del terzo e delle parti e con il consenso degli arbitri.

Sono sempre ammessi l'intervento previsto dal secondo comma dell'articolo 105 e l'intervento del litisconsorte necessario”.

Questa disposizione è stata introdotta con la riforma del 2006 e prima di allora, la carenza della disciplina dell'intervento di terzo nell'ambito dell'arbitrato, veniva giustificata in ragione di una “incompatibilità strutturale tra patto compromissorio e sua estensione a soggetti terzi”¹⁶⁵. Oggi, la regola generale è quella per cui sia l'intervento autonomo che quello coatto devono “passare al vaglio” delle parti e degli arbitri che devono, rispettivamente trovare un accordo con il terzo interveniente e consentire l'intervento.

Nell'applicare la norma alla questione che ci occupa mi pare, in primo luogo, che alla luce del dato letterale, non ci siano ostacoli di tipo logico nel ritenere che un terzo intervenuto nel giudizio *a quo* davanti al giudice togato in qualità di litisconsorte necessario ovvero di intervenitore *ad adiuvandum* possa continuare ad essere parte del giudizio trasferito in sede arbitrale.

Per quanto attiene, in secondo luogo, gli altri casi, previsti dal comma 1 dell'art. 816 *quinquies* c.p.c., mi sembra, ancora, che non si verificano problemi applicativi quando tra il terzo e le parti dell'arbitrato si trovino d'accordo quanto all'intervento (e sul punto vi sia il consenso degli arbitri). Viceversa, qualora l'accordo non si trovi, mi pare difficile superare tale ostacolo nell'ottica per cui la volontà delle parti è uno dei principi cardine dell'arbitrato. Come conseguenza, il terzo che volesse far valere un suo diritto nei confronti di tutte o di alcune delle parti del giudizio “traslato” in arbitrato, ma che non intendesse ovvero non riuscisse a giungere ad un accordo compromissorio con le parti originarie del giudizio, mi

¹⁶⁵ Così cfr. L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, Commentario del codice di procedura civile a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2014, *Commento all'art. 816-quinquies c.p.c.*, 492 ss., spec. a 492.

sembra che potrebbe trovare tutela solamente con la proposizione di un'altra autonoma azione dinanzi al giudice togato. In una simile situazione, evidente è il rischio di statuizioni confliggenti e per "limitare i danni" di tale situazione, possono venire in soccorso le regole generali in materia di cosa giudicata e sulla sua estensione soggettiva, nel senso che la prima statuizione a divenire definitiva sarà in grado di vincolare l'altro organo.

L'ultimo scenario applicativo della *translatio iudicii* che verrà preso in considerazione si inserisce ancora nella casistica della trasmigrazione del giudizio di merito dal giudice togato, ritenutosi carente di *potestas iudicandi*, verso gli arbitri. Immaginiamo che nel giudizio ordinario sia stata proposta dal convenuto una domanda riconvenzionale che esuli dall'ambito applicativo della convenzione d'arbitrato.

In generale, alla luce del principio per cui il ricorso all'arbitrato trova la sua ragione giustificativa nella volontà delle parti, non potrà mai essere portata dinanzi agli arbitri una controversia in assenza dell'accordo delle parti. L'altro limite insuperabile, oltre a quello della volontà compromissoria per deferire una controversia in arbitrato, è costituito dall'arbitrabilità della controversia, prevista dall'art. 806 c.p.c..

Inquadro così il sistema alla luce del quale va letta la fattispecie in esame, mi pare che, qualora la domanda riconvenzionale abbia ad oggetto una controversia arbitrabile e le parti si accordino, attraverso la stipulazione di un compromesso nelle forme di cui all'art. 807 c.p.c., per deferire la controversia in arbitrato, non vi siano difficoltà ad ammettere che tanto la controversia sulla domanda principale, quanto la controversia sulla domanda riconvenzionale vengano portate dinanzi al collegio arbitrale.

Ancora una volta, però, nel caso in cui l'accordo compromissorio non venga raggiunto sulla controversia scaturente dalla domanda riconvenzionale, non mi pare che sia superabile l'ostacolo costituito dalla carenza della volontà delle parti. In questo senso, come nel caso precedente analizzato, non vedo altra soluzione che la proposizione di una autonoma azione giudiziale, da parte del convenuto del primo procedimento, al fine di ottenere la tutela che nel primo giudizio, erroneamente iniziato dinanzi al giudice togato privo di *potestas iudicandi*, aveva richiesto con la

domanda riconvenzionale. E ancora una volta, sembra che il coordinamento tra le due decisioni debba essere trovato sulla base delle le regole generali in materia di cosa giudicata e dei suoi limiti oggettivi.

I problemi applicativi appena visti, esposti facendo ricorso a principi generali e riferimenti sistematici, mi sembrano inserirsi tra le considerazioni che pongono in luce le differenze tra le regole processuali del giudizio arbitrale rispetto a quelle del giudizio ordinario e che mi hanno suggerito di preferire, allo stato attuale, lo strumento della riproposizione della domanda rispetto a quello della riassunzione per la prosecuzione del giudizi (arbitrale o statale) all'esito della *translatio iudicii*.

CONCLUSIONI

Nel primo Capitolo è stata ripercorsa la controversa questione della natura del fenomeno arbitrale e dell'eccezione di arbitrato fino alla riforma posta in essere con il D.Lgs. n. 40 del 2 febbraio 2006.

Nell'analizzare la questione si sono prese le mosse dal codice di procedura civile del 1940 per fare, poi riferimento alle modifiche alla disciplina dell'arbitrato introdotte con le riforme di cui alla legge 9 febbraio 1983, n. 28 e alla legge 5 gennaio 1994, n. 25. In particolare, con riferimento al codice di procedura civile del 1940, la disposizione più rilevante, ai fini del presente lavoro, era quella di contenuta nell'art. 825 c.p.c., per cui il lodo doveva essere depositato, da uno degli arbitri, entro cinque giorni dalla sottoscrizione presso la cancelleria della pretura del luogo in cui era stato pronunciato affinché il pretore ne accertasse, con decreto attributivo di efficacia esecutiva, la regolarità formale.

Con la L. 9 febbraio 1983, n. 28 veniva modificata in maniera rilevante la disciplina del lodo e all'art. 823 c.p.c. veniva aggiunto il quarto comma che attribuiva al lodo "*efficacia vincolante tra le parti dalla data della sua ultima sottoscrizione*", superando così la necessità, con riferimento almeno all'efficacia tra le parti, del decreto pretorile. Quest'ultimo, rimaneva, tuttavia, rilevante ai fini della efficacia esecutiva del lodo dal momento che, ai sensi dell'art. 825 c.p.c., se richiesto entro un anno dal ricevimento del lodo, conferiva efficacia esecutiva alla decisione degli arbitri.

Ancora, la riforma adottata con la L. 5 gennaio 1994, n. 25, incideva ampiamente nonché in maniera organica sulla disciplina dell'arbitrato modificando disposizioni tanto del codice di procedura civile, quanto del codice civile: la domanda di arbitrato veniva inserita tra gli atti idonei a interrompere e a sospendere il decorso della prescrizione; venivano modificate le norme del codice civile relative agli atti soggetti a trascrizione, nel senso di equiparare la domanda di arbitrato alla domanda giudiziale; veniva introdotto l'art. 819 *bis* c.p.c., relativo alla connessione della controversia arbitrale con altra pendente dinanzi al giudice dello Stato, e veniva modificato l'art. 819 c.p.c., relativo al potere degli arbitri di risolvere questioni incidentali. Inoltre, con riferimento al lodo, veniva eliminato dall'art. 825 c.p.c. il termine annuale per il

deposito del lodo ai fini dell'emanazione del decreto pretorile e l'art. 827 c.p.c. consentiva espressamente di impugnare il lodo non depositato.

Premessa l'esposizione, in via generale, tra gli altri, degli indici normativi richiamati, si è passati ad analizzare le due principali teorie sulla natura dell'arbitrato.

La prima ad essere presa in esame (par. 1.2. ss.) è stata la tesi giurisdizionalista che ha tradizionalmente individuato nella funzione arbitrale una funzione giurisdizionale vera e propria, identificando il lodo con la sentenza, indipendentemente dal decreto pretorile. Nel paragrafo 1.2.1. è stato descritto il fondamento teorico della tesi, facendo riferimento alle riforme del 1983 e del 1994.

Si è passati, poi, alla questione della natura dell'eccezione di arbitrato (par. 1.2.2.), vista, in generale, nell'ambito della tesi giurisdizionale, come un'eccezione attinente al rito.

Si è, poi, conclusa l'analisi della tesi giurisdizionale con la disamina dell'efficacia del lodo (par. 1.2.3.). In particolare, si sono viste le posizioni di Ricci e Tarzia come sviluppate all'esito delle riforme del 1983 e del 1994. In questo senso sono stati posti in luce, quanto alla riforma del 1983, gli argomenti di tipo letterale e sistematico a sostegno della tesi dell'efficacia giurisdizionale del lodo e si è visto che la riforma del 1994 non è stata "*avara di indicazioni di sistema*"¹.

Lo stesso schema argomentativo appena visto è stato utilizzato per la disamina della tesi negoziale. In primo luogo, si è, dunque, analizzato il fondamento teorico della tesi (par. 1.3.1.), per poi passare all'esame della natura dell'eccezione di arbitrato (par. 1.3.2.), constatando che per i sostenitori della tesi negoziale, l'eccezione di compromesso fosse da considerare come un'eccezione di merito, definita, nella maggior parte dei casi, in negativo e cioè semplicemente negandone la natura di eccezione di incompetenza ovvero di eccezione di deroga alla giurisdizione ordinaria.

Quanto all'efficacia del lodo (par. 1.3.3.) si sono viste le opinioni dottrinali che hanno attribuito efficacia eminentemente privata al *decisum* arbitrale nel sistema delineato dal codice del 1940, così come all'esito delle riforme del 1983 e del 1994.

In uno scenario normativo e giurisprudenziale che è parso sempre più vicino alla teoria giurisdizionale quanto a natura dell'arbitrato ed effetti del lodo, si è inserita la

¹ E.F. RICCI, *L'«efficacia vincolante» del lodo arbitrale dopo la legge n. 25 del 1994*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1994, 809 ss., spec. a 815.

importantissima pronuncia delle Sezioni Unite n. 527 del 2000 (par. 1.4.), che ha posto in essere la c.d. “svolta negoziale”. In primo luogo è stata esaminata la decisione (par. 1.4.1.), con la quale le S.U. hanno preso posizione sulla natura del fenomeno arbitrale nel suo complesso, affermando che, a seguito della riforma dell’arbitrato del 1994, non sussisterebbe più alcun dubbio sulla natura privatistica. Quale conseguenza di tale qualificazione dell’arbitrato, oltre alla natura negoziale del lodo, le S.U. hanno anche individuato la natura di merito dell’eccezione di arbitrato.

Nel paragrafo 1.4.2. si è poi esaminato l’importante riscontro dottrinale seguito alla pronuncia e nel paragrafo 1.4.3., conclusivo del Capitolo I, è stata esaminata la giurisprudenza della Corte di cassazione successiva al 2000, così come commentata dalla dottrina, per indagare le ripercussioni della “svolta negoziale”. Con il medesimo intento, si è vista anche la sentenza della Corte costituzionale, 28 novembre 2001, n. 376 che ha attribuito agli arbitri il potere di sollevare questioni incidentali di costituzionalità e che è parsa rilevante nonostante l’esplicito *caveat* della Consulta di non volersi addentrare nel dibattito sulla natura dell’arbitrato. Alla luce dell’analisi svolta in questo paragrafo, si è rilevato che l’indicazione giurisprudenziale fornita dalle S.U. nel 2000, non ha consentito di risolvere i problemi relativi al rapporto tra arbitrato e processo ordinario.

Il Capitolo II ha avuto ad oggetto l’analisi delle disposizioni rilevanti, ai fini del lavoro, dell’ultima riforma dell’arbitrato, posta in essere con il D.Lgs. del 2006, n. 40, così da fornire la cornice normativa strumentale alla disamina delle questioni oggetto del successivo Capitolo III.

In particolare, nel paragrafo 2.2. si sono analizzati gli indici normativi introdotti dal legislatore al fine di qualificare il rapporto tra arbitro e giudice statale in termini di competenza, rinviando al prosieguo del lavoro per la disamina dei problemi applicativi a questi connessi. È stato, quindi, analizzato il contenuto degli articoli 817 e 819 *ter* c.p.c. relativi, rispettivamente all’eccezione d’incompetenza e ai rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria.

Il paragrafo 2.3. ha avuto ad oggetto la disposizione, introdotta nel 2006, dell’art. 824 *bis* c.p.c. con la quale il legislatore, attribuendo al lodo “*gli effetti della sentenza pronunciata dall’autorità giudiziaria*” fin dal momento della sua ultima

sottoscrizione, ha inteso sopire il dibattito sulla efficacia del lodo che era stato rinvigorito dalla riforma del 1994. Sono stati, poi, analizzati, nel medesimo paragrafo, i filoni interpretativi elaborati dalla dottrina con riferimento all'art. 824 *bis* c.p.c.: il primo, quello giurisdizionalista, ha sottolineato che il dato letterale dell'art. 824 *bis* c.p.c., ora vigente, attribuirebbe indiscutibilmente al lodo funzione pienamente giurisdizionale; il secondo filone interpretativo, quello negoziale, ha affermato che anche alla luce della riforma del 2006, deve essere negata la giurisdizionalità dell'arbitrato a favore della natura intrinsecamente privata del fenomeno arbitrale; il terzo, che si è definito "intermedio", ha letto la riforma nel senso di attribuire al lodo effetti analoghi a quelli della sentenza, pur mantenendone l'intrinseca differenza dal punto di vista della natura.

Giunti così al termine del paragrafo 2.3. si è ritenuto di aderire all'indirizzo interpretativo giurisdizionale, accogliendo la tesi che attribuisce al lodo non più impugnabile l'autorità di cosa giudicata.

Nel paragrafo 2.4. si è visto che il legislatore del 2006 non è intervenuto rispetto al problema della contemporanea pendenza di un giudizio ordinario e di un arbitrato aventi il medesimo oggetto, rinunciando a regolare compiutamente il rapporto tra l'arbitrato e il giudizio ordinario tramite una regola analoga a quella della litispendenza e ha, dunque, lasciato in vita il sistema delle c.d. "vie parallele". Tale sistema è sempre stato quello preferito dal legislatore italiano nel senso che un vero e proprio coordinamento tra arbitrato e giudizio ordinario non esisteva nel codice del 1940 e la questione non era stata oggetto di intervento riformatore nel 1983 e nel 1994. Si è visto poi che, nonostante il dato strettamente letterale del primo comma dell'art. 819 *ter* e dell'art. 817 c.p.c., che sembrerebbe suggerire che il legislatore abbia inteso coordinare il rapporto tra arbitrato e giudizio ordinario secondo la regola della c.d. "litispendenza zoppa" o "a senso unico", prospettata dalla Corte di cassazione con due decisioni rispettivamente la n. 6205 del 1996 e la n. 3001 del 1997, la dottrina prevalente ha riaffermato, anche dopo il 2006, la sussistenza del sistema delle vie parallele, argomentando sulla base della lettura in combinato disposto dei commi primo e terzo dell'art. 819 *ter* c.p.c..

Manifestata l'adesione alla piena applicabilità del sistema delle vie parallele si è fatto rinvio al Capitolo III per l'analisi delle conseguenze di tipo applicativo che da tale sistema derivano.

In conclusione del Capitolo II (par. 2.5.), si sono viste alcune ipotesi di applicazione del regime della *translatio iudicii* tra giudizio ordinario e arbitrato, elaborate prima della sentenza della Corte costituzionale n. 223 del 2013, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 819 *ter* c.p.c. nella parte in cui esclude che nei rapporti tra arbitrato e processo si applichino “*regole corrispondenti*” all'art. 50 c.p.c., e che è stata oggetto di analisi nel Capitolo III. Anche prima della pronuncia appena menzionata, la questione della *translatio iudicii* tra arbitrato e giudizio ordinario era stata oggetto di analisi da parte della dottrina e della giurisprudenza e, in particolare si sono viste le opinioni della dottrina che, a fronte dell'esclusione dell'applicabilità dell'art. 50 c.p.c. ai rapporti tra arbitri e giudice, ha suggerito un'applicazione analogica dell'art. 59 della legge 18 giugno 2009, n. 69, dettata per la *translatio iudicii* conseguente alla declinatoria di giurisdizione. Si è segnalata, inoltre, la pronuncia della Corte di cassazione n. 22002 del 2012, con la quale la Corte ha affermato che la *translatio iudicii* sarebbe impedita solo nel caso in cui siano gli arbitri ad escludere la loro competenza, ma non nel caso inverso, quello in cui sia il giudice togato a declinare la sussistenza della propria *potestas iudicandi* in favore degli arbitri. Tale decisione è stata criticata dalla dottrina sulla base della condivisibile considerazione che l'ammissibilità, a fronte della formulazione dell'art. 819 *ter* c.p.c., di una *translatio iudicii* “*a senso unico*” sarebbe incongrua.

Il terzo Capitolo è stato organizzato in tre Parti. Nella prima Parte sono state esaminate due importanti decisioni del 2013: la sentenza della Corte costituzionale n. 223 del 19 luglio 2013 e l'ordinanza delle S.U. n. 24153 del 25 ottobre 2013.

Con la sentenza n. 223 (par. 3.1.1.), già richiamata, la Corte costituzionale ha deciso nel senso dell'illegittimità costituzionale dell'art. 819 *ter* c.p.c. nella parte in cui prevede che al rapporto tra giudizio ordinario non si applicano regole corrispondenti all'art. 50 c.p.c., giungendo, così, ad ammettere la *translatio iudicii* tra giudice ordinario e arbitro all'esito di una pronuncia declinatoria di competenza. Nel limitarsi a cassare il riferimento all'art 50 c.p.c. contenuto nell'art. 819 *ter* c.p.c., la

Corte ha lasciato in vita il divieto di applicazione di regole corrispondenti agli articoli 44, 45, 48 e 295 c.p.c.. In ragione di tale circostanza, si è ritenuto di aderire all'opinione della dottrina per cui, anche all'esito della pronuncia esaminata, rimane aperto il problema del vincolo dell'organo decidente adito per secondo, successivamente alla declinatoria di *potestas iudicandi* da parte del primo, con la conseguente permanente rilevanza dei problemi legati all'operare del sistema delle c.d. "vie parallele", per l'analisi dei quali si è rinviato alla Parte II del medesimo terzo Capitolo.

Ancora nella prima Parte del Capitolo III (par. 3.1.2.) si è analizzata, poi, l'ordinanza n. 24153, con la quale e S.U., adite in sede di regolamento di giurisdizione hanno ritenuto che l'eccezione di compromesso per arbitrato estero, dia luogo, in ragione della natura giurisdizionale dell'arbitrato, ad una questione di giurisdizione e, di conseguenza, che sia ammissibile il regolamento preventivo. Come conseguenza, *"lo stabilire se una controversia appartenga alla cognizione del giudice ordinario o degli arbitri si configura come questione di competenza"*, mentre *"lo stabilire se una controversia appartenga alla competenza giurisdizionale del giudice ordinario, e, in tale ambito, a quella sostitutiva degli arbitri rituali, ovvero a quella del giudice amministrativo o contabile configura, invece, una questione di giurisdizione"*

In conclusione della Parte I del Capitolo III, si è affermato che, alla luce delle due pronunce esaminate, nonché delle modificazioni normative introdotte dal legislatore del 2006, non sembra più possibile dubitare della natura intrinsecamente giurisdizionale dell'arbitrato.

Nella Parte II del Capitolo III, è stata, poi, analizzata la qualificazione del rapporto tra arbitri e giudice in termini di competenza e il sistema delle "vie parallele". Quanto alla prima questione, nel paragrafo 3.2.1., ho ritenuto di aderire alla tesi per cui l'inquadramento, voluto dal legislatore, della questione della sussistenza della *potestas iudicandi* in capo agli arbitri ovvero al giudice ordinario in termini di competenza non possa essere intesa in senso tecnico. Alla luce di una serie di indici interpretativi, mi è parso che il rapporto tra arbitri e giudice ordinario non possa essere inquadrato appieno in un'alternativa secca tra questione di rito e questione di merito. Da un lato, infatti, il fatto che per indagare la ripartizione del potere decisorio debba essere preso in considerazione un accordo di tipo negoziale non fa sì, per una serie di ragioni, che la questione si "trasformi" immediatamente e interamente in questione di

merito. Altresì, nonostante la questione abbia ad oggetto la ripartizione del potere decisorio non possono non essere tenute in considerazione le peculiarità che la differenziano rispetto alla questione di competenza in senso tecnico.

Dopo aver individuato tali elementi di peculiarità del rapporto, ho anticipato che l'elemento che mi pare assuma rilevanza centrale nella qualificazione del rapporto tra arbitri e giudici, e che suggerisce, appunto, che si tratti di un rapporto diverso rispetto a quello di competenza in senso tecnico, va ricercato nell'esperibilità di domande giudiziali autonome, dinanzi al giudice ordinario, "*aventi ad oggetto l'invalidità o l'inefficacia della convenzione di arbitrato*".

In chiusura del paragrafo 3.2.1. si è, tuttavia, segnalato che la giurisprudenza non sembra porre in dubbio che la qualificazione del conflitto tra arbitro e giudice vada inquadrato in termini di competenza in senso tecnico.

Nel paragrafo 3.2.2. si è esaminata la questione della validità della convenzione di arbitrato come oggetto del giudizio autonomo previsto, implicitamente, ma chiaramente, dall'ultimo comma dell'art. 819 *ter* c.p.c.. Dopo aver analizzato il dibattito, precedente al 2006, sulla proponibilità di una tale domanda, si è chiarito che il legislatore della riforma, prevedendo l'ammissibilità di un'azione giudiziale autonoma, ha riconosciuto nella validità e nell'efficacia della convenzione di arbitrato un bene della vita meritevole di autonoma tutela. Il paragrafo si è concluso, poi, con l'analisi del contenuto della tutela richiedibile *ex art. 819 ter*, comma 3, c.p.c., così come dell'efficacia della sentenza resa all'esito del giudizio. Su quest'ultimo punto, si è aderito alla tesi per cui pare incontestabile che, una volta passata in giudicato, la decisione assunta all'esito dell'azione in esame sarà vincolante per le parti, così come per il giudice o gli arbitri dinanzi ai quali sia, in seguito, iniziata una controversia rientrante nell'oggetto della convenzione di arbitrato. Più complesso è sembrato il caso in cui in pendenza del giudizio di accertamento ora in esame, una delle parti, inizi una controversia di merito in sede arbitrale. Il primo scenario ad essere preso in considerazione è stato quello per cui iniziato il giudizio arbitrale, senza alcuna eccezione d'incompetenza, si giunga al formarsi di un giudicato, all'esito del giudizio di cui all'art. 819 *ter* c.p.c., sulla inefficacia o invalidità dell'accordo compromissorio e, in questo caso, è parsa da preferire la tesi per cui gli arbitri dovranno conformarsi al giudicato intervenuto *inter partes* e chiudere il procedimento arbitrale con un lodo

declinatorio della *potestas iudicandi*. Per l'analisi del caso, invece, in cui nel procedimento arbitrale, instaurato in pendenza del giudizio *ex art. 819 ter c.p.c.*, venga proposta dalla parte convenuta l'eccezione di difetto della *potestas iudicandi* degli arbitri si è rinviato al paragrafo successivo.

Il paragrafo 3.2.3. ha avuto ad oggetto l'analisi dei problemi applicativi generati dal sistema delle "vie parallele", operante sia nel caso in cui i due giudizi, quello arbitrale e quello ordinario, abbiano il medesimo oggetto, sia nel caso in cui oggetto del giudizio dinanzi al giudice ordinario sia quello previsto dall'ultimo comma dell'art. 819 *ter c.p.c.*, visto nel paragrafo precedente, e agli arbitri sia deferito il merito della controversia. In quest'ultima situazione la validità dell'accordo compromissorio si potrebbe trovare in discussione contemporaneamente dinnanzi al giudice togato, da un lato, così come dinanzi agli arbitri dall'altro e si è visto che la questione deve essere letta alla luce del sistema delle "vie parallele". In questa situazione, qualora, dei due giudizi instaurati, si concluda per primo quello dinanzi al giudice togato e la sentenza passi in giudicato in pendenza del procedimento arbitrale, tale sentenza è destinata a vincolare gli arbitri a seguito del rilievo della parte interessata e qualora essi non si conformino al giudicato intervenuto, il lodo emesso potrà essere impugnato ai sensi dell'art. 829, comma 1, n. 8), c.p.c.. Supponendo invece che sia il lodo sul merito della controversia a divenire definitivo prima del passaggio in giudicato della sentenza sulla validità della clausola arbitrale, i problemi di coordinamento si porranno solamente quando le due decisioni abbiano un contenuto contrastante, configurando così un conflitto di tipo logico: qualora il lodo decida nel merito e divenga definitivo e, poi, il giudice giunga a una decisione di invalidità della clausola compromissoria, tale sentenza non avrebbe alcun effetto sul giudicato sostanziale formatosi sul contenuto del lodo; qualora il lodo declini la *potestas iudicandi* degli arbitri e il giudizio di merito accerti con sentenza la validità dell'accordo compromissorio, allora la parte interessata potrà avviare un nuovo procedimento arbitrale, all'interno del quale esplicherà efficacia vincolante l'accertamento giurisdizionale.

Si è, poi, esaminato l'operare delle "vie parallele" con riferimento al caso in cui la medesima controversia di merito sia proposta tanto in sede arbitrale quanto dinanzi al giudice statale. Sul punto, si è ritenuto di aderire alla tesi che nega la sussistenza di un coordinamento preventivo tra i due giudizi, confermando la configurabilità del

sistema delle vie parallele come “*un sistema parallelo a doppio ingresso*”². Posta così la questione, si è visto che nulla impedisce che una medesima causa possa essere iniziata davanti al giudice ordinario così come davanti agli arbitri e che i due processi proseguano indipendentemente l’uno dall’altro. Si è sottolineato che non sembrano destare grossi problemi applicativi il caso in cui sia gli arbitri sia il giudice si ritengano dotati della *potestas iudicandi*, né quello in cui uno dei due organi, quello arbitrale oppure quello statale, si ritenga competente e l’altro riconosca il proprio difetto di *potestas iudicandi*.

La conseguenza del sistema delle vie parallele che è parsa, invece, inaccettabile, e che si verifica nel caso di conflitto negativo di competenza e si prospetta come possibile nel caso di diniego di *potestas iudicandi* (degli arbitri oppure del giudice), è il vuoto di tutela che la parte attrice, in questi casi, subirebbe in ragione della mancata vincolatività della decisione di incompetenza. Si sono viste, così, le ricostruzioni dottrinali che hanno opportunamente considerato auspicabile riconoscere che il provvedimento sull’eccezione di difetto di *potestas iudicandi* possa produrre effetti vincolanti, una volta divenuto definitivo, anche al di fuori del procedimento in cui è stato pronunciato.

La prima ricostruzione che è stata analizzata è quella di Luiso che ha sostenuto, che l’effetto vincolante della decisione sull’azione autonoma per l’accertamento della invalidità o inefficacia dell’accordo compromissorio, previsto dall’art. 819 *ter*, 3° comma, c.p.c., si dovrebbe riconoscere anche quando la sussistenza della *potestas iudicandi* degli arbitri venga in rilievo in un giudizio di merito, giudiziale oppure arbitrale, costituendo quest’ultima una questione pregiudiziale astrattamente suscettibile di giudicato.

Si è vista, poi, la ricostruzione, proposta da Menchini, che ha riconosciuto la vincolatività della decisione definitiva sulla competenza facendo leva sul principio del c.d. “vincolo al motivo portante”, elaborato dalla dottrina tedesca, e richiamato dall’Autore in ragione del fatto che il giudizio arbitrale e quello statale sarebbero legati da un nesso di bilanciamento reciproco, per il quale la possibilità di avere tutela tramite una delle due vie esclude, automaticamente, la percorribilità dell’altra. L’esposizione della tesi appena menzionata mi è parso che potesse essere completata con un

² L. SALVANESCHI, *op. cit.*, 583.

riferimento giurisprudenziale che, seppure relativo ad altra questione, mi è sembrato assimilabile dal punto di vista logico, a quella che ci occupa. Ho, dunque, menzionato la sentenza delle S.U. del 2014, n. 26242, con la quale la Corte, per quanto qui interessa, si è pronunciata sull'efficacia da attribuire alla valutazione sulla validità del contratto, qualora questa funga da antecedente logico per la risoluzione di una diversa questione di merito. Nel decidere la questione nel senso che l'accertamento, contenuto in motivazione, possa produrre efficacia extraprocessuale, le S.U. hanno fatto specifica menzione della teoria del vincolo al motivo portante, facendo più volte riferimento ai concetti di "giudicato implicito" o "giudicato sul motivo portante" sulla nullità o sulla non nullità del contratto. Ho dunque ritenuto di poter ravvisare delle similitudini, a livello logico, tra la questione oggetto del paragrafo e la questione oggetto della sentenza delle S.U. appena menzionata, così come tra la ricostruzione interpretativa offerta da Menchini, con riferimento al rapporto tra arbitrato e giudizio ordinario, e quella offerta dalla Corte nella sentenza del 2014, con riferimento all'efficacia extraprocessuale dell'accertamento contenuto in motivazione e ho ipotizzato che tali similitudini possano suggerire che la decisione delle S.U. appena richiamata abbia "aperto la strada" a livello giurisprudenziale per giungere ad una soluzione pratica al complesso problema del rapporto tra arbitrato e giudizio ordinario.

Nel medesimo paragrafo 3.2.3. si è vista anche la tesi di Salvaneschi che conduce all'auspicabile risultato della vincolatività della pronuncia del primo organo adito sulla propria *potestas iudicandi*. L'Autrice, dalla considerazione che l'accertamento sulla validità o efficacia del patto compromissorio può essere oggetto di giudizio autonomo, ha suggerito che l'art. 817, comma 1°, c.p.c., che ha codificato il principio *Kompetenz-Kompetenz*, debba essere letto nel senso di individuare al suo interno uno dei casi in cui, *ex art. 34 c.p.c.*, è la legge a richiedere che una determinata questione pregiudiziale sia decisa con efficacia di giudicato e tale ragionamento sarebbe applicabile, per coerenza di sistema, anche quando sia il giudice togato a pronunciarsi sulla validità ed efficacia della convenzione di arbitrato.

In chiusura del paragrafo si è poi tentato di proporre un altro spunto argomentativo per affermare la vincolatività della decisione, del giudice togato e, per simmetria sistematica, degli arbitri, che fosse, in qualche misura, compatibile con la qualificazione della questione in termini di competenza che, come si è visto, non è

messa in dubbio dalla giurisprudenza. Riaffermando, come premessa, che l'indagine sulla validità e sull'efficacia della convenzione di arbitrato ha, quale effetto, quello di individuare la ripartizione del potere decisorio tra arbitro e giudice così come che la validità dell'accordo compromissorio ha, nel nostro ordinamento, dignità di bene della vita, e dunque, può, come ogni altro bene della vita, essere oggetto di giudizio, la ricostruzione che ho ritenuto di proporre muove proprio dal concetto di oggetto di giudizio e, in particolare, dalla teoria del c.d. doppio oggetto di giudizio che, elaborata a livello dottrinale, è stata di recente presa in considerazione anche dalla giurisprudenza.

Tale teoria è stata elaborata da Consolo nella monografia del 1985 sul cumulo condizionale di domande. Secondo tale ricostruzione ogni oggetto di giudizio sarebbe duplice: da un lato, vi sarebbe l'oggetto di rito, comprensivo dei presupposti e delle condizioni dell'azione, relativo, dunque, all'ammissibilità della domanda, sul quale vi sarebbe sempre un accertamento, esplicito oppure implicito; dall'altro lato, vi sarebbe l'oggetto di merito. Consolo, nell'opera, nega la rilevanza pratico-funzionale della tesi per un motivo che non mi è parso secondario: perché altrimenti si arriverebbe alla conseguenza di ritenere che l'oggetto di giudizio relativo alla ammissibilità della domanda possa essere considerato autonomo rispetto a quello di merito e possa, di conseguenza, essere oggetto di un autonomo giudizio, destinato ad essere deciso con efficacia extraprocessuale. Questi elementi mi sono sembrati rievocativi delle peculiarità della questione relativa alla ripartizione del potere decisorio tra arbitri e giudice ordinario, e questo mi ha portato a suggerire che, accogliendo la tesi del doppio oggetto di giudizio, e adattandola alle peculiarità della questione oggetto del lavoro, si potrebbe affermare che, anche volendo inquadrare la questione della ripartizione del potere decisorio tra arbitri e giudice in termini di competenza, questo non impedisce che la decisione sul tale questione possa produrre effetti extraprocessuali, dal momento che, interviene, in maniera implicita, oppure esplicita, su un vero e proprio oggetto del giudizio. In conclusione, si è rilevato, inoltre, che la giurisprudenza ha applicato la teoria del doppio oggetto di giudizio in più occasioni per giungere a diversi risultati pratici e sono state richiamate alcune decisioni. Viste le variegate applicazioni giurisprudenziali della teoria della duplicità dell'oggetto di giudizio, mi è parso di poter affermare, con l'intento visto *supra*, che tale teoria potrebbe fornire alla

giurisprudenza uno spunto per l'analisi e la risoluzione dei complessi problemi causati dal sistema delle vie parallele.

La Parte II del Capitolo III si è conclusa (par. 3.2.4.), poi, con una breve disamina della disciplina del lodo e della sentenza sulla competenza, facendo riferimento all'impugnazione della sentenza sulla competenza così come della decisione sulla *potestas iudicandi*, assunta dalla Corte d'appello in sede di impugnazione per nullità del lodo arbitrale che abbia confermato oppure riformato il lodo contenente una statuizione sul potere decisorio degli arbitri. Ancora, è stato esaminato il regime dell'impugnazione del lodo sulla competenza, facendo riferimento, poi al dibattito giurisprudenziale, sul quale sono intervenute le S.U. nel 2016, sulla configurabilità di un lodo parziale di merito oppure di un lodo non definitivo sulla validità dell'accordo compromissorio.

Nell'ultima Parte del Capitolo III si sono analizzati i problemi relativi alla *translatio iudicii* scaturenti dalla sentenza della Corte costituzionale n. 223 del 2013, esaminata nella Parte I del medesimo Capitolo.

Nel paragrafo 3.3.1. si sono esaminate le posizioni della dottrina relative al conflitto negativo di competenza dopo la sentenza della Corte costituzionale e si è ritenuto di preferire la tesi per cui tale decisione si è limitata a regolare la salvezza degli effetti della domanda giudiziale proposta dinanzi ad un organo (il giudice togato o gli arbitri) consideratosi poi privo di *potestas iudicandi*, senza suggerire nuovi elementi risolutivi della complessa questione del conflitto negativo di competenza tra giudice e arbitri, per l'analisi dei quali di è fatto rinvio a quanto esposto *supra*, nel paragrafo 3.2.4., con riferimento al sistema delle vie parallele.

Il paragrafo 3.3.2. è stato, poi, organizzato in sotto-paragrafi nei quali si sono analizzati i problemi applicativi relativi alla *translatio*.

In primo luogo (par. 3.3.2.1.) si è visto che la dottrina si è interrogata quanto allo strumento per la prosecuzione del giudizio dinanzi all'organo competente, prospettando, da un lato una vera e propria riassunzione, dall'altro, la necessità della riproposizione della domanda e quest'ultima soluzione è parsa da preferire. Nel paragrafo 3.3.2.2. si è analizzato il tema della vincolatività delle preclusioni maturate prima della *translatio iudicii* per giungere ad aderire alla tesi che esclude che le preclusioni processuali maturate in una sede, possano avere effetto nel giudizio

“traslato” dinanzi all’organo dotato di *potestas iudicandi*. Nel paragrafo 3.3.2.3. si è visto come non siano ravvisabili difficoltà affinché le misure cautelari, concesse dal giudice togato ex art. 818 c.p.c., mantengano la loro efficacia anche quando, all’esito della *translatio* il giudice venga investito anche della cognizione della controversia né quando la *translatio* operi, invece, dal giudizio ordinario all’arbitrato. Si è fatto poi cenno ai problemi applicativi relativi al potere cautelare degli arbitri in materia di sospensione delle delibere assembleari in pendenza del giudizio di impugnazione della delibera proposto in via arbitrale (art. 35, comma 5, D.Lgs. 5/2003). Nel paragrafo 3.3.2.4. ci si è interrogati, poi, pur con la consapevolezza che, in concreto, siano rari i casi in cui venga svolta una qualche attività istruttoria prima della declaratoria di incompetenza, sul tema dell’efficacia delle prove “raccolte” nel giudizio *a quo*, prospettando alcuni spunti interpretativi per i diversi scenari che si possono, in concreto, verificare.

Da ultimo, nel paragrafo 3.3.2.5. si sono individuati i profili problematici relativi alla posizione dei terzi intervenuti nel processo estranei alla convenzione d’arbitrato e alla sorte delle domande riconvenzionali che non rientrano nel perimetro della convenzione medesima, che vengono in essere nel caso in cui la *translatio iudicii* operi dal giudice togato verso l’arbitrato. Quanto alla prima questione, ci si è domandati se un terzo intervenuto nella lite dinanzi al giudice ordinario, possa essere parte del giudizio trasferito in sede arbitrale, pur non essendo parte dell’accordo compromissorio e, per fornire alcuni spunti all’analisi della questione si è fatto riferimento agli artt. 105, 106 e 107 c.p.c., così come all’art. 816 *quinquies*, commi 1 e 2, c.p.c.. Alla luce di questi dati normativi, mi è sembrato che non ci siano ostacoli nel ritenere che un terzo, intervenuto nel giudizio *a quo* davanti al giudice togato in qualità di litisconsorte necessario ovvero di interventore *ad adiuvandum*, possa continuare ad essere parte del giudizio trasferito in sede arbitrale. Ugualmente, non ho ravvisato problemi applicativi, con riferimento agli altri casi di intervento, quando il terzo e le parti dell’arbitrato trovino un accordo quanto all’intervento. Viceversa, qualora l’accordo non si trovi, il terzo potrà solo proporre la propria domanda in un processo autonomo dinanzi al giudice togato, con la conseguenza che il coordinamento tra le decisioni, eventualmente confliggenti, potrà essere affrontato solo con il ricorso alle regole generali in materia di cosa giudicata. Quanto alla seconda questione, quella

in cui nel giudizio ordinario sia stata proposta dal convenuto una domanda riconvenzionale che esuli dall'ambito applicativo della convenzione d'arbitrato, in generale, non potrà mai essere portata dinanzi agli arbitri una controversia in assenza dell'accordo delle parti e nemmeno una controversia non arbitrabile. Alla luce di questi principi, qualora la domanda riconvenzionale abbia ad oggetto una controversia arbitrabile e le parti si accordino, attraverso la stipulazione di un compromesso, non vi saranno difficoltà ad ammettere che tanto la controversia sulla domanda principale, quanto la controversia sulla domanda riconvenzionale vengano portate dinanzi al collegio arbitrale. Ancora una volta, però, nel caso in cui l'accordo compromissorio non venga raggiunto, la parte convenuta del primo procedimento potrà proporre una autonoma azione giudiziale, al fine di ottenere la tutela che nel primo giudizio, erroneamente iniziato dinanzi al giudice togato privo di *potestas iudicandi*, aveva richiesto con la domanda riconvenzionale e il coordinamento tra le due decisioni dovrà essere trovato sulla base delle le regole generali in materia di cosa giudicata e dei suoi limiti oggettivi.

Giunti al termine del lavoro, fermi restando i problemi rimasti aperti e che si sono segnalati, mi pare si possa affermare che, dei temi analizzati, quello più complesso e più ricco di implicazioni di tipo sia teorico, sia pratico, sia quello del sistema delle "vie parallele". In particolare, e questo mi pare possa essere il risultato più significativo qui raggiunto, in un sistema che non prevede un coordinamento preventivo tra il giudizio ordinario e l'arbitrato, ho concluso che l'unica via per superare le difficoltà nascenti dal rapporto tra giudizio ordinario e arbitrato sia quella di attribuire efficacia extraprocessuale all'accertamento sulla *potestas iudicandi* degli arbitri. A tale risultato pratico, come si è visto, si può pervenire attraverso diverse argomentazioni che mi sono parse, in generale, soddisfacenti. Al riguardo, accanto alle autorevoli e già di per sé esaustive soluzioni proposte dalla dottrina, mi sono permessa di affiancare la mia personale proposta argomentativa basata sulla teoria del doppio oggetto di giudizio che, adattata alle peculiarità relative alla questione della ripartizione della *potestas iudicandi* tra arbitri e giudice togato, potrebbe condurre ad affermare che, anche inquadrando, in maniera conforme al dato giurisprudenziale, la

questione della ripartizione del potere decisorio tra arbitri e giudice in termini di competenza, la decisione su tale questione possa produrre effetti vincolanti extraprocessuali, dal momento che interviene su un vero e proprio oggetto del giudizio, tutelabile anche in via autonoma.

BIBLIOGRAFIA

- M. ACONE, *Arbitrato e competenza*, in *Riv. arb.* 1996, 239 ss.
- M. ACONE, *Arbitrato e translatio iudicii: un parere eretico*, in *Sull'arbitrato, studi offerti a Giovanni Verde*, (a cura di) F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA, N. RASCIO, NAPOLI, 2010, 1 ss.
- M. ACONE, «*Translatio iudicii*» *tra giudice e arbitro: una decisione necessariamente incompleta o volutamente pilatesca?*, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Foro it.* 2013, I, 2697 ss.
- E. ALLORIO, *Rigetto della domanda e reviviscenza della prescrizione*, nota a Corte di cassazione del Regno, 29 maggio 1934, in *Riv. dir. proc. civ.* 1935, II, 225 ss..
- C. ASPRELLA, *Translatio iudicii nei rapporti tra arbitrato e processo*, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Giur. it.* 2014, 1388 ss.
- V. ANDRIOLI, *Procedura arbitrale e regolamento di giurisdizione*, nota a Cass., S.U., 9 maggio 1956, n. 1505, in *Foro pad.* 1956, I, 847 ss.
- L. BERGAMINI, *Eccezione di patto per arbitrato estero: un nuovo revirement della Corte di Cassazione, tra disciplina interna e Convenzione di New York*, nota a Cass., S.U., 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Riv. arb.* 2015, 318 ss.
- S. BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, in *Studi in onore di Carmine Punzi*, II, Torino, 2008, 313 ss.

- S. BOCCAGNA, *Sulle conseguenze dell'estinzione del giudizio di rinvio dopo cassazione della sentenza che abbia pronunciato sull'impugnazione per nullità del lodo*, in *Sull'arbitrato - Studi offerti a Giovanni Verde*, (a cura di) F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA, N. RASCIO, Napoli, 2010, 67 ss.

- S. BOCCAGNA, *Commento all'art. 824 bis c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato*, diretto da C. CONSOLO, III, Milano, 2010, 1964 ss.

- S. BOCCAGNA, *Translatio iudicii nei rapporti tra giudice e arbitro: sollevata la questione di costituzionalità dell'art. 819 ter c.p.c.*, nota a Trib. Catania, 21 giugno 2012, in *Riv. dir. proc.* 2013, 470 ss.

- S. BOCCAGNA, *Translatio iudicii tra giudice e arbitri: la decisione della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. proc.* 2014, 374 ss.

- G. BONATO, *La natura e gli effetti del lodo arbitrale*, Napoli, 2012

- A. BONSIGNORI, *I limiti oggettivi della cosa giudicata in un recente libro tedesco*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1961, 236 ss.

- L. BORSARI (a cura di), *Il codice italiano di procedura civile annotato*, Torino, 1865

- M. BOVE, *Note in tema di arbitrato libero*, in *Riv. dir. proc.* 1999, 688 ss.

- M. BOVE, *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.* 1999, 409 ss.

- M. BOVE, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, in M. BOVE e C. CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006, 57 ss.

- M. BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.* 2007, 357 ss.
- M. BOVE, *Ricadute sulla disciplina dell'arbitrato della legge n. 69/2009*, in *Sull'arbitrato, studi offerti a Giovanni Verde*, (a cura di) F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA, N. RASCIO, Napoli, 2010, 81 ss.
- M. BOVE, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. arb.* 2014, 88 ss.
- M. BOVE, *La giustizia privata*, Padova, 2015
- A. BRIGUGLIO, *Merito e metodo nella pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri rituali alla rimessione pregiudiziale costituzionale*, nota a Corte cost., 28 novembre 2001, n. 376, in *Riv. arb.* 2001, 664 ss.
- A. BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite ed il regime della eccezione fondata su accordo compromissorio*, nota a Cass., S.U., 25 giugno 2002, n. 9289, in *Riv. arb.* 2002, 515 ss.
- A. BRIGUGLIO, *Le Sezioni unite e la eccezione fondata su accordo compromissorio per arbitrato estero*, nota a Cass., S.U., 15 aprile 2003, n. 6349, in *Riv. arb.* 2004, 41 ss.
- A. BRIGUGLIO, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. arb.* 2014, 91 ss.
- P. BUZANO, *Estensione della translatio iudicii ai rapporti tra giudizio ordinario e arbitrato rituale*, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Giur. it.* 2014, 1382 ss.
- F. CAMPIONE, *Sul regime della sentenza che afferma o nega la competenza del giudice in relazione a una controversia compromessa in arbitri. Spunti*

- sul rapporto tra arbitro e giudice*, nota a Cass., Sez. VI, 8 marzo 2011, n. 5510, in *Riv. arb.* 2012, 827 ss.
- G. CANALE, *Arbitrato irrituale e tutela cautelare: i soliti problemi tra vecchie soluzioni e nuove prospettive*, nota a Cass., S.U., 3 agosto 2000, n. 527, in *Giur. it.* 2001, 1107 ss.
 - G. CANALE, *Anche gli arbitri rituali possono sollevare la questione di legittimità costituzionale di una norma*, nota a Corte cost., 28 novembre 2001, n. 376, in *Giur. it.* 2002, 689 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.
 - V. CARBONE, *I rapporti tra giudizio arbitrale e giudizio ordinario*, in G. ALPA (rassegna coordinata da), *L'arbitrato profili sostanziali*, Torino, 1999, 250 ss.
 - V. CARBONE, nota a Cass., Sez. I, 8 luglio 1996, n. 6205, in *Corr. giur.* 1996, 1009 ss.
 - V. CARBONE, *“Porte aperte” delle Sezioni Unite alla rilevabilità d’ufficio del giudice della nullità del contratto*, nota a Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242 e Cass., S.U., 12 dicembre 2014 n. 26243, in *Corr. giur.* 2015, 88 ss.
 - T. CARNACINI e M. VASETTI, voce *Arbitri*, in *Nuovo dig. ita.*, Torino, 1937, 667 ss.

- T. CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1974, I², 874 ss.
- F. CARNELUTTI, *Arbitrato estero*, in *Studi di diritto processuale*, Padova, 1925, 1 ss.
- F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, I, *Funzione e composizione del processo*, Padova, 1936
- F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, II, *Atti del processo*, Padova 1938
- F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, Roma, 1941
- F. CARPI, *Gli aspetti processuali della riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1984, 47 ss.
- A. CASTAGNOLA, C. CONSOLO ed E. MARINUCCI, *Sul dialogo (impossibile?) fra Cassazione e dottrina, nella specie... sulla natura (mutevole?) dell'arbitrato*, nota a Cass., S.U., 6 settembre 2010 n. 19047, in *Corr. giur.* 2011, 50 ss.
- A. CERINO-CANOVA, *Le impugnazioni civili, struttura e funzione*, Padova, 1973
- G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1913
- G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, ristampa con prefazione di V. Andrioli, 1965

- A. CHIZZINI, *Note in tema di clausola compromissoria per arbitrato irrituale e azione di mero accertamento dinanzi al giudice ordinario*, nota a Corte app. Milano, 10 aprile 2001, in *Riv. arb.* 2001, 725 ss.
- E. CODOVILLA, *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1915, 455 s.
- V. COLESANTI, *Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri*, nota a Cass., Sez. I, 27 luglio 1957, in *Riv. dir. proc.* 1958, 244 ss.
- C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande, I, Struttura e funzione*, Padova, 1985
- C. CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario (evoluzione e problemi irrisolti)*, in *Riv. arb.* 1998, 659 ss.
- C. CONSOLO, *Soprassalti delle S.U. intorno all'eccezione di arbitrato estero e alla Convenzione di N.Y. quanto all'ordine delle questioni di rito e di doppio "merito" e riflessioni sull'art. 4 L. n. 218/1995*, nota a Cass., S.U., 15 aprile 2003, n. 6349, in *Corr. giur.* 2004, 921 ss.
- C. CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2008
- C. CONSOLO, *"Inutiliter data" e non bisognosa di gravame la decisione di merito resa dopo (e nonostante) una statuizione assorbente in rito: le Sezioni Unite tornano a ispirarsi al duplice oggetto del giudizio*, nota a Cass., S.U., 20 febbraio 2007, 3840, in *Corr. giur.* 2008, 377 ss.
- 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, 1109 ss.

- C. CONSOLO, *Osservazione sistematica sulla n. 21260. Il “vecchio” rapporto giuridico processuale ed i suoi (chiari e non tutti antichi) corollari: inter multos l’inammissibilità per carenza di legittimazione ad impugnare e la inanità dell’inerziale richiamo della figura dell’abuso del processo*, nota a Cass., S.U., 20 ottobre 2016, n. 21260, in *Corr. giur.* 2017, 267 ss.

- C. CONSOLO e F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell’) accertamento processuale*, in *Corr. giur.* 2015, 225 ss.

- C. CONSOLO e M. MARINELLI, *La Cassazione e il “duplice volto” dell’arbitrato in Italia: l’exequatur come unico discrimine fra i due tipi di arbitrato?*, in *Corr. giur.* 2003, 678 ss.

- C. CONSOLO ed E. MARINUCCI, *Impugnazione per nullità della delibera assembleare e arbitrato*, nota a Cass., Sez. VI, 30 ottobre 2012, n. 18671, in *Riv. dir. civ.* 2013, 217 ss.

- C. CONSOLO e R. MURONI, nota a Corte app. Milano, 10 aprile 2001, in *Corr. giur.* 2001, 1453 ss.

- M. CURTI, *Sulla natura dell’arbitrato: l’ultima posizione delle Sezioni Unite sulla teoria generale dell’arbitrato*, nota a Cass., S.U., 3 agosto 2000, n. 527, in *Foro pad.* 2001, I, 251 ss.

- E. D’ALESSANDRO, *Riflessioni sull’efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell’art. 824-bis c.p.c.*, in *Riv. arb.* 2007, 529 ss.

- E. D’ALESSANDRO, *Finalmente! La Corte costituzionale sancisce la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda introduttiva nei rapporti tra arbitro e giudice*, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Foro it.* 2013, I, 2695 ss.

- E. D’ALESSANDRO, nota a Cass., S.U., 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Foro it.* 2013, I, 3416 ss.

- F. DANOVI, *La pregiudizialità nell’arbitrato rituale*, Padova, 1999

- E. DEBERNARDI, *Sull’impugnazione del lodo dichiarativo della competenza arbitrale*, nota a Cass., Sez. I, 6 aprile 2012, n. 5634, in *Riv. arb.* 2014, 135 ss.

- E. FAZZALARI, *I processi arbitrali nell’ordinamento italiano*, in *Riv. dir. proc.* 1968, 457 ss.

- E. FAZZALARI, *Primo incontro con una... lieta «novella»*, in *Rass. arb.* 1983, 1 ss.

- E. FAZZALARI, *Lodo e sentenza (ancora sulla «natura» negoziale del lodo)*, in *Riv. dir. proc.* 1990, 377 ss.

- E. FAZZALARI, *Arbitrato e arbitraggio*, in *Riv. arb.* 1993, 583 ss.

- E. FAZZALARI, *Una svolta attesa in ordine alla «natura» dell’arbitrato*, nota a Cass., S.U., 3 agosto 2000, n. 527, in *Riv. arb.* 2000, 704 ss.

- E. FAZZALARI, *Questione di legittimità costituzionale*, in *Riv. arb.* 2005, 661 ss.

- E. FAZZALARI, *Commento all’art. 823 c.p.c.*, in A. BRIGUGLIO, E. FAZZALARI, R. MARENCO, *La nuova disciplina dell’arbitrato*, Milano 1994, 158 ss.

- M. FORNACIARI, *Ancora sulla conservazione degli effetti dell'atto introduttivo anche nei rapporti tra giudice e arbitro: Cassazione vs. Corte costituzionale?*, nota a Cass., Sez. VI, 6 dicembre 2012, n. 22002, in *Riv. arb.* 2013, 701 ss.
- M. FORNACIARI, *Ancora sulla conservazione degli effetti dell'atto introduttivo anche nei rapporti tra giudice e arbitro: Cassazione vs. Corte costituzionale?*, versione pubblicata su www.judicium.it
- 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, comma 2, c.p.c.*, nota a Trib. Catania, 21 giugno 2012, in *Riv. arb.* 2012, 894 ss.
- R. FRASCA, *Corte cost. n. 233 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, 2701 ss.
- G. FREZZA, *Trascrizione della domanda di arbitrato (alla luce della L. n. 162 del 1024 e della sentenza della Corte costituzionale n. 223 del 2013)*, in *Riv. arb.* 2015, 65 ss.
- E. GARBAGNATI, *Sull'efficacia di cosa giudicata del lodo arbitrale rituale*, in *Riv. dir. proc.* 1985, 425 ss.
- E. GARBAGNATI, *Ancora in tema d'impugnazione per nullità del lodo arbitrale rituale*, in *Riv. dir. proc.* 1990, 1 ss.
- C. GHIRARDINI, *Sull'arbitrato nel diritto processuale civile internazionale*, in *Riv. dir. civ.* 1910, 674 ss.

- D. GIACOBBE, *Questioni di litispendenza tra giudizio ordinario e giudizio arbitrale*, nota a Cass., Sez. I, 7 aprile 1997, n. 3001, in *Giust. civ.* 1997, I, 2453 ss.

- 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.

- M. GRADI, *Cognizione sulla potestas judicandi degli arbitri nelle fasi di impugnazione del lodo arbitrale*, nota a Cass. Sez. I, 23 febbraio 2016, n. 3481, in *Giur. it.* 2016, 1695 ss.

- M. IOZZO, *Eccezione di giudicato esterno e poteri del giudice (anche di legittimità)*, nota a Cass., S.U., 25 maggio 2001, n. 226, in *Foro it.* 2001, I, 2810 ss.

- S. IZZO, *Appunti sull'eccezione di compromesso e sulla sentenza che la decide*, in *Sull'arbitrato - Studi offerti a Giovanni Verde*, (a cura di) F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA, N. RASCIO, Napoli, 2010, 451 ss.

- S. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo*, Torino, 2013

- S. LA CHINA, *L'arbitrato*, Milano, 2007

- F. LEPRI, *Arbitrato rituale, pendenza della stessa causa innanzi al giudice statale ed applicazione dell'art. 39, I comma, c.p.c.*, nota a Coll. arb., lodo 20 luglio 1995, Bergamo, in *Riv. arb.* 1996, 376 ss.

- S. LESSONA, *Conflitto tra arbitri e giudice ordinario e regolamento di giurisdizione*, nota a , Cass., S.U., 7 marzo 1946, in *Riv. dir. proc.* 1946, II, 1 ss.

- J.D.M. LEW, L.A. MISTELIS, S.M. KROLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, L’Aia, 2003

- E.T. LIEBMAN, *Giudizio arbitrale e connessione di cause*, nota a Cass. Sez. III, 28 febbraio 1964, n. 458, in *Riv. dir. proc.* 1964, 469 ss.

- E.T. LIEBMAN, *«Parte» o «capo» di sentenza*, in *Riv. dir. proc.* 1964, 47 ss.

- E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, II, Milano, 1981

- E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile, Principi*, a cura di V. Colesanti, E. Merlin, E.F. Ricci, Milano, 2007

- F.P. LUISO, *Principio del contraddittorio ed efficacia della sentenza verso i terzi*, Milano, 1981

- F.P. LUISO, *Una questione di diritto transitorio della legge di riforma dell’arbitrato*, nota a Cass., Sez. I, 15 luglio 1996, n. 6403, in *Riv. arb.* 1997, 55 ss.

- F.P. LUISO, *Ancora sui rapporti fra arbitri e giudice*, nota a Cass., Sez. I, 7 aprile 1997, n. 3001, in *Riv. arb.* 1997, 518 ss.

- F.P. LUISO, *Rapporti fra arbitro e giudice*, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell’arbitrato*, Milano, 2006, 111 ss.

- F.P. LUISO, *L’articolo 824-bis c.p.c.*, in *Riv. arb.* 2010, 235 ss.

- F.P. LUISO, *Effetti sostanziali della domanda e conclusione del processo con una pronuncia di rito*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1 ss.
- C. MANDRIOLI e A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2014
- M. MARINELLI, nota a Cass., S.U., 3 agosto 2000, n. 527, *Corr. giur.* 2001, 64 ss.
- E. MARINUCCI, *Esito ed effetti dell'impugnazione giudiziaria del lodo arbitrale: note di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2000, 1327 ss.
- E. MARINUCCI, *Note sull'impugnazione del lodo arbitrale per contrarietà ad altra pronuncia*, in *Riv. dir. proc.* 2007, 1177 ss.
- E. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma*, Milano, 2009
- E. MARINUCCI, *Note sul contrasto fra lodo non definitivo e lodo definitivo nel giudizio di impugnazione per nullità*, nota a Corte app. Roma, 11 aprile 2013, in *Riv. arb.* 2013, 964 ss.
- E. MARINUCCI, *Commento all'art. 824 bis c.p.c.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, (diretto da) L.P. COMOGLIO, C. CONSOLO, B. SASSANI, R. VACCARELLA, Torino, 2014
- L. MARMO, *Recenti orientamenti della dottrina e della giurisprudenza sulla natura giuridica dell'arbitrato rituale*, nota a Cass., S.U., 9 maggio 1956, n. 1505, *Giust. civ.* 1956, I, 818 ss.
- G. MARANI, *Aspetti negoziali e aspetti processuali dell'arbitrato*, Torino, 1966

- F. MAZZARELLA, *Arbitrato e processo*, Padova, 1968

- S. MENCHINI, *Sull'attitudine al giudicato sostanziale del lodo non più impugnabile non assistito da omologa giudiziale*, nota a Arb. unico, Roma, 22 ottobre 1997, in *Riv. arb.* 1998, 773 ss.

- S. MENCHINI, *La natura e la disciplina dell'eccezione con la quale è fatta valere l'efficacia di un precedente lodo non impugnabile*, nota a Cass., Sez. I, 27 novembre 2001, n. 15023, in *Riv. arb.* 2002, 288 ss.

- S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, Torino, 2002

- S. MENCHINI, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. arb.* 2014, 99 ss.

- S. MENCHINI, *Il controllo e la tutela della convenzione arbitrale*, in *Riv. arb.* 2013, 363 ss.

- S. MENCHINI, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra gli articoli 295, 297 e 337, 2° comma, c.p.c.: una decisione che non convince*, nota a Cass., S.U., 23 giugno 2012, n. 10027, in *Riv. dir. proc.* 2013, 689 ss.

- S. MENCHINI, *Le sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, nota a Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242 e Cass., S.U., 12 dicembre 2014 n. 26243, in *Foro. it.*, 2015, I, 931 ss.

- S. MENCHINI e A. MOTTO, *commento all'art. 819 bis c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Padova, 2010

- G. MONTELEONE, *Le Sezioni Unite della Cassazione affermano la natura giuridica negoziale e non giurisdizionale del c.d. «arbitrato rituale»*, nota a Cass., S.U., 3 agosto 2000, n. 527, in *Giust. civ.* 2001, I, 764 ss.
- L. MONTESANO, *Sugli effetti e sulle impugnazioni del lodo nella recente riforma dell'arbitrato rituale*, in *Foro it.*, 1983, V, 160 ss.
- L. MONTESANO, *Negozio e processo nel nuovo arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 1984, 214 ss.
- L. MONTESANO, *Sugli effetti del nuovo lodo arbitrale e sulle funzioni della sua «omologazione»*, in *Riv. trim dir. proc. civ.* 1994, 821 s.
- L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, III, Milano, 1923
- A. NAPPI, *Effetto devolutivo delle impugnazioni e giudicato interno sugli errores in procedendo*, nota a Cass., S.U., 9 ottobre 2008, n. 24883, in *Giust. civ.* 2009, 58 ss.
- P.L. NELA, *Arbitrato rituale e regolamento necessario di competenza*, nota a Cass., Sez. I, 15 settembre 2000, in *Giur. it.* 2001, I, 2035 ss.
- P.L. NELA, *Commento all'art. 819 ter c.p.c.*, in *Le recenti riforme del processo civile*, diretto da S. CHIARLONI, Torino, 2007, 1809 ss.
- E. OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri sui presupposti dell'arbitrato*, Torino, 2011
- E. ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 2006, 251 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*, nota a Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77, in *Foro it.* 2007, I, 1013 ss.

- S. PAGLIANTINI, *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: «quid iuris»?* , nota a Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242 e Cass., S.U., 12 dicembre 2014 n. 26243, in *Foro. it.*, 2015, I, 928 ss.

- I. PAGNI, *Il “sistema” delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, *ivi*, 71 ss., nota a Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242 e Cass., S.U., 12 dicembre 2014 n. 26243, in *Giur. it.* 2015, 71 ss.

- A. PALMIERI e R. PARDOLESI, *Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)*, nota a Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242 e Cass., S.U., 12 dicembre 2014 n. 26243, in *Foro. it.*, 2015, I, 916 ss.

- V. PETRELLA, *Sull’impugnazione nel merito della sentenza che, dopo aver pregiudizialmente dichiarato l’inammissibilità del gravame, abbia comunque dichiarato infondato lo stesso*, nota a Cass., S.U., 20 febbraio 2007, 3840, in *Riv. dir. proc.* 2008, 1466 ss.

- G. PISANELLI, A. SCIALOJA, P. MANCINI (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Napoli, 1875

- G.G. POLI, *Le sezioni unite e l’art. 37 c.p.c.*, nota a Cass., S.U., 9 ottobre 2008, n. 24883, in *Foro it.* 2009, I, 810 ss.

- A. PROTO PISANI, *La trascrizione della domanda giudiziale*, Napoli, 1968

- A. PROTO PISANI, *Ancora sulla sospensione c.d. necessaria dei processi civili per pregiudizialità*, nota a Cass., S.U., 23 giugno 2012, n. 10027, in *Foro it.* 2014, I, 950 ss.
- A. PROTO PISANI, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle sezioni unite*, nota a Cass., S.U., 12 dicembre 2014, n. 26242 e Cass., S.U., 12 dicembre 2014 n. 26243, in *Foro. it.*, 2015, I, 944 ss.
- C. PUNZI, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 1983, 78 ss.
- C. PUNZI, *Le prime pronunce giurisprudenziali sull'impugnazione del lodo arbitrale privo dell'exequatur pretorile*, nota a Corte App. Genova, 3 gennaio 1986, e Trib. Milano, 14 luglio 1986, in *Riv. dir. proc.* 1986, 945 ss.
- C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000
- C. PUNZI, *Natura dell'arbitrato e regolamento di competenza*, nota a Cass., S.U., 25 giugno 2002, n. 9289, in *Giust. civ.* 2003, I, 720 ss.
- C. PUNZI, «*Efficacia di sentenza*» del lodo, in *Riv. arb.* 2005, 819 ss.
- C. PUNZI, «*Efficacia di sentenza*» del lodo, in E. FAZZALARI (a cura di), *La riforma della disciplina dell'arbitrato*, Milano, 2006, 155 ss.
- C. PUNZI, *Luci e ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 2007, 395 ss.
- C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2012
- C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, Padova, 2012
- E. REDENTI, voce *Compromesso*, in *Nuovo dig. it.*, Torino, 1938, III, 482 ss.

- E. REDENTI, voce *Compromesso*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1967, III, 786 ss.
- E.F. RICCI, *Legge 19 febbraio 1983, n. 28. Modificazioni alla disciplina dell'arbitrato*, in *Le Nuove leggi civ. comm.*, 1983, 731 ss.
- E.F. RICCI, *Sull'efficacia del lodo arbitrale rituale dopo la legge 9 febbraio 1983, n. 28*, in *Riv. dir. proc.* 1983, 635 ss.
- E.F. RICCI, *L'«efficacia vincolante» del lodo arbitrale dopo la legge n. 25 del 1994*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1994, 809 ss.
- E.F. RICCI, *L'arbitrato di fronte alla litispendenza giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.* 2000, 500 ss.
- E.F. RICCI, *La «natura» dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, nota a Cass., S.U., 3 agosto 2000, n. 527, in *Riv. dir. proc.* 2001, 259 ss.
- E.F. RICCI, *La Cassazione insiste sulla «natura» negoziale del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici*, nota a Cass., Sez. I, 27 novembre 2001, n. 15023, in *Riv. dir. proc.* 2002, 1239 ss.
- E.F. RICCI, *La delega sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 2005, 951 ss.
- E.F. RICCI, *Le Sezioni Unite cancellano l'art. 37 c.p.c. nelle fasi di gravame*, nota a Cass., S.U., 9 ottobre 2008, n. 24883, in *Riv. dir. proc.* 2009, 1085 ss.
- G.F. RICCI, *Ancora sulla natura e sugli effetti del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.* 2001, 165 ss.

- G.F. RICCI, *Commento all'art. 819 ter c.p.c.*, in *Arbitrato*, diretto da F. CARPI, Bologna, 2016, 613 ss.

- U. ROCCO, *Trattato di diritto processuale civile*, I, Torino, 1957

- A. ROMANO, *In tema di rapporti tra questioni meramente processuali e oggetto del giudizio*, in *Foro amm.*, 1957, II, 324 ss.

- M. RUBINO-SAMMARTANO, *Vittoria di Tappa - Arbitrato irrituale come processo: un sogno impossibile?*, nota a Cass., S.U., 3 agosto 2000, n. 527, in *Foro pad.* 2001, I, 42 ss.

- G. RUFFINI, *Efficacia di sentenza del lodo arbitrale ed impugnazione incidentale per nullità*, nota a Cass., Sez. I, 16 maggio 2000, n. 6291, in *Riv. arb.* 2000, 465 ss.

- G. RUFFINI, nota a Cass., S.U., 3 agosto 2000, n. 527, *Corr. giur.* 2001, 56 ss.

- G. RUFFINI, *Arbitri, diritto e costituzione (riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale, 28 novembre 2001, n. 376)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2001, 263 ss.

- G. RUFFINI, *Commento all'art. 817 c.p.c.*, in *Le nuove leggi civ. comm.* 2007, 1307 ss.

- G. RUFFINI, *Commento all'art. 819 ter c.p.c.*, in *Le nuove leggi civ. comm.* 2007, 1360 ss.

- G. RUFFINI, *Commento all'art. 817 c.p.c.*, in S. MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Padova, 2010

- A. SALETTI, *La riassunzione del processo civile*, Milano 1981

- L. SALVANESCHI, *La domanda di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.* 1995, 645 ss.

- L. SALVANESCHI, *Translatio iudicii a senso unico nei rapporti tra arbitro e giudice?*, nota a Cass., Sez. VI, 6 dicembre 2012, n. 22002, in *Riv. dir. proc.* 2013, 1151 ss.

- L. SALVANESCHI, *Ancora sull'arbitrabilità delle impugnative di delibere assembleari e sulla «competenza» a deciderle*, nota a Cass., Sez. VI, 30 ottobre 2012, n. 18671, in *Riv. arb.* 2013, 916 ss.

- L. SALVANESCHI, *Arbitrato*, Commentario del codice di procedura civile a cura di S. Chiarloni, Bologna, 2014

- C. SANTINI, *Regolamento di competenza avverso la pronuncia del giudice sulla exceptio compromissi e procedimenti pendenti*, nota a Cass., S.U., 6 settembre 2010 n. 19047, in *Riv. arb.* 2010, 467 ss.

- B. SASSANI, *Commento all'art. 42*, in C. CONSOLO, F.P. LUISO e B. SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 53 ss.

- B. SASSANI, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. arb.* 2014, 109 ss.

- S. SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*, Milano, 1969

- G. SCHIZZEROTTO, *Della natura giuridica dell'arbitrato rituale*, in *Rass. arb.* 1962, 89 ss.

- M.L. SERRA, *L'impugnazione per nullità del lodo rituale*, Napoli, 2016

- G. TARZIA, *Efficacia ed impugnabilità del lodo nell'arbitrato rituale*, in *Rass. arb.* 1985, 1 ss.
- G. TARZIA, *L'arbitrato a tre anni dalla legge n. 28/1983*, a cura di G. DEODATO, Milano, 1987, 62 ss.
- TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali e conflitti tra lodi e sentenze*, in *Riv. dir. proc.* 1994, 631 ss.
- G. TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali e conflitti tra lodi e sentenze*, in *Riv. dir. proc.* 1994, 631 ss.
- G. TOMBARI, *Natura e regime giuridico dell'eccezione di compromesso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1964, 1019 ss.
- 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)*, nota a Cass., S.U., 25 giugno 2002, n. 9289, in *Giust. civ.* 2003, I, 1601 ss.
- G. TRISORIO LIUZZI, *Le sezioni unite e la sospensione del processo civile per pregiudizialità*, nota a Cass., S.U., 23 giugno 2012, n. 10027, in *Foro it.* 2014, I, 946 ss.
- D. TURRONI, nota a Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77, in *Giur. it.*, 2007, 2257 ss.
- R. VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale a giudicare della propria competenza*, nota a Cass., Sez. I, 8 luglio 1996, n. 6205, in *Riv. arb.* 1997, 329 ss.

- R. VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*, nota a Corte cost., 28 novembre 2001, n. 376, in *Giust. civ.* 2001, I, 2887 ss.
- G. VERDE, *Pubblico e privato nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.* 2002, 633 ss.
- G. VERDE, *Ancora sulla pendenza del procedimento arbitrale*, in *Riv. arb.* 2009, 219 ss.
- G. VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*, nota a Cass., S.U., 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Corr. giur.* 2014, 91 ss.
- A. VILLA, *Note sul rapporto tra arbitrato e giurisdizione amministrativa e sulla distinzione tra arbitrato rituale e irrituale*, nota a Cass., S.U., 5 dicembre 2000, n. 1251, in *Riv. arb.* 2001, 711 ss.
- A. VILLA, *Una poltrona per due: la sospensione delle delibere assembleari fra giudice privato e giudice statale*, nota a Trib. Milano, Sez. VIII civ., 17 marzo 2009, in *Riv. arb.* 2009, 312 ss.
- A. ZEUNER, *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtilicher Sinnzusammenhänge*, Tubinga, 1959
- S. ZIINO, *La translatio iudicii tra arbitri e giudici ordinari (sulla parziale illegittimità costituzionale dell'art. 819-ter, secondo comma, c.p.c.)*, in *Sull'arbitrato, studi offerti a Giovanni Verde*, (a cura di) F. AULETTA, G.P. CALIFANO, G. DELLA PIETRA, N. RASCIO, NAPOLI, 2010, 913 ss.