

LIBERA UNIVERSITÀ INTERNAZIONALE DEGLI STUDI SOCIALI

GUIDO CARLI

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA

IN

DIRITTO DELL'ARBITRATO INTERNO ED INTERNAZIONALE

XXVI CICLO

COORDINATORE

Chiar.mo Prof. ROMANO VACCARELLA

I RAPPORTI FRA ARBITRATO E PROCESSO

TUTOR

Chiar.ma Prof.ssa ELENA D'ALESSANDRO

CANDIDATO

Dott. ENRICO DEBERNARDI

ANNO ACCADEMICO 2014 – 2015

INDICE

INTRODUZIONE	Pag.	1
CAPITOLO I: LA QUALIFICAZIONE DEI RAPPORTI FRA ARBITRI E GIUDICI		
1. Premessa	Pag.	5
2.1. Dal codice del 1940 alla novella del 1983: l'orientamento giurisprudenziale e la teoria della giurisdizionalizzazione <i>a posteriori</i>	»	8
2.2. <i>Segue</i> : le diverse ricostruzioni della dottrina	»	13
3. Le riforme del 1983 e del 1994, il <i>revirement</i> giurisprudenziale del 2000 e l'affermazione della natura negoziale dell'arbitrato	»	19
4. La riforma del 2006 e l'affermazione della natura giurisdizionale dell'arbitrato	»	29
5. L'attuale disciplina dei rapporti fra arbitri e giudici	»	35
CAPITOLO II: L' <i>EXCEPTIO COMPROMISSI</i>		
1. Premessa	Pag.	42
2. Il regime dell' <i>exceptio compromissi</i>	»	42
3. Il regime dell'eccezione d'incompetenza arbitrale	»	51
3.1. L'invalidità e l'inefficacia della convenzione d'arbitrato	»	51
3.2. L'esorbitanza della domanda rispetto all'accordo arbitrale	»	53
3.3. Ulteriori considerazioni sull'eccezione d'incompetenza	»	58
4. L'inarbitrabilità della controversia e l'inesistenza della convenzione arbitrale: rinvio	»	65
5. La decisione sull'eccezione d'incompetenza: il principio della <i>Kompetenz-Kompetenz</i>	»	65
6. La forma del provvedimento che decide l'eccezione d'incompetenza	»	69
6.1. La decisione resa dal giudice	»	70
6.2. La decisione resa dagli arbitri	»	73

CAPITOLO III: L'IMPUGNAZIONE DELLA
DECISIONE SULL'ECCEZIONE D'INCOMPETENZA

1.	Premessa	Pag.	78
2.	L'impugnazione della sentenza	»	78
3.	L'impugnazione del lodo	»	88
3.1	L'impugnazione per nullità	»	92
3.1.1	Il lodo reso in presenza di una convenzione arbitrale invalida o inefficace	»	93
3.1.2.	Il lodo reso <i>extra compromissum</i>	»	95
3.1.3.	Il lodo declinatorio	»	100
3.2.	Il giudizio di nullità e il suo esito	»	101
3.3	I rimedi esperibili nei confronti della sentenza resa dalla Corte d'appello	»	107
4.	Le eccezioni al regime delineato dagli artt. 817 e 829 c.p.c.	»	113
4.1.	L'impugnazione del lodo reso su materia non arbitrabile	»	113
4.2.	Il lodo reso in assenza di patto compromissorio	»	117
	La clausola compromissoria stipulata con un consumatore	»	123
4.3.	Il regime d'impugnazione del lodo e la natura della convenzione arbitrale	»	127
5.	La natura parziale o non definitiva della pronuncia sul patto compromissorio	»	130
6.		»	

CAPITOLO IV: LA *TRANSLATIO IUDICII* NEI
RAPPORTI FRA ARBITRI E GIUDICI

1.	Premessa	Pag.	138
2.	Gli effetti della domanda d'arbitrato	»	138
3.	L'applicabilità della <i>translatio iudicii</i> ai rapporti fra arbitrato e processo ordinario prima della riforma	»	144
4.	La riforma del 2006: il legislatore esclude l'applicazione dell'art. 50 c.p.c.	»	149
5.	L'intervento della Consulta	»	157

6.	Le questioni lasciate aperte dalla sentenza della Corte costituzionale: <i>translatio iudicii</i> o riproposizione della domanda?	»	159
7.	L'inapplicabilità dell'art. 38, 2° comma, c.p.c.	»	170

CAPITOLO V: L'EFFICACIA DELLA DECISIONE SULLA *POTESTAS IUDICANDI* ARBITRALE

1.	Premessa	Pag.	174
2.1.	L'efficacia della pronuncia sul patto compromissorio quale decisione sulla competenza	»	175
2.2.	<i>Segue</i> : nonostante l'intervento del legislatore, la questione rimane aperta	»	177
3.1.	La valorizzazione della dimensione sostanziale della pronuncia sul patto compromissorio	»	187
3.2.	Il disposto dell'ultimo comma dell'art. 819 <i>ter</i> c.p.c. e l'efficacia della sentenza resa dall'autorità giudiziaria	»	191
3.3.	<i>Segue</i> : l'efficacia della pronuncia resa dagli arbitri	»	199
3.4.	<i>Segue</i> : l'efficacia della sentenza resa dalla Corte d'appello in sede d'impugnazione del lodo	»	201
4.	Ulteriori considerazioni sull'ultimo comma dell'art. 819 <i>ter</i> c.p.c.	»	202
5.	Le conseguenze sul regime d'impugnazione della decisione sul patto compromissorio	»	206
6.	Il <i>dies a quo</i> per la riproposizione della domanda	»	210

CAPITOLO VI: LA CONTEMPORANEA PENDENZA DI DUE PROCEDIMENTI AVENTI AD OGGETTO CONTROVERSIE IDENTICHE O CONNESSE

1.	Premessa	Pag.	214
2.	Litispendenza e connessione: dal codice del 1940 alla riforma del 1994	»	214
3.	La riforma del 1994 e la "litispendenza zoppa"	»	222

4.	La riforma del 2006 e l'adozione del modello delle vie parallele	»	227
5.	Il coordinamento fra le due sedi	»	233
5.1.	La disciplina vigente prima della riforma del 2006	»	236
5.2.	Le modifiche introdotte dal legislatore del 2006	»	238
5.3.	Il conflitto fra pronunce	»	243
	BIBLIOGRAFIA	Pag.	251

INTRODUZIONE

L'espressione «rapporti fra arbitrato e processo» è molto ampia ed è idonea a ricomprendere una pluralità di fenomeni fra loro diversi: dall'intervento del giudice nella fase di costituzione del collegio, alla ricusazione e sostituzione dell'arbitro, alla tutela cautelare, all'ausilio nella fase di istruzione probatoria, all'*exequatur*, fino all'impugnazione del lodo. Nell'utilizzo corrente, tuttavia, tale espressione ha un'accezione più ristretta e comprende quell'insieme di questioni che hanno come riferimento la convenzione d'arbitrato e la disciplina applicabile allorquando, in sede arbitrale o giurisdizionale, si controverta sull'esistenza, sulla validità e sull'efficacia della stessa¹; in altre parole, il momento patologico del rapporto compromissorio².

Negli ultimi tre decenni, l'istituto dell'arbitrato è stato interessato da una serie di interventi legislativi, i quali, contribuendo alla formazione di una disciplina sempre più esaustiva, ne hanno determinato la progressiva processualizzazione (e oggi potremmo dire anche la giurisdizionalizzazione). Per effetto di tali interventi, i temi poc'anzi richiamati hanno trovato una sistemazione pressoché definitiva. Considerazioni differenti devono compiersi con riferimento ai rapporti fra arbitrato e processo intesi nell'accezione di cui sopra – che poi è anche l'accezione fatta propria dal legislatore in occasione della riforma del 2006³ – la cui disciplina, nonostante l'intervento riformatore, presenta ancora numerosi punti oscuri. Di qui l'interesse per un'indagine di tali rapporti che, muovendo dall'esame delle questioni aperte prima della riforma, si propone di verificare se, e in che misura, esse abbiano trovato soluzione grazie all'intervento riformatore.

Ciò detto, non possiamo esimerci dal rilevare che, per effetto della conversione del decreto legge n. 132 del 2014, la locuzione rapporti fra arbitri e giudici evoca anche quel particolare istituto disciplinato dall'art. 1 del predetto

¹ BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.*, 2007, 358; LUISO, *Rapporti tra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.*, 2005, 774.

² IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo. Studio sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, Torino, 2013, 16.

³ La legge n. 80 del 14 maggio 2005, contenente la delega al Governo a modificare «il codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali», ha infatti chiamato l'Esecutivo a disciplinare in generale «i rapporti fra arbitro e giudice, ivi compresa l'eccezione di patto compromissorio».

decreto, con cui il legislatore, al fine di ridurre il numero delle cause pendenti in primo grado e in appello, ha previsto la possibilità che queste vengano deferite a un giudice arbitrale. Il presente lavoro non ha a oggetto questo nuovo istituto; avremo modo, tuttavia, di esaminarne alcuni aspetti allorché, nel prosieguo della trattazione, ci occuperemo degli strumenti atti a rendere possibile una qualche forma di comunicazione fra il procedimento arbitrale e quello giurisdizionale.

Ora, la disamina dei rapporti fra arbitrato e processo ci impone di affrontare il più ampio e complesso tema della natura dell'arbitrato; tema che per molti decenni ha impegnato gli studiosi del processo civile e che ha visto contrapposte la c.d. teoria negoziale e la c.d. teoria giurisdizionale⁴, in una *querelle* che altro non è che dibattito sul concetto stesso di giurisdizione⁵. Tuttavia, mentre in passato tale dibattito ha contribuito significativamente alla soluzione dei problemi derivanti dalle lacune che affliggevano la disciplina positiva dell'arbitrato⁶, oggi la sua portata appare in parte ridimensionata: in primo luogo, perché l'ultimo legislatore è intervenuto su tale disciplina colmando molte di queste lacune⁷; in secondo luogo, perché le scelte compiute in occasione di tale intervento palesano la volontà di sciogliere il «*dilemma della negozialità o della giurisdizionalità*» dell'arbitrato⁸ in senso favorevole alla seconda opzione. Il che, per utilizzare un'espressione di Carnacini, consente agli interpreti di affrontare i problemi dell'arbitrato «*con i piedi ben conficcati nel diritto*

⁴ Per la cui illustrazione si rinvia a IZZO, *La convenzione*, cit., 38 ss.; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, 2° ed., Padova, 2012, 83 ss.; BOCCAGNA, *L'impugnazione del lodo per nullità*, I, Napoli, 2005, 23 ss.; TOMBARI, *Natura e regime giuridico dell'eccezione di compromesso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 1021 ss.

⁵ Particolarmente efficace appare l'espressione di Satta, secondo il quale la storia dell'arbitrato appare «*più una storia di idee che di fatti, o se si vuole meglio, una storia di fatti determinata dalle idee*»; cfr. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2° tomo, Milano, 1971, 166.

⁶ Come osservato da E.F. RICCI, *La «funzione giudicante degli arbitri» e l'efficacia del lodo (Un grand arrêt della Corte Costituzionale)*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 373; ID., *La natura dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, (nota a Cass., Sez. Un., 3 agosto 2000, n. 527), in *Riv. dir. proc.*, 2001, 279 e 280, l'indagine sulla natura giurisdizionale o negoziale dell'arbitrato costituiva, infatti, la premessa per l'analisi del diritto positivo, dalla quale trarre conseguenze in ordine alla sua interpretazione. Nello stesso senso v. anche PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., I, 2012, 155; ID., voce «Arbitrato: arbitrato rituale e irrituale», in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1995, 20; VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Napoli, 1971, 24 e CARNACINI, *Arbitrato rituale*, in *Novissimo Dig. It.*, I, Torino, 1957, 879.

⁷ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Giudice italiano ed exceptio compromissi per arbitrato estero*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 744.

⁸ SATTA, *Commentario*, cit., 166.

positivo»⁹. Nelle pagine che seguiranno, il tema sarà quindi affrontato in modo strumentale.

La presente trattazione è suddivisa in sei capitoli.

Il primo capitolo è dedicato, in generale, al tema della qualificazione dei rapporti fra arbitrato e processo.

Nel secondo capitolo esamineremo il regime dell'eccezione con cui, in sede giurisdizionale e in sede arbitrale, si faccia valere (o si contesti) la spettanza della controversia agli arbitri piuttosto che al giudice e affronteremo le questioni inerenti alla cognizione di tale eccezione.

Il terzo capitolo ha ad oggetto il regime d'impugnazione della decisione resa dagli arbitri e dal giudice sulla citata eccezione.

Nel quarto capitolo ci occuperemo delle conseguenze della pronuncia con cui gli arbitri e il giudice si dichiarino privi della *potestas iudicandi* rispetto alla controversia dedotta in giudizio.

Il quinto capitolo è invece incentrato sull'efficacia della pronuncia che gli arbitri e il giudice rendano sulla sussistenza (o sull'insussistenza) della propria *potestas iudicandi*.

Infine, nel sesto capitolo analizzeremo la particolare ipotesi in cui in sede arbitrale e in sede giudiziale risultino pendenti due procedimenti aventi a oggetto la medesima controversia o controversie connesse e ci soffermeremo sugli strumenti volti ad assicurare il coordinamento fra le due sedi.

La complessità dei temi che ci apprestiamo ad affrontare e la loro interconnessione rendono difficile l'adozione di uno schema espositivo uniforme: tenteremo, nei limiti del possibile, di illustrare, rispetto a ognuno di essi, i vari orientamenti sviluppatisi prima dell'ultima riforma per poi esaminare la disciplina posta in essere dall'ultimo legislatore, cercando di limitare il più possibile le anticipazioni e i rinvii e scusandoci fin d'ora con il lettore per le variazioni che tale *modus procedendi* potrà subire nel corso della narrazione.

Prima di proseguire ci sembra opportuno, tuttavia, compiere due ulteriori precisazioni.

La prima riguarda l'oggetto della trattazione. Ci è infatti parso opportuno circoscrivere l'indagine all'arbitrato rituale, il quale costituisce un equipollente

⁹ CARNACINI, *op. loc. ult. cit.*

del processo giurisdizionale ed è prodromico alla produzione di un risultato assimilabile a quello che le parti potrebbero ottenere rivolgendosi all'autorità giudiziaria. Come avremo modo di verificare nel corso della trattazione, il dibattito in ordine alla natura dell'arbitrato è stato declinato anche come dibattito circa la natura unitaria o duale dell'istituto. Ora, benché nel corso degli anni le due tesi abbiano conosciuto alterne fortune, in occasione dell'ultimo intervento riformatore il legislatore è parso avallare la seconda. Le scelte colà compiute hanno infatti fugato ogni dubbio in ordine alla natura squisitamente negoziale dell'arbitrato irrituale e hanno inoltre finito con il marginalizzare l'istituto. Donde l'opportunità di limitare la trattazione all'arbitrato rituale. L'arbitrato irrituale sarà quindi oggetto di sintetici richiami, laddove ciò risulti necessario.

La seconda riguarda la prospettiva assunta nell'esame dei rapporti fra arbitrato e processo, che, come vedremo a breve, è quella del processo ordinario. Invero, attesa la possibilità di devolvere in arbitrato anche le controversie attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo¹⁰, i problemi riguardanti il riparto di *potestas iudicandi* possono riguardare tanto il rapporto con il giudice ordinario, quanto quello con il giudice speciale. Nel presente lavoro abbiamo assunto il punto di vista tradizionale nello studio di tali rapporti, ossia quello del processo ordinario; in ogni caso, salve le precisazioni che avremo modo di compiere nel prosieguo della narrazione, i problemi che saranno affrontati e le conclusioni che saranno raggiunte devono ritenersi vevoli indipendentemente dall'organo giurisdizionale coinvolto¹¹.

¹⁰ Possibilità definitivamente consacrata prima dall'art. 6 della legge n. 205 del 2000 e poi dall'art. 11 del d.lgs. n. 104 del 2010, contenente il codice del processo amministrativo.

¹¹ Analogamente IZZO, *La convenzione*, cit., 19.

CAPITOLO I: LA QUALIFICAZIONE DEI RAPPORTI FRA ARBITRI E GIUDICI

SOMMARIO: 1. Premessa – 2.1. Dal codice del 1940 alla novella del 1983: l’orientamento giurisprudenziale e la teoria della giurisdizionalizzazione *a posteriori* – 2.2. *Segue*: le diverse ricostruzioni della dottrina – 3. Le riforme del 1983 e del 1994, il *revirement* giurisprudenziale del 2000 e l’affermazione della natura negoziale dell’arbitrato – 4. La riforma del 2006 e l’affermazione della natura giurisdizionale dell’arbitrato – 5. L’attuale disciplina dei rapporti fra arbitri e giudici

1. Premessa

La nostra indagine non può che principiare dalla qualificazione dei rapporti fra arbitri e giudici e dalla natura dell’eccezione con cui la *potestas iudicandi* dell’organo adito sia contestata in ragione dell’esistenza o dell’inesistenza di un patto compromissorio.

Giuseppe Chiovenda definì il patto compromissorio come un contratto a effetti processuali¹. La conclusione di una convenzione arbitrale, sia essa un compromesso, una clausola compromissoria o una convenzione in materia extracontrattuale, ha infatti un duplice effetto: da un lato, quello (negativo) di sottrarre la *potestas iudicandi* sulla controversia al giudice che sarebbe naturalmente competente a conoscerla (cioè al giudice naturale precostituito per legge); dall’altro, quello (positivo) di attribuire tale potere a uno o più soggetti

¹ CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile. Ristampa con prefazione di Virgilio Andrioli*, Napoli, 1980, 107; nello stesso senso REDENTI, voce «Compromesso», in *Nuovo Dig. It.*, cit., 507 e, più recentemente, BOCCAGNA, *L’impugnazione del lodo per nullità*, I, Napoli, 2005, 240. La natura contrattuale dell’accordo compromissorio è comprovata, innanzitutto, dalla sua natura consensuale; in secondo luogo, dalla sua strumentalità rispetto alla decisione della situazione patrimoniale sottostante e dalla sua idoneità a essere fonte per le parti di diritti e di obblighi (più precisamente di poteri e di soggezioni funzionali alla risoluzione della controversia; cfr. REDENTI, voce «Compromesso», in *Nuovo Dig. It.*, cit., 507); sulla natura contrattuale del patto compromissorio v. ZUCCONI GALLI FONSECA, Sub art. 806 c.p.c., in *Arbitrato. Commento al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile – artt. 806 – 840*, a cura di Federico Carpi, 2° ed., Bologna, 2007, 6 ss. Come vedremo nel prosieguo, la stipula di un patto compromissorio incide sul rapporto patrimoniale sottostante solo in via mediata, nel senso che, nonostante la diversa opinione espressa da una parte della dottrina, il suo oggetto ha natura processuale e consiste nell’individuazione di particolari modalità di decisione della controversia che riguarda detto rapporto. Sul punto v., di recente, IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo. Studio sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, Torino, 2013, 92 ss. e 101 ss.

privati²; tutto ciò, ovviamente, entro i limiti in cui l'ordinamento consideri lecita la devoluzione della decisione delle controversie a tali soggetti. Questi ultimi sono chiamati a decidere la lite nel rispetto di prescrizioni poste in essere dalla legge e in subordine dai litiganti³, attraverso un provvedimento la cui natura e i cui effetti, come vedremo a breve, sono stati assimilati talvolta a quelli della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, talvolta a quelli del contratto.

Ora, l'individuazione del momento in cui l'opzione per la via arbitrale assume rilievo per l'ordinamento (cioè il momento in cui si manifesta l'effetto negativo) è rimesso alla discrezionalità del legislatore. Benché possa dirsi pacifico che l'istituto arbitrale sia in grado di interagire con il processo ordinario ancor prima che esso venga concretamente attivato o che esso giunga al suo risultato ultimo e, pertanto, che, in caso di violazione del patto compromissorio, alle parti debba essere riconosciuto uno strumento per far valere l'opzione arbitrale – e analogo strumento dovrebbe essere riconosciuto nel caso in cui venga avviato un procedimento arbitrale in assenza di tale opzione – il nostro ordinamento non ha mai dedicato particolare attenzione alla qualificazione e alla disciplina di questa interazione⁴.

Tradizionalmente, nel nostro ordinamento tali strumenti sono genericamente noti come *exceptio compromissi* e come eccezione di difetto di *potestas iudicandi* arbitrale. Tali formule, tuttavia, racchiudono una pluralità di fattispecie molto eterogenee: la questione relativa alla spettanza della controversia al giudice piuttosto che agli arbitri può sorgere, infatti, allorquando si discuta della validità dell'accordo compromissorio o della sua efficacia, quando si controverta

² MENCHINI, *Il controllo e la tutela della convenzione arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2013, 365; LA CHINA, *L'arbitrato: il sistema e l'esperienza*, 4° ed., Milano, 2011, 71. Come rileva IZZO, *La convenzione*, cit., 105, tale effetto positivo non ha una portata meramente processuale (a differenza di quella che caratterizza l'effetto negativo), dal momento che esso si realizza attraverso una *consecutio* di passaggi e un coacervo di rapporti al di fuori del processo.

³ Come rileva SALVANESCHI, *Arbitrato. Libro Quarto: Procedimenti speciali art. 806-840*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, a cura di Sergio Chiarloni, Bologna, 2014, 587; VERDE, *La convenzione di arbitrato*, in *Il procedimento*, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di Giovanni Verde, 3° ed., Torino, 2005, 71, gli effetti della convenzione arbitrale non si esauriscono nella scelta di un diverso giudice, dal momento che con essa le parti optano, prima ancora, per un diverso tipo di processo, ossia per un mezzo alternativo di esercizio dell'azione.

⁴ BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 4 ss.; RASIA, *Il conflitto transnazionale tra giurisdizione ordinaria e arbitrato sulla medesima lite. spunti su un principio di «lis alibi pendens» nell'arbitrato internazionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1072; BOVE, *Sul regime dell'eccezione di patto compromissorio rituale*, in *Riv. arb.*, 2004, 247; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, 3° ed., Napoli, 1964, 840.

sui suoi limiti oggettivi e soggettivi, quando si metta in dubbio la sua stessa esistenza, infine, quando si contesti l'arbitrabilità della lite⁵. Come potremo vedere nel corso della trattazione, queste ipotesi si differenziano fra loro sia sotto il profilo del regime dell'eccezione, sia sotto il profilo dell'impugnazione della decisione che su di essa venga resa.

Sul punto, la disciplina contenuta nel codice di procedura civile del 1940, nella sua versione originaria e anche dopo le novellazioni del 1983 e del 1994, è sempre stata piuttosto lacunosa, per non dire del tutto assente, ed è solo con l'emanazione del decreto legislativo n. 40 del 2006 che il legislatore delegato, su espresso mandato del Parlamento⁶, ha messo mano all'intera materia in modo compiuto. Volendo operare una *summa divisio* – peraltro inadeguata a cogliere la ricchezza di posizioni fra gli interpreti – possiamo dire che, in epoca precedente all'ultimo intervento riformatore, la questione legata alla sussistenza della *potestas iudicandi* arbitrale è stata ricondotta, da un lato, al *genus* delle c.d. questioni pregiudiziali di rito e qualificata alternativamente come questione di competenza, come questione di ammissibilità o proponibilità della domanda e come questione di giurisdizione; dall'altro, all'ambito delle questioni sostanziali e qualificata come questione preliminare di merito. Nelle pagine che seguiranno ripercorreremo gli orientamenti giurisprudenziali susseguitisi a partire dall'avvento dell'attuale codice di procedura civile fino alla novella del 1994, illustreremo le diverse ipotesi ricostruttive proposte dalla dottrina e ci soffermeremo, infine, sulle norme introdotte dal legislatore in occasione della riforma del 2006.

⁵ MENCHINI, *Il controllo*, cit., 365 e 366.

⁶ Come ricordato nell'introduzione, l'art. 3, lett. b) della legge n. 80 del 14 maggio 2005, contenente la delega sull'arbitrato, imponeva al Governo di «disciplinare in generale i rapporti fra arbitro e giudice, ivi compresa l'eccezione di patto compromissorio».

2.1. Dal codice del 1940 alla novella del 1983: l'orientamento giurisprudenziale e la teoria della giurisdizionalizzazione *a posteriori*

A partire dall'entrata in vigore dell'attuale codice di rito e fino a tempi relativamente recenti la giurisprudenza è sempre stata costante nel qualificare i rapporti fra arbitri e giudici ordinari come rapporti di competenza⁷.

A sostegno di tale orientamento militavano diversi fattori.

In primo luogo, la già menzionata attribuzione all'accordo compromissorio di effetti di natura processuale, consistenti nella sottrazione del potere di decidere la lite al giudice ordinario e nella sua attribuzione agli arbitri⁸.

In secondo luogo, la formulazione dell'art. 817 c.p.c. (il quale disciplinava la particolare ipotesi in cui nel procedimento arbitrale fossero state assunte

⁷ *E pluribus* Cass., 15 maggio 2001, n. 6710, in *Giur. it.*, 2002, 939; Cass., 28 agosto 2000, n. 11218, in *Riv. arb.*, 2001, 689, con nota di FUSILLO, Relatio perfecta, *obbligatorietà dell'arbitrato e natura dell'eccezione di compromesso*; Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2000, n. 15, in *Foro it.*, 2000, I, 1833 e in *Foro pad.*, 2001, I, 35, con nota di RUBINO SAMMARTANO; Cass., 8 febbraio 1999, n. 1079, in *Foro it.*, I, 2308, con nota di DE SANTIS, *In tema di rapporti tra giudice ordinario e arbitri*; Cass., 10 novembre 1998, n. 11294, in *Riv. arb.*, 1999, 89; Cass., Sez. Un., 4 luglio 1981, n. 4360, in *Foro it.*, 1981, I, 1860, con nota senza titolo di BARONE; Cass., 19 dicembre 1975, n. 4189, in *Foro it.*, 1976, I, 656; Cass., 28 gennaio 1972, n. 244, in *Foro it.*, 1972, I, 600, con nota senza titolo di BARONE; Cass., 13 dicembre 1969, n. 3981, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, 127, con nota di SEGRE', *Connessione di cause e incompetenza di arbitri*; Cass., 29 ottobre 1968, n. 3618, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, 243; Cass., 3 febbraio 1968, n. 353, in *Foro it.*, 1968, I, 3057; Cass., 6 luglio 1966, n. 1744, in *Giust. civ.*, 1967, I, 335; Cass., 13 gennaio 1964, n. 75, in *Giust. civ.*, 1964, I, 1176; Cass., 27 luglio 1957, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 246, con nota di COLESANTI, *Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri*; Cass., Sez. Un., 9 maggio 1956, n. 1505, in *Foro it.*, 1956, I, 847, con nota di ANDRIOLI, *Procedura arbitrale e regolamento di giurisdizione*; in *Giust. civ.*, 1956, I, 818, con nota di MARMO, *Recenti orientamenti della dottrina e della giurisprudenza sulla natura giuridica dell'arbitrato rituale*; in *Foro pad.*, 1956, 686, con nota di GARBAGNATI, *In tema di regolamento preventivo di giurisdizione nel corso del procedimento arbitrale*; Cass., 7 aprile 1954, n. 1076 e Cass., 9 luglio 1953, n. 2211, entrambe in *Giur. it.*, 1955, I, 1, 160 e 162, con nota di VECCHIONE, *Questioni in tema di arbitrato*. In dottrina, la tesi è stata sostenuta da coloro che vedevano nell'arbitrato un fenomeno sostanzialmente giurisdizionale; cfr. MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, III, 4° ed., Milano, 1922, 87; VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Napoli, 1971, 318; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, 3° ed., Milano, 1988, 213. Più recentemente la tesi è stata sposata da GIAMMARRIA, VELANI, *Eccezione di compromesso e d'incompetenza*, in AA. VV., *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, 1997, 289; MIRABELLI, GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato. Nozioni generali. Aggiornato alla L. 26/1994 (nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale)*, Napoli, 1994, 85.

⁸ Cass., 25 gennaio 1997, n. 781, in *Riv. arb.*, 1997, con nota di BOVE, *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza di un patto compromissorio*; Cass., 28 gennaio 1972, n. 244, cit.; Cass., 22 febbraio 1964, n. 384, in *Riv. Dir. Proc.*, 1964, con nota di ANDRIOLI, *Arbitrato ed effetti sostanziali della domanda giudiziale*; Cass., 27 luglio 1957, cit.; Cass., Sez. Un., 9 maggio 1956, n. 1505, cit.. In dottrina v. VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 190 e 316; più recentemente BOVE, *Sul regime*, cit., 247; NELA, *Arbitrato rituale e regolamento necessario di competenza* (nota a Cass., 1 febbraio 2001, n. 1403 e Cass., 15 settembre 2000, n. 12175), in *Giur. it.* 2001, I, 1, 2036.

conclusioni relative a materie non comprese nell'accordo compromissorio), la cui rubrica titolava «eccezione d'incompetenza»⁹.

In terzo luogo, l'assimilazione dell'*exceptio compromissi* all'eccezione d'incompetenza per territorio derogabile¹⁰, indotta dal fatto che la competenza arbitrale, al pari di quella territoriale, potesse avere un'origine pattizia, nonché dal carattere relativo e disponibile della corrispondente eccezione¹¹.

A tali argomenti se ne aggiungeva un quarto, di portata per così dire sistemica, individuabile nella celebre teoria della giurisdizionalizzazione *ex post* dell'arbitro¹², secondo la quale l'arbitrato, che di per sé era privo del requisito della giurisdizionalità in quanto espressione di un'attività privata¹³, assurgeva al rango di istituto giurisdizionale per effetto dell'omologazione del lodo concessa dall'autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 825 c.p.c. Tale incumbente rappresentava lo strumento con cui un atto posto in essere da soggetti privati (quale era fino a quel momento il lodo¹⁴) faceva il proprio ingresso nell'ordinamento statale, assurgendo a espressione della volontà dello Stato e divenendo suscettibile d'impugnazione davanti all'autorità giudiziaria. Sul piano normativo, la teoria in parola trovava i propri addentellati nell'art. 825, 1° comma, c.p.c., che imponeva agli arbitri di procedere al deposito del lodo «*nel termine perentorio di cinque giorni dalla data di sottoscrizione*», pena la nullità dello stesso ai sensi dell'art. 829, 1° comma, n. 5, c.p.c.¹⁵, nell'art. 825, 3° comma, c.p.c., in forza del quale il

⁹ Sul punto PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000, 137 e REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1957, 453.

¹⁰ Benché, da un punto di vista logico, l'*exceptio compromissi* fosse maggiormente assimilabile all'eccezione d'incompetenza per materia; cfr. BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite ed il regime della eccezione fondata su accordo compromissorio* (nota a Cass., 25 giugno 2002, n. 9289), in *Riv. arb.*, 2002, 524 e 525.

¹¹ BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 259; ACONE, *Arbitrato e competenza*, in *Riv. arb.*, 1996, 240; ANDRIOLI, *Commento*, cit., 841. Ciò benché, da un punto di vista logico, l'*exceptio compromissi* fosse maggiormente assimilabile all'eccezione d'incompetenza per materia; cfr. BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite ed il regime*, cit., 524 e 525.

¹² Sulla quale v. REDENTI, voce «Compromesso», in *Nuovo Dig. It.*, cit., 507; REDENTI, voce «Compromesso», in *Novissimo Dig. It.*, III, Torino, 1957, 791).

¹³ Cass., Sez. Un., 9 maggio 1956, n. 1505, cit. In dottrina, TOMBARI, *Natura e regime giuridico dell'eccezione di compromesso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 1031.

¹⁴ Così cfr. CHIOVENDA, *op. cit.*, 109 e 110; CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1944, 174 e 176.

¹⁵ Attraverso questa disposizione il legislatore del 1940 aveva di fatto replicato il contenuto dell'art. 24 del codice del 1865, sancendo sostanzialmente l'inefficacia, prima dell'omologa, della determinazione degli arbitri. Così già CHIOVENDA, *op. cit.*, 90 e 95, per il quale prima di tale momento, la sentenza arbitrale (così infatti si esprimeva il codice del 1854) «*non ha alcun effetto giuridico, tranne il diritto delle parti che sia resa esecutiva*».

decreto del pretore conferiva al lodo «*efficacia di sentenza*»¹⁶, infine, nell'art. 827 c.p.c. che, nel prevedere che l'impugnazione per nullità e per revocazione fosse esperibile avverso la «*sentenza arbitrale*», individuava nel deposito e nella concessione dell'omologa pretorile le condizioni necessarie per l'impugnazione del *dictum* arbitrale¹⁷. Nella vigenza di tali disposizioni, il procedimento arbitrale non poteva dunque concludersi se non con quell'*imprimatur* statale che, oltre a rappresentare *condicio si ne qua non* per la valida esistenza del lodo, gli attribuiva rango giurisdizionale, rendendo la funzione esercitata dagli arbitri sostitutiva di quella esercitata dal giudice dello Stato¹⁸. E tale giurisdizionalizzazione *a posteriori* avrebbe operato retroattivamente fino al momento d'instaurazione della lite dinanzi agli arbitri, attribuendo al procedimento privato gli effetti propri del procedimento giurisdizionale¹⁹.

¹⁶ Il lodo unitamente all'omologa pretorile costituivano infatti la c.d. sentenza arbitrale, un *unicum* inscindibile al quale era riconosciuta la medesima efficacia del provvedimento pronunciato dall'autorità giudiziaria; e non già l'efficacia esecutiva, ma l'imperatività propria della decisione giurisdizionale, come confermato dal tenore complessivo dell'art. 825 c.p.c., che al secondo comma si esprimeva in termini di "efficacia esecutiva" e al terzo di "efficacia di sentenza"; cfr. Cass., Sez. Un., 9 maggio 1956, n. 1505, cit. e, in senso sostanzialmente conforme, Cass., 12 agosto 1982, n. 4586; Cass., Sez. Un., 4 luglio 1981, n. 4360, cit.; Cass., 11 febbraio 1980, n. 975; Cass., 29 ottobre 1968, n. 3618, cit.; Cass., 7 gennaio 1967, n. 56, in *Foro it. Rep.*, 1967, c. 139, n. 18. Sul punto, in dottrina, v. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 41 ss.; CARNACINI, *Arbitrato rituale*, in *Novissimo Dig. It.*, cit., 880; CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, I, Roma, 1956, 64 e 234 (che definisce la sentenza arbitrale come un «atto complesso», costituito dal lodo e dal decreto). Più recentemente RUBINO SAMMARTANO, *Diritto dell'arbitrato*, 5° edizione, Padova, 2006, 31 ss.

¹⁷ TOMBARI, *op. cit.*, 1031.

¹⁸ Cass., 11 marzo 1997, n. 2175, in *Riv. arb.*, 1997, 547, con nota di D'ALESSANDRO, *Eccezione di patto compromissorio e vecchie questioni in materia di arbitrato*; Cass., Sez. Un., 4 luglio 1981, n. 4360, cit.; Cass., Sez. Un., 9 maggio 1956, n. 1505, cit. In dottrina CARNACINI, *op. cit.*, 879 e 880. Nel modello adottato dai *conditores* si assisteva, dunque, a un frazionamento del giudizio, per il quale agli arbitri sarebbe stato demandato il compito di predisporre il materiale logico della decisione che sarebbe stato poi recepito dall'autorità giudiziaria attraverso il decreto di omologa (che peraltro si limitava ad un controllo meramente formale della decisione resa dagli arbitri). In tale sistema l'alternativa era dunque fra un lodo (quello omologato) dotato della stessa efficacia della decisione giurisdizionale e un lodo (quello non omologato) privo di efficacia alcuna; cfr. CHIOVENDA, *op. cit.*, 117 e, più recentemente, E.F. RICCI, *Sull'efficacia del lodo arbitrale dopo la legge 9 febbraio 1983*, n. 28, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 646. Il che, come ricordano PUNZI, *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell'alternativa contrattualità-giurisdizionalità dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 9; ID., *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, 2° ed., Padova, 2012, 131; IZZO, *La convenzione*, cit., 51, rispecchiava pienamente l'idea che lo Stato avesse il monopolio assoluto della giurisdizione, tanto che l'esistenza stessa di una giustizia privata non poteva essere concepita se non attraverso un intervento postumo del potere pubblico (così già CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 1991, 62).

¹⁹ Cass., Sez. Un., 9 maggio 1956, n. 1505, cit.

Dalla riconduzione dell'arbitrato rituale²⁰ nell'ambito della giurisdizione ordinaria discendevano due conseguenze: in primo luogo, l'idea che il giudizio celebrato dagli arbitri rappresentasse il primo grado di un'unica vicenda processuale destinata a proseguire davanti al giudice dell'impugnazione fino ad arrivare al giudice di legittimità²¹; in secondo luogo, l'idea che i rapporti fra arbitri e giudici ordinari fossero qualificabili come rapporti di competenza²². Di qui la (parziale) applicazione ai rapporti fra arbitri e giudici dalla disciplina della competenza.

In assenza di disposizioni *ad hoc*, l'eccezione di patto compromissorio per arbitrato rituale veniva infatti assimilata all'eccezione d'incompetenza,

²⁰ L'orientamento giurisprudenziale innanzi descritto si riferiva, infatti, esclusivamente all'ipotesi in cui la controversia era devoluta in arbitrato rituale, essendo l'arbitrato irrituale fenomeno alieno alla giurisdizione. A monte di tale differenziazione vi era l'idea che nel sistema delineato dal codice del 1940, l'esistenza di un istituto derogativo delle disposizioni codicistiche (quale era l'arbitrato irrituale) non poteva che essere ancorata all'espunzione dello stesso dall'ambito giurisdizionale. Sul punto BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 25.

²¹ Sul punto v., in motivazione, Cass., Sez. Un., 10 dicembre 1981, n. 6532 e Cass., Sez. Un., 9 maggio 1956, n. 1505, cit.

Non a caso, infatti, si riteneva che la mancata riassunzione del giudizio di rinvio in seguito alla cassazione della sentenza dichiarativa della nullità del lodo determinasse, ai sensi dell'art. 393 c.p.c., l'estinzione dell'intero giudizio e la caducazione della sentenza arbitrale; cfr. Cass., 6 agosto 2003, n. 11842, in *Riv. esec. forz.*, 2004, 147, con nota di CAPPONI, *Se il lodo rituale annullato con sentenza della Corte d'appello, a sua volta cassata dalla Suprema Corte, costituisca titolo esecutivo in caso di estinzione del giudizio di impugnazione in sede di rinvio*; Cass., 26 novembre 1996, n. 10456, in *Riv. arb.*, 1996, 317, con nota di FAZZALARI, *Impugnazione per nullità del lodo rituale e art. 393 c.p.c.* e in *Foro it.*, 1997, I, 833, con nota senza titolo di BARONE. Una simile conclusione era inoltre supportata, a livello testuale, dalla previsione di cui all'art. 830 c.p.c., il quale (nella sua primigenia formulazione) attribuiva al giudice dell'impugnazione per nullità il giudizio rescissorio ogni qual volta l'impugnazione fosse stata accolta. In senso contrario GARBAGNATI, *In tema di regolamento preventivo di giurisdizione nel corso del procedimento arbitrale*, in *Foro pad.*, 1956, 687 e 688, secondo il quale il giudizio di cui all'art. 828 c.p.c. doveva considerarsi alla stregua di un giudizio in unico grado, nel quale venivano esercitate un'azione costitutiva di annullamento di un atto privato (il lodo) ed un'azione di cognizione in merito alla medesima controversia decisa in sede arbitrale. Come vedremo nel prosieguo, tale ultima prospettazione verrà accolta (unitamente alle conseguenze che essa recava con sé con riferimento al tema della mancata riassunzione) dalla giurisprudenza di legittimità con l'avvento della riforma del 1994 e la riconduzione dell'arbitrato a una dimensione squisitamente negoziale; cfr. Cass., 1 luglio 2004, n. 12031, in *Giust. civ.*, 2005, I, 3098. Sul tema si rinvia a BOCCAGNA, *Sulle conseguenze dell'estinzione del giudizio di rinvio dopo cassazione della sentenza che abbia pronunciato sull'impugnazione per nullità del lodo*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 67 ss.

²² E ciò proprio in conseguenza del carattere successivo e retroattivo di questo meccanismo di giurisdizionalizzazione. Infatti, se in capo agli arbitri fosse stata ravvisabile un funzione *ab initio* giurisdizionale, i rapporti fra questi ultimi e il giudice togato avrebbero forse dovuto essere ricostruiti quali di rapporti di giurisdizione e non di competenza; cfr. Cass., Sez. Un., 9 maggio 1956, n. 1505, cit. In argomento v. BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 224.

segnatamente a quella per territorio derogabile²³, con la conseguenza che la deduzione del patto compromissorio sarebbe stata rimessa all'iniziativa della parte convenuta, la quale sarebbe stata libera di sollevare la relativa eccezione entro il primo atto difensivo secondo quanto previsto dall'art. 38 c.p.c.²⁴, oppure di rinunciarvi²⁵.

A ciò si accompagnava la soggezione della sentenza resa sull'*exceptio compromissi* al regime d'impugnazione delle pronunce sulla competenza, dunque l'esperibilità del regolamento di competenza, nonché l'applicazione delle norme che disciplinavano la deroga della competenza per ragioni di connessione. Tale ricostruzione legittimava, infine, l'opinione secondo la quale dovevano ritenersi escluse dall'ambito della cognizione arbitrale tutte quelle controversie per le quali l'ordinamento avesse previsto una competenza funzionale²⁶.

²³ Fra le molte Cass., 28 giugno 1975, n. 2565, in *Foro it.*, 1976, I, 94, in motivazione, con nota senza titolo di BARONE, e in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 2043, con nota di SCHIZZEROTTO, «*Translatio iudicii*» e *giudizio arbitrale*; Cass., Sez. Un., 9 maggio 1956, n. 1505, cit.

²⁴ Cass., 26 gennaio 2000, n. 870, in *Foro it.*, 2000, I, 1902, con nota di BARONE, in motivazione; Cass., 28 novembre 1989, n. 5181; Cass., 7 aprile 1954, n. 1076, cit.; Cass., 9 dicembre 1949, n. 2564, in *Giur. it.*, 1951, I, 1, 154, con nota senza titolo di JANNUZZI. In dottrina ANDRIOLI, *Commento*, cit., 843, nonché VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 321, e VECCHIONE, *Questioni in tema di arbitrato* (nota a Cass., 13 luglio 1954, n. 2453, Cass., 7 aprile 1954, n. 1076 e Cass., 9 luglio 1953, n. 2211), in *Giur. it.*, 1955, I, 1, 169. Per la possibilità di sollevare l'eccezione di patto compromissorio anche successivamente nel corso del giudizio v. però REDENTI, voce «Compromesso», in *Nuovo Dig. It.*, cit., 506; ID., voce «Compromesso», in *Novissimo Dig. It.*, cit., 792..

²⁵ SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 219.

²⁶ Taluni ritenevano, infatti, che la previsione di una competenza funzionale impedisse la devoluzione in arbitrato della lite, assumendo che il divieto di derogare alla competenza di un giudice ordinario determinato in favore di altro giudice ordinario avrebbe precluso, a maggior ragione, la possibilità di operare una deroga in favore di un giudice privato; cfr. SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 89. Sul punto v. anche CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 16. In senso contrario, si obiettava che con la stipula del patto compromissorio le parti intendevano sottrarre la controversia all'intero ordine giudiziale e non solo al giudice che sarebbe stato competente a conoscerla per materia, valore e territorio e che l'unico parametro per valutare la legittimità del deferimento della controversia in arbitrato doveva essere individuato nell'arbitrabilità della controversia medesima (in tal senso v. recentemente Cass., 4 agosto 2011, n. 17019; Cass., 23 febbraio, 2006, n. 3989). La *querelle* può dirsi oggi risolta, dal momento che il novellato art. 806 c.p.c., nell'accreditare la disponibilità del diritto controverso quale unico parametro di compromettibilità della lite, con la sola salvezza dell'espreso divieto di legge, sembra escludere *ab origine* la possibilità che la non arbitrabilità della lite possa essere desunta da indici ulteriori, fra cui ad esempio la previsione di una competenza funzionale; cfr. PUNZI, *Disegno*, cit., I, 2012, 406; LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, 5° ed., Milano, 2009, 343. L'opinione contraria (di cui al testo) è stata tuttavia ripresa da alcuni dei commentatori dell'ultima riforma, i quali, muovendo dalla ricostruzione dei rapporti fra arbitri e giudici in termini di vera e propria competenza, hanno affermato, sia pur dubitativamente, che la previsione di competenze funzionali rispetto a talune controversie varrebbe ad escludere la possibilità di devolvere le stesse in arbitrato; cfr. PELLEGRINELLI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Antonio Briguglio e Bruno Capponi, III, 2° tomo, Padova, 2009, 820; NELA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di Sergio Chiarloni, 2° tomo, Bologna, 2006, 1773 e 1774.

Ove, invece, le parti avessero optato per un arbitrato irrituale, la questione inerente alla sussistenza della *potestas* arbitrale avrebbe dato origine a un'eccezione di improponibilità o inammissibilità della domanda, cui veniva attribuita natura sostanziale con tutto ciò che ne conseguiva rispetto al suo rilievo e al regime impugnatorio della sentenza che su di essa avesse pronunciato²⁷.

Senonché, l'atteggiamento giurisprudenziale testé richiamato è stato sempre caratterizzato da una cospicua dose di contraddittorietà²⁸. La stessa giurisprudenza che da un lato riconduceva l'arbitrato entro i confini della giurisdizione ordinaria al fine di giustificare l'applicazione delle disposizioni sopra richiamate, dall'altro qualificava l'esperienza arbitrale come esterna alla giurisdizione, escludendo così l'applicazione di una serie di altri istituti facenti parte dello statuto della competenza, quali la litispendenza e la *translatio iudicii*.

2.2. Segue: le diverse ricostruzioni della dottrina

Proprio su tale contraddittorietà si sono tradizionalmente concentrate le critiche della pressoché totalità della dottrina, le cui diverse posizioni trovano il proprio denominatore comune nella convinzione che fra giudici e arbitri non potesse porsi questione di competenza – intesa nella sua accezione chiovendiana, quale misura della giurisdizione²⁹ – essendo questi ultimi estranei all'ordinamento giudiziario statale³⁰. In realtà, dietro tale affermazione vi erano visioni fra loro molto distanti in ordine alla natura dell'arbitrato. Infatti, se era pacifico il fatto che gli arbitri fossero soggetti privati non appartenenti all'ordine giudiziario, tutt'altro

²⁷ Cass., 26 gennaio 2000, n. 870, cit.; Cass., 5 settembre 1992, n. 10240, in *Foro it.*, 1992, I, 3298, con nota senza titolo di BARONE; Cass., 29 ottobre 1983, n. 6439; Cass., 20 novembre 1979, n. 6054. Sull'argomento v. PUNZI, *Disegno*, cit., I, 2012, 164 ss. e 170.

²⁸ E.F. RICCI, *L'arbitrato di fronte alla litispendenza giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 506; ANDRIOLI, *Commento*, cit., 843.

²⁹ CHIOVENDA, *op. cit.*, 481. Sulla nozione di competenza LEVONI, voce «Competenza nel diritto processuale civile», in *Digesto Civ.*, III, Torino, 1988, 102 e SANTULLI-ACONE, voce «Competenza: diritto processuale civile», in *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma, 1988, 1.

³⁰ BOVE, *Sul regime*, cit., 255; CARPI, ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 806 c.p.c.*, in *Arbitrato. Commento al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile (artt. 806 – 840)*, a cura di Federico Carpi, Bologna, 2001, 58; PUNZI, *Disegno*, cit., I, 2000, 139; DE SANTIS, *In tema di rapporti tra giudice ordinario e arbitri* (nota a Cass., 8 febbraio 1999, n. 1079), in *Foro it.*, I, 2313; BONGIORNO, *Sulla «eccezione d'incompetenza nel processo arbitrale»*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 139; COLESANTI, *Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri* (nota a Cass., 27 luglio 1957), in *Riv. dir. proc.*, 1958, 258.

che pacifica era l'attribuzione all'attività svolta dagli arbitri o quanto meno al suo prodotto (il lodo) di una connotazione *latu sensu* giurisdizionale.

Muovendo dall'opinione autorevolmente espressa da Chiovenda secondo la quale la stipula di un accordo compromissorio determinava la rinuncia al procedimento ordinario di cognizione, dunque una rinuncia alla giurisdizione nel suo complesso (o comunque il suo superamento)³¹, una parte della dottrina negava nella maniera più categorica e radicale che all'arbitrato potesse riconoscersi una connotazione giurisdizionale e, pertanto, riconduceva l'esperienza arbitrale a una dimensione squisitamente negoziale. Ad avviso di costoro, la stipula di un patto compromissorio non avrebbe potuto essere ridotta a mera opzione per un giudice e per un procedimento diverso da quelli ordinari, dal momento che essa integrava un atto dispositivo del rapporto giuridico sostanziale oggetto della controversia³², al cui risultato ultimo, il lodo, non sarebbe stato possibile riconoscere l'efficacia propria della sentenza pronunciata dai giudici dello Stato, ma soltanto la forza di legge attribuita al contratto dall'art. 1372 c.c. Né su tale natura negoziale avrebbe potuto incidere l'omologa giudiziale, la quale si sarebbe limitata a sottrarre il lodo alle impugnative negoziali per assoggettarla a quelle processuali previste dal

³¹ CHIOVENDA, *op. cit.*, 108; REDENTI, voce «Compromesso», in *Nuovo Dig. It.*, cit., 506; BONGIORNO, *Sulla «eccezione d'incompetenza nel processo arbitrale»*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1974, 136; COLESANTI, *Cognizione*, cit., 260; JANNUZZI, nota a Cass., 9 dicembre 1949, n. 2564, in *Giur. it.*, 1951, I,1, 153; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1971, 162 ss.; ID., *Contributo alla dottrina dell'arbitrato. Ristampa della prima edizione con presentazione di Carlo Furno*, Milano, 1969, 109 ss. Più recentemente, hanno parlato di rinuncia alla tutela giurisdizionale SOTGIU, *Natura e regime dell'eccezione di nullità del patto compromissorio nel giudizio di impugnazione avverso il lodo arbitrale* (nota a Cass., Sez. Un., 6 giugno 2003, n. 9070), in *Riv. arb.*, 2004, 311; RUFFINI, *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione?* (nota a Cass., 3 agosto 2000, n. 527), in *Corr. giur.*, 2001, 58; PUNZI, *Disegno*, cit., I, 2000, 136 e 140; MARENGO, *Inammissibilità del regolamento di competenza avverso il lodo rituale* (nota ad App. Roma, 9 marzo 1992, n. 677), in *Riv. arb.*, 1992, 706.

³² SATTA, *Commentario*, cit., 209 e 227, secondo il quale la vera essenza del compromesso sarebbe risieduta nella negazione della lite. Ad avviso dell'A., con la stipula dell'accordo arbitrale, le parti avrebbero inteso risolvere la controversia in via negoziale, attraverso la stipula di un nuovo contratto; tale accordo avrebbe contenuto in sé già il nuovo regolamento negoziale della situazione sottostante, il quale sarebbe solo bisognoso di essere completato dalla determinazione degli arbitri. Nella prospettiva dell'A. (ripresa da SATTA, PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1996, 1051 ss.; PUNZI, voce «Arbitrato: arbitrato rituale e irrituale», in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1995, 5; ID., *L'efficacia del lodo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 18; ID., *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 82 e 83), il momento caratterizzante dell'istituto arbitrale era rappresentato dal compromesso, mentre il lodo veniva ridotto a mero elemento logico integrativo della volontà delle parti. Il carattere non giurisdizionale dell'arbitrato sarebbe stato confermato, del resto, dall'assenza di qualunque potere autoritativo in capo agli arbitri; cfr. CHIOVENDA, *op. cit.*, 110 e, più recentemente, SATTA, PUNZI, *op. cit.*, 1055. Sia la tesi di Chiovenda sia quella di Satta negavano, dunque, qualunque autonomia al lodo: la prima riconducendolo a un mero presupposto del decreto di omologa; la seconda a mera integrazione del compromesso. Per un esame critico di tali posizioni v. TOMBARI, *op. cit.*, 1034.

codice di rito, e a munirlo di un'efficacia esecutiva non dissimile da quella riconosciuta dall'ordinamento ai titoli di formazione stragiudiziale, senza incidere sulla sua natura intimamente negoziale³³. Di qui l'espunzione della questione della sussistenza della *potestas* arbitrale dall'ambito delle questioni processuali e la sua riconduzione a quello delle questioni sostanziali; conclusione, questa, che appariva inoltre confortata dal fatto che tutte le controversie in ordine alla sussistenza della *potestas* arbitrale si risolvessero in controversie sulla validità e sui limiti di un accordo negoziale, quale era il patto compromissorio, dunque in controversie la cui risoluzione, al pari di tutte le controversie nascenti da un contratto, passava necessariamente per l'accertamento dell'originaria volontà delle parti e l'applicazione di norme sostanziali³⁴.

Altri interpreti, infine, pur discutendo sulla natura più o meno giurisdizionale dell'arbitrato (o, per lo meno, del suo prodotto finale), ma ritenendo comunque non appropriato il ricorso alla categoria della competenza, qualificavano l'*exceptio compromissi* come eccezione d'inammissibilità o d'improponibilità della domanda, alla stregua di una qualsiasi altra eccezione volta a far valere un impedimento all'instaurazione del giudizio preesistente al giudizio medesimo³⁵.

Evidenti le conseguenze che l'adesione a tali ricostruzioni avrebbe comportato sul regime dell'eccezione di patto compromissorio.

Benché il regime dei presupposti processuali e il disposto dell'art. 112 c.p.c. potessero indurre a ritenere, in ipotesi, che in difetto di una diversa

³³ SATTÀ, *Commentario*, cit., 312 ss. Nello stesso senso v. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2° ed., Torino, 1994, 52 e PUNZI, *La riforma dell'arbitrato*, cit., 83 e 84, che, a questo proposito, distinguono i c.d. effetti naturali del lodo, fra cui si collocava l'efficacia negoziale, dai c.d. effetti ulteriori conseguenti all'omologa.

³⁴ MONTESANO, *La tutela*, cit., 53; SATTÀ, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato. Ristampa della prima edizione con presentazione di Carlo Furno*, Milano, 1969, 163 ss.; BONGIORNO, *op. cit.*, 139. Più recentemente RUFFINI, *Le Sezioni Unite*, cit., 59.

³⁵ LIEBMAN, *Giudizio arbitrale e connessione di cause* (nota a Cass., 28 febbraio 1964, n. 458), in *Riv. dir. proc.*, 1964, 470;. Queste le posizioni assunte in un secondo momento anche da REDENTI, voce «Compromesso», in *Novissimo Dig. It.*, cit., 792. Nello stesso senso, più recentemente E.F. RICCI, *La Cassazione si pronuncia ancora sulla convenzione di arbitrato rituale: tra l'attaccamento a vecchi schemi e qualche incertezza concettuale* (nota a Cass., Sez. Un., 5 gennaio 2007, n. 35), in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1297 e 1298; ID., *L'arbitrato di fronte*, cit., 506; DANOVÌ, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999, 433 ss., 446 e 447, secondo il quale, per effetto della formulazione dell'*exceptio compromissi* il giudice sarebbe stato chiamato non già a valutare la propria competenza, ma la sussistenza (o l'insussistenza) di un impedimento di carattere pregiudiziale rispetto a qualsiasi ulteriore valutazione in ordine alla proponibilità dell'azione. Infine, qualifica l'*exceptio compromissi* come eccezione di difetto di interesse ad agire TOMBARI, *op. cit.*, 1058 e 1076.

previsione legislativa la sussistenza di un patto compromissorio potesse essere suscettibile di rilievo officioso da parte del giudice³⁶, il carattere volontario dell'arbitrato avrebbe dovuto indurre a ritenere che l'*exceptio compromissi* dovesse essere necessariamente rimessa alla disponibilità delle parti, le quali avrebbero dovuto ritenersi libere di rinunciare in qualsiasi momento all'opzione arbitrale³⁷. Donde l'impossibilità di ricondurre la questione relativa alla sussistenza della *potestas* arbitrale nel novero dei presupposti processuali la cui assenza potesse essere rilevata d'ufficio o in quello delle eccezioni di merito in senso lato³⁸. A fronte di tali considerazioni, nel regime anteriore all'entrata in vigore della n. 353 del 1990 l'eccezione avrebbe potuto essere formulata in qualsiasi momento e financo in appello³⁹, mentre con l'entrata in vigore della legge n. 534 del 1995 il suo regime sarebbe stato quello di cui all'art. 180, 2° comma, c.p.c., che consentiva al giudice di differire l'udienza di trattazione a una data successiva, assegnando alle parti termine perentorio, non superiore a venti giorni prima di essa per proporre le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio⁴⁰. Superfluo aggiungere che, secondo gli orientamenti sopra richiamati, contro la decisione resa sull'*exceptio compromissi* non sarebbe stato esperibile il regolamento di competenza, ma l'appello e il ricorso per cassazione⁴¹.

Da ultimo, occorre dare evidenza di quell'orientamento dottrinario, invero minoritario, per il quale l'eccezione di patto compromissorio sarebbe stata assimilabile a un'eccezione di difetto di giurisdizione. Secondo tale orientamento, la stipula di un patto compromissorio, sottraendo la controversia non già ad un

³⁶ Cfr. CONSOLO, *Corollari applicativi e qualche instabilità della nuova stagione giurisprudenziale sull'arbitrato*, in *Rass. for.*, 2004, 941.

³⁷ TOMBARI, *op. cit.*, 1073; SATTA, *Commentario*, cit., 210.

³⁸ BOVE, *Sul regime*, cit., 252 e 253; PUNZI, *Disegno*, cit., I, 2000, 144; DANOVÌ, *La pregiudizialità*, cit., 435.

³⁹ Analogamente, dunque, all'eccezione di patto compromissorio irrituale, da sempre considerata eccezione di merito; cfr. Cass., 30 dicembre 2003, n. 19865. In dottrina, in senso contrario alla deducibilità dell'eccezione *in limine litis* pure REDENTI, voce «Compromesso», in *Novissimo Dig. It.*, cit., 792; per la necessità di eccepire l'incompetenza entro il primo termine utile v. invece TOMBARI, *op. cit.*, 1075.

⁴⁰ Così SOTGIU, *Natura e regime*, cit., 316; G.F. RICCI, *Sub art. 819 bis c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2001, 364; DANOVÌ, *La pregiudizialità*, cit., 437). Da ciò conseguiva che l'eccezione di patto compromissorio avrebbe potuto essere fatta valere a giudizio pendente già da svariati mesi e dopo che il convenuto si fosse difeso compiutamente nel merito; cfr. BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite ed il regime*, cit., 517. Per questo motivo, infatti, quest'ultimo A. ipotizza l'estensione, sia pur in via analogica, delle norme sulla competenza, cfr. BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite ed il regime*, cit., 525.

⁴¹ DANOVÌ, *La pregiudizialità*, cit., 448; FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, 43; TOMBARI, *op. cit.*, 1077.

singolo giudice (segnatamente a quello che sarebbe stato competente a conoscerla secondo i normali criteri di competenza di materia, valore e territorio), ma a tutti i giudici dello Stato, avrebbe determinato un rapporto *ad escludendum* fra l'intero ordine giudiziario ed un soggetto ad esso estraneo, l'arbitro, che a detto ordine sarebbe andato a sostituirsi⁴². Tale ricostruzione avrebbe trovato conferma nel fatto che, nell'ordine logico delle questioni, l'esame dell'eccezione di patto compromissorio precedesse sempre quello dell'eccezione d'incompetenza del giudice adito rispetto agli altri uffici giudiziari⁴³. Dalla collocazione dell'arbitrato entro i fenomeni di deroga alla giurisdizione ordinaria sarebbe conseguita l'applicazione, nei rapporti fra arbitri e giudici ordinari, delle norme che regolavano il rilievo del difetto della giurisdizione nei confronti dei giudici speciali, ivi compreso il regolamento di giurisdizione⁴⁴.

Fino agli anni duemila, le prime due ricostruzioni non hanno mai incontrato il favore della giurisprudenza, rimanendo di fatto appannaggio della dottrina. L'ultima, invece, pur non trovando riscontri giurisprudenziali con riferimento ai rapporti fra arbitrato e processo ordinario⁴⁵ ha conosciuto un

⁴² LESSONA, *Conflitto tra arbitri e giudice ordinario e regolamento di giurisdizione* (nota a Cass., Sez. Un., 23 febbraio 1946), in *Riv. dir. proc.*, 1946, 6 ss. In tal senso, più recentemente, LUIO, *Diritto processuale civile*, Milano, 1997, 311. In senso contrario all'assimilazione dei rapporti fra arbitrato e processo ordinario ai rapporti fra giurisdizioni BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 249 ss.; DANONI, *La pregiudizialità*, cit., 397, secondo i quali l'arbitrato, pur essendo alternativo alla giurisdizione ordinaria, si pone nella stessa sfera di operatività di quest'ultima, mentre la ripartizione dei poteri fra giudici appartenenti a diversi ordini avviene in modo da fare sì che ciascuna giurisdizione operi senza commistioni con le altre. Nell'arbitrato, invece, si verifica un fenomeno esattamente opposto, nel senso che tutte le controversie compromettibili appartengono alla giurisdizione ordinaria (e, dopo la legge 205 del 2000, alla giurisdizione amministrativa) e l'attribuzione agli arbitri di tali controversie comporta una compressione del potere del giudice originariamente fornito della *potestas iudicandi*. In senso contrario, sia pur in ragione di diverse considerazioni, anche RUFFINI, *Le Sezioni Unite*, cit., 59, il quale evidenzia come l'arbitrabilità di una lite ponga invece un problema di limiti esterni alla funzione giurisdizionale dello Stato nel suo complesso.

⁴³ LUIO, *Diritto*, cit., 1997, 310 e 311.

⁴⁴ LESSONA, *op. cit.*, 8. Più recentemente, in senso favorevole alla rilevanza officiosa della sussistenza e dei limiti della competenza arbitrale sembrano orientate anche GIACOBBE, D'ALESSANDRO, *L'arbitrato*, Milano, 1999, 129. In senso contrario al rilievo officioso e all'esperibilità del regolamento di giurisdizione FAZZALARI, voce «Arbitrato nel diritto processuale civile», in *Digesto Civ., Aggiornamento*, 1, Torino, 2000, 91, ID., *L'arbitrato*, cit., 42, il quale pur accettando l'idea che l'arbitrato comporti un difetto di giurisdizione, respinge categoricamente la possibilità che l'*exceptio compromissi* possa essere rilevata d'ufficio o legittimare le parti a chiedere il regolamento di giurisdizione; analogamente TOMBARI, *op. cit.*, 1043.

⁴⁵ Anzi, in molti dei precedenti in principio citati, la Corte di cassazione aveva qualificato l'eccezione di patto compromissorio come eccezione d'incompetenza proprio per escludere la possibilità di ricondurre i rapporti fra arbitri e giudici al *genus* della giurisdizione. In proposito v. Cass., 28 agosto 2000, n. 11218, cit.; Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2000, n. 15, cit., 1833; Cass., 8 febbraio 1999, n. 1079, cit., 2308.

discreto successo nell'ambito dei rapporti fra l'arbitrato e la giurisdizione esclusiva. Prima dell'introduzione della legge n. 205 del 2000 (su cui ritorneremo *infra*) la giurisprudenza di legittimità è infatti ricorsa alla categoria del difetto di giurisdizione per identificare l'eccezione con cui si fosse contestata la *potestas* del giudice privato facendo valere la soggezione della controversia alla giurisdizione amministrativa⁴⁶. La riconduzione dell'arbitrato entro la giurisdizione ordinaria conseguente alla teoria della giurisdizionalizzazione *ex post* su cui ci siamo soffermati in principio aveva infatti legittimato l'idea che il rapporto fra giudici speciali e arbitri dovesse essere considerato alla stregua del rapporto che intercorreva fra i giudici speciali e i giudici ordinari (di cui gli arbitri erano sostituiti), ossia come rapporto fra giurisdizioni⁴⁷. Donde l'applicazione delle norme volte a regolare i rapporti fra la giurisdizione ordinaria e quella speciale. In ossequio a quanto previsto dall'art. 37 c.p.c., il difetto di giurisdizione (*i.e.* la nullità della clausola arbitrale avente ad oggetto controversie inerenti a materie riservate alla giurisdizione amministrativa) sarebbe stato rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, con il solo limite del giudicato⁴⁸ mentre, in pendenza del procedimento davanti al giudice speciale, sarebbe stato possibile per le parti proporre regolamento preventivo di giurisdizione ai sensi dell'art. 41 c.p.c.⁴⁹. Quest'ultimo strumento non sarebbe stato però utilizzabile in sede arbitrale, posto che, al momento dell'introduzione della lite (e fino all'omologa del lodo), il procedimento sarebbe stato privo del requisito della giurisdizionalità,

⁴⁶ Cass., Sez. Un., 10 dicembre 1981, n. 6532, cit.; Cass., Sez. Un., 4 luglio 1981, n. 4360, cit.; Cass., Sez. Un., 9 maggio 1956, n. 1505, cit. In dottrina MIRABELLI, GIACOBBE, *op. cit.*, 90. Sul punto v. BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 313 ss.

⁴⁷ Cass., Sez. Un., 10 dicembre 1981, n. 6532, cit.; Cass., Sez. Un., 4 luglio 1981, n. 4360, cit.; Cass., Sez. Un., 9 maggio 1956, n. 1505, cit., secondo il quale l'impossibilità di ricondurre i rapporti fra arbitri e giudici speciali nell'ambito dei rapporti di giurisdizione sarebbe stata inoltre confermata dall'assenza, fra i motivi di nullità enucleati dall'art. 829 c.p.c., della violazione delle norme sulla giurisdizione. Secondo l'A., il problema legato alla devoluzione in arbitrato di controversie rientranti nella giurisdizione del giudice speciale avrebbe però dovuto essere considerato sotto il profilo dell'invalidità/inesistenza dell'accordo arbitrale in ragione della non compromettibilità della controversia (tema su cui ritorneremo *amplius* più avanti) e non sotto il profilo del difetto di giurisdizione; in tal senso anche SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 215 e, più recentemente, GIACOBBE, D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 134.

⁴⁸ Cass., Sez. Un., 4 luglio 1981, n. 4360, cit.

⁴⁹ Cass., Sez. Un., 9 maggio 1956, n. 1505, cit.; in dottrina GIACOBBE, D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 134. In senso contrario ANDRIOLI, *Procedura arbitrale e regolamento di giurisdizione*, in *Foro it.*, 1956, I, 850.

indispensabile per la proposizione del regolamento di giurisdizione⁵⁰. Né esso sarebbe stato utilizzabile nel corso del procedimento d'impugnazione della sentenza arbitrale; in tal caso, infatti, la proposizione del regolamento di giurisdizione sarebbe stata preclusa proprio dall'esistenza di un provvedimento giurisdizionale, quale era considerata la sentenza arbitrale⁵¹. Di qui la necessità di far valere la carenza di *potestas* arbitrale attraverso lo strumento dell'impugnazione per nullità, la quale avrebbe dovuto essere proposta davanti all'autorità giudiziaria indicata dall'art. 828 c.p.c., funzionalmente competente a conoscere della nullità dei lodi rituali⁵².

Alla categoria del difetto di giurisdizione la giurisprudenza è infine ricorsa, in passato, per descrivere l'ipotesi in cui le parti avessero stipulato un patto compromissorio per arbitrato estero, ossia laddove avessero inteso risolvere la controversia attraverso un arbitrato avente sede al di fuori dei confini nazionali⁵³. Per i giudici di legittimità, l'opzione per un arbitrato estero avrebbe privato il giudice nazionale della giurisdizione in favore di un ordinamento straniero, con la conseguenza che, laddove la controversia fosse stata comunque instaurata in Italia, le parti avrebbero potuto eccepire il difetto di giurisdizione del giudice italiano e proporre regolamento preventivo di giurisdizione ai sensi dell'art. 41 c.p.c.⁵⁴.

3. Le riforme del 1983 e del 1994, il *revirement* giurisprudenziale del 2000 e l'affermazione della natura negoziale dell'arbitrato

La disciplina dell'arbitrato – e con essa l'orientamento giurisprudenziale poc'anzi illustrato – rimase invariata per più di quarant'anni, fino all'avvento della legge n. 28 del 9 febbraio 1983, seguita a distanza di dieci anni dalla legge n.

⁵⁰ Cass., Sez. Un., 24 maggio 1995, n. 5960, in *Giust. civ.*, 1995, 2365; Cass., Sez. Un., 9 maggio 1956, n. 1505, cit.; Cass., Sez. Un., 31 luglio 1950, n. 2250, in *Giur. it.*, 1952, I, 1, 359, con nota senza titolo di FURNO.

⁵¹ Cass., Sez. Un., 10 dicembre 1981, n. 6532, cit. In dottrina ANDRIOLI, *Procedura*, cit., 853.

⁵² ANDRIOLI, *Procedura*, cit., 853.

⁵³ MIRABELLI, GIACOBBE, *op. cit.*, 1994, 91.

⁵⁴ Cass., Sez. Un., 17 maggio 1995, n. 5397, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 30; Cass., 19 novembre 1979, n. 6017. In dottrina GIACOBBE, D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 135. Tale impostazione è stata poi confermata dalla legge n. 218 del 1995 che, nel riformare il diritto internazionale privato, ha disciplinato il patto compromissorio per arbitrato estero come deroga alla giurisdizione italiana. In argomento BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite e la eccezione fondata su accordo compromissorio per arbitrato estero* (nota a Cass., Sez. Un., 15 aprile 2003, n. 6349), in *Riv. arb.*, 2004, 52.

25 del 5 gennaio 1994. Le novità introdotte con tali interventi riformatori furono numerose; in questa sede ci sembra opportuno valorizzare soltanto su quegli aspetti che contribuirono in modo più significativo al progressivo ripensamento, da parte della giurisprudenza, del proprio tratteggio orientamento, ossia sulle modifiche che interessarono il deposito, l'efficacia e l'impugnazione della decisione arbitrale.

Con la mini-riforma del 1983, il legislatore intervenne sulla disciplina del lodo al fine di adeguare il nostro ordinamento alla convenzione di New York sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere del 10 giugno 1958. In quell'occasione, il legislatore, pur lasciando inalterata la disposizione contenuta nell'art. 825, 3° comma, c.p.c., inserì, al quarto comma dell'art. 823 c.p.c., una previsione in forza della quale la decisione arbitrale avrebbe avuto «*efficacia vincolante tra le parti dalla data della sua ultima sottoscrizione*»⁵⁵. Egli intervenne inoltre sulla disciplina del deposito del lodo, portando a un anno il termine previsto dalla legge, ponendo il relativo onere in capo alla parte che intendesse «*far eseguire il lodo nel territorio della Repubblica*» e sopprimendo il motivo di nullità previsto dall'art. 829, 1° comma, n. 5, c.p.c. Rimase invece inalterata la disciplina dei mezzi d'impugnazione, i quali, ai sensi dell'art. 827 c.p.c., continuavano ad essere esperibili nei confronti della «*sentenza arbitrale*». Tale intervento determinò l'insorgere di un vivace dibattito in ordine all'efficacia del lodo non ancora omologato, al suo regime d'impugnazione e alle conseguenze del mancato deposito⁵⁶.

⁵⁵ Tale disposizione venne introdotta proprio per armonizzare la normativa domestica alla convenzione internazionale di cui al testo, che prevede quale condizione sufficiente per il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza arbitrale il fatto che essa sia divenuta obbligatoria per le parti. Attraverso questa disposizione, il legislatore eliminò il c.d. *double exequatur*, consentendo così che il lodo italiano potesse essere riconosciuto all'estero anche se non omologato (e non più omologabile) in Italia. In argomento v. E.F. RICCI, *La natura dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*, (nota a Cass., Sez. Un., 3 agosto 2000, n. 527), in *Riv. dir. proc.*, 2001, 271; PUNZI, *La riforma dell'arbitrato*, cit., 85.

⁵⁶ Diverse le tesi prospettate dalla dottrina. Secondo un primo orientamento (PUNZI, *La riforma dell'arbitrato*, cit., 84 e 85), l'efficacia iniziale del lodo sarebbe stata quella di un negozio e tale sarebbe rimasta anche dopo l'omologa, la quale si sarebbe limitata a dotare di efficacia esecutiva. Per altri (MONTESANO, *Negozio e processo nel nuovo arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 214), il lodo non omologato (ma ancora omologabile) sarebbe stato addirittura privo dell'efficacia negoziale, limitandosi a proteggere l'eventuale adempimento spontaneo da una *condictio indebiti*. Una volta ottenuto l'*exequatur*, il lodo sarebbe divenuto sentenza (in tal senso continuava, infatti, a disporre l'art. 825 c.p.c.); in caso contrario, esso avrebbe acquisito la piena efficacia di negozio. Secondo un terzo orientamento (E.F. RICCI, *Sull'efficacia del lodo*, cit., 639, 647 e 653; FRANCHI, *Brevissime osservazioni sulla legge 6 febbraio 1983, n. 28 contenente modificazioni alla disciplina*

Le incertezze provocate da queste modifiche imposero al legislatore di mettere nuovamente mano alla disciplina dell'arbitrato⁵⁷. Con la legge n. 25 del 1994, egli pose in essere un intervento di respiro ampio e articolato, che spaziava dalla fase introduttiva del procedimento a quella dell'impugnazione⁵⁸. Con specifico riferimento alla disciplina del lodo, il legislatore soppresse la previsione contenuta nell'art. 825, 3° comma, c.p.c., sostituì ogni riferimento alla «*sentenza arbitrale*» con il termine «*lodo*» ed eliminò definitivamente l'obbligo di deposito⁵⁹, sganciando l'esperibilità dei mezzi d'impugnazione dalla previa omologa giudiziaria⁶⁰.

dell'arbitrato, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 219), la *ratio* ispiratrice dell'intervento riformatore (ossia l'agevolazione della circolazione all'estero del lodo italiano) avrebbe invece consentito di riconoscere al lodo non (ancora) omologato gli effetti propri della decisione, con la sola eccezione dell'effetto esecutivo, conseguente all'*exequatur*.

Con riferimento al regime impugnatorio della decisione arbitrale, i primi due orientamenti (PUNZI, *La riforma dell'arbitrato*, cit., 90; MONTESANO, *Negozio e processo*, cit., 215 e 219) consideravano la previa omologazione da parte dell'autorità giudiziaria condizione necessaria per la proposizione delle impugnazioni previste dalla disciplina codicistica; con la conseguenza che, fintanto che il lodo non fosse stato depositato (o laddove esso non fosse stato più depositabile), nei suoi confronti sarebbero state esperibili solo le impugnazioni negoziali. Il secondo orientamento (E.F. RICCI, *Sull'efficacia del lodo*, cit., 649 ss.) negava, invece, che nei confronti del lodo rituale non omologato fossero esperibili impugnazioni di tipo negoziali e, al contrario, sosteneva che esso fosse immediatamente impugnabile ai sensi dell'art. 827 c.p.c.

Quanto, infine, al caso del mancato deposito, il carattere perentorio del termine previsto dal novellato art. 825 c.p.c. portava a ritenere che l'inutile decorso di tal termine precludesse alle parti la possibilità l'*exequatur* in Italia (con la conseguenza che esso avrebbe potuto costituire titolo per le ordinarie azioni di cognizione o per i ricorsi monitori; cfr. MONTESANO, *Negozio e processo*, cit., 1984, 219); ciò nondimeno, il lodo avrebbe conservato la propria efficacia vincolante (negoziale) ex art. 823 c.p.c. e, dunque, le parti avrebbero potuto ottenere la dichiarazione di esecutività all'estero, in forza della Convenzione di New York (PUNZI, *La riforma dell'arbitrato*, cit., 88). Per altri, invece, l'inutile decorso del termine annuale avrebbe reso il lodo *tout court* improduttivo di effetti.

Il dibattito sopra richiamato non ebbe grande eco presso la giurisprudenza, la quale, per lo più, continuò a seguire il proprio pregresso orientamento, secondo il quale l'omologa giudiziaria avrebbe conferito alla decisione arbitrale il rango di sentenza e continuò altresì ad opinare nel senso che la decisione arbitrale fosse impugnabile ai sensi dell'art. 827 c.p.c. solo una volta omologata (Cass., 22 aprile 1989, n. 1929).

⁵⁷ PUNZI, *Disegno*, cit., I, 2012, 111; ID., «*Efficacia di sentenza*» del lodo, in *Riv. arb.*, 2005, 826.

⁵⁸ Oltre alle modifiche di cui appresso nel testo al testo, ricordiamo l'attribuzione alla Corte d'appello della competenza funzionale rispetto all'impugnazione del lodo, l'inserimento, fra i motivi di nullità della decisione arbitrale, della contrarietà a precedente lodo non impugnabile o a sentenza passata in giudicato, l'impugnabilità del lodo con l'opposizione di terzo, l'assimilazione della domanda d'arbitrato alla domanda giudiziale, la possibilità di trascrivere il lodo reso esecutivo al pari della sentenza, il superamento della regola giurisprudenziale della *vis attractiva*, nonché il superamento dell'automatismo che, fino a quel momento, caratterizzava il passaggio dalla fase rescindente a quella rescissoria in sede d'impugnazione; in generale sulla riforma v. FAZZALARI, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1994, 1 ss.

⁵⁹ La dichiarazione di esecutività sarebbe quindi divenuta meramente eventuale e richiedibile senza limiti di tempo; cfr. TARZIA, *Sub art. 19*, in *Legge 5 gennaio 1994 n. 25*, a cura di Giuseppe Tarzia, Riccardo Luzzatto ed Edoardo Flavio Ricci, Padova, 1995, 153. Come rilevato da E.F. RICCI, *L'«efficacia vincolante» del lodo arbitrale dopo la legge n. 25 del 1994*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994., 815, in questo modo veniva definitivamente superato il problema legato alla sorte

Nell'abrogare il terzo comma dell'art. 825 c.p.c., il legislatore rimosse l'addentellato normativo sul quale era stata costruita la teoria della giurisdizionalizzazione *a posteriori*⁶¹. Per effetto di tale modifica, l'omologazione non avrebbe avuto più la funzione di far rientrare l'attività degli arbitri nell'ambito della giurisdizione ordinaria, ma solo quella di attribuire al lodo l'efficacia esecutiva⁶²; con la conseguenza che gli arbitri sarebbero divenuti titolari del potere di emettere una decisione vincolante per le parti *ab origine* e senza la necessità di un intervento dell'autorità giudiziaria⁶³. Tuttavia, dal momento che tale decisione non sarebbe stata più trasformata in sentenza per effetto dell'omologa giudiziale, sarebbe stato necessario stabilire se l'efficacia vincolante ad essa attribuita dall'art. 823 c.p.c. fosse l'efficacia propria del negozio o quella della sentenza⁶⁴. A seconda della risposta data al quesito, il lodo avrebbe potuto esplicitare o meno i medesimi effetti di cui all'art. 2909 c.c., avrebbe potuto incidere o meno sui rapporti giuridici dipendenti da quelli oggetto della decisione, nonché sui diritti dei terzi che fossero stati titolari di tali rapporti, avrebbe potuto spiegare o meno efficacia nei confronti dei successori e degli avanti causa delle parti, infine, sarebbe stato in grado di sopravvivere o meno alla

del lodo non depositato che, prima della riforma e in ossequio al regime anteriore alla novella del 1983, aveva indotto taluno a ritenere che l'inutile decorso del termine annuale previsto dall'art. 825 c.p.c. determinasse l'automatica caducazione della decisione arbitrale.

⁶⁰ All'art. 827 c.p.c. venne infatti previsto che i mezzi d'impugnazione sarebbero stati proponibili «*indipendentemente dal deposito del lodo*»: oggetto dell'impugnazione non era quindi più la sentenza arbitrale, ma il lodo, con la conseguenza che il termine lungo per la proposizione dell'impugnazione per nullità sarebbe decorso non più dal provvedimento di concessione dell'omologa, ma «*dalla data della sua ultima sottoscrizione*»; sul punto TARZIA, *Sub art. 19*, in *Legge 5 gennaio 1994 n. 25*, cit., 152; PUNZI, *Sub art. 19*, in *La riforma dell'arbitrato. Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, a cura di Piero Bernardini, Giorgio De Nova, Raffaele Nobili e Carmine Punzi, Milano, 1994, 73 ss.; FAZZALARI, *Sub art. 827 c.p.c.*, in *La riforma dell'arbitrato*, a cura di Antonio Briguglio, Elio Fazzalari e Roberto Marengo, Milano, 1994, 192.

⁶¹ BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 180; VACCARELLA, *Questioni di litispendenza e competenza nei rapporti fra arbitri e giudici*, in *Giust. civ.*, 1997, I, 1, 271; BOVE, *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza di un patto compromissorio* (nota a Cass., 25 gennaio 1997, n. 781), in *Riv. arb.*, 1997, 543; D'ALESSANDRO, *Eccezione di patto compromissorio e vecchie questioni in materia di arbitrato* (nota a Cass., 11 marzo 1997, n. 2175), in *Riv. arb.*, 1997, 554.

⁶² Oltre alla funzione di rendere il lodo trascrivibile in tutti i casi nei quali fosse soggetta a trascrizione la sentenza avente il medesimo contenuto e di renderlo titolo idoneo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. Sul punto BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 184; E.F. RICCI, *L'«efficacia vincolante»*, cit., 813; TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali e tra lodi e sentenze*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 632.

⁶³ PUNZI, *Dalla crisi*, cit., 9; VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2888 e 2889. Così anche RUBINO SAMMARTANO, nota Cass., Sez. Un., 3 agosto 2000, n. 527, in *Foro pad.*, 2001, I, 34 ss.

⁶⁴ E.F. RICCI, *L'«efficacia vincolante»*, cit., 813 e 816.

dichiarazione di incostituzionalità di una norma di legge e allo *ius superveniens* retroattivo⁶⁵.

Una parte della dottrina ritenne che, con il proprio intervento, il legislatore avesse determinato una sostanziale assimilazione dell'attività svolta dagli arbitri a quella demandata ai giudici ordinari, cui sarebbe conseguita l'assimilazione del lodo alla sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria⁶⁶. E da tale assimilazione

⁶⁵ Le conseguenze derivanti dall'adozione dell'una o dell'altra soluzione sono ben esplicitate da D'ALESSANDRO, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in *Commentario alle riforme*, cit., 963 ss. e da MENCHINI, *La natura e la disciplina dell'eccezione con la quale è fatta valere l'efficacia di un precedente lodo non più impugnabile* (nota a Cass., 27 novembre 2001, n. 15023), in *Riv. arb.*, 2002, 293 ss.

⁶⁶ BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 205 ss.; VERDE, *L'arbitrato e la giurisdizione ordinaria*, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di Giovanni Verde, 3 ° ed., Torino, 2005, 25; ID., *Pubblico e privato nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2002, 640; E.F. RICCI, *La «funzione giudicante degli arbitri» e l'efficacia del lodo (Un grand arret della Corte Costituzionale)*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 352, 356, 378, 380; ID., *La Cassazione insiste sulla natura «negoziale» del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici* (nota a Cass., 27 novembre 2001, n. 15023), in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1242, 1243 e 1244; ID., *L'«efficacia vincolante»*, cit., 817; MENCHINI, *La natura*, cit., 296, 297 e 298; VACCARELLA, *Il coraggio*, cit., 2888 e 2889; RUBINO SAMMARTANO, nota a Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2000, n. 15, cit.; Coll. Arb., Roma, 2 marzo 1996, in *Riv. arb.*, 1996, 353, con nota di LEPRI, *Arbitrato rituale, pendenza della stessa causa innanzi al giudice statale ed applicazione dell'art. 39, 1° comma, c.p.c.* In senso favorevole a tale conclusione avrebbero militato numerose circostanze. In primo luogo, l'abrogazione della previsione contenuta nell'art. 825, 5° comma, c.p.c., che, all'indomani della riforma del 1983, costituiva uno degli ostacoli di carattere letterale al riconoscimento in capo al lodo non omologato dell'efficacia propria della sentenza. In secondo luogo, l'introduzione del motivo di nullità di cui all'art. 829, 1° comma, n. 8 c.p.c., che consentiva l'impugnazione del lodo per contrarietà a precedente giudicato o a precedente lodo non impugnabile, segno dell'equivalenza, quanto a efficacia, fra la decisione arbitrale e quella giurisdizionale, le previsioni di cui all'art. 819 c.p.c. in tema di questioni pregiudiziali e, infine, il disposto dell'art. 819 bis c.p.c. in tema di connessione (non sarebbe stato, infatti, concepibile un negozio la cui formazione fosse soggetta a un precedente giudicato, all'eventuale sospensione per pregiudizialità e agli eventuali problemi di connessione con la lite giudiziaria). Ancora, il riconoscimento, in capo alla domanda d'arbitrato, dei medesimi effetti attribuiti alla domanda giudiziale, nonché l'attribuzione ad un giudice di secondo grado della competenza funzionale a conoscere dell'impugnazione di un lodo e la prevista possibilità di impugnare il lodo attraverso l'opposizione di terzo, unitamente all'attribuzione della competenza funzionale a conoscere delle impugnative arbitrali alla Corte d'appello, cioè ad un giudice di secondo grado, laddove, se il lodo avesse avuto natura di contratto, l'impugnazione avrebbe dovuto essere rimessa al Tribunale. Tutte queste innovazioni rispondevano del resto all'intenzione del legislatore (esplicitata nella Relazione della seconda Commissione permanente (Giustizia) comunicata alla Presidenza del Senato il 30 luglio 1993 relativa al disegno di legge n. 633, contenente le «Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale»; in argomento PUNZI, voce «Arbitrato», cit., 6) di abbandonare definitivamente un'impostazione conforme alla «*natura privata del lodo costituente l'epilogo di un'attività scaturente dall'autonomia contrattuale delle parti e quindi diversa da quella giudiziaria*», andando a rafforzare quelli gli argomenti che tradizionalmente impiegati a sostegno della natura giurisdizionale dell'arbitrato, quali la funzione dell'istituto, volta alla risoluzione di controversie attraverso l'applicazione obiettiva del diritto al caso concreto (MENCHINI, *La natura*, cit., 296; BOVE, *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.*, 1999, 410 e 411), la soggezione del procedimento alle garanzie di contraddittorio e di imparzialità del giudicante tipiche della giurisdizione ordinaria e la sua collocazione fra i procedimenti speciali disciplinati dal codice di procedura civile; circostanza, questa, che induceva parte degli interpreti a ritenere che i poteri degli arbitri non derivassero dalle parte, ma direttamente dalla legge (SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 236 e 243; SAMMARCO, *Trasmigrazione del processo dall'arbitro al giudice ordinario* (nota a Cass., 27 maggio 1961, n.

taluni trassero argomento per confermare la riconduzione dei rapporti fra arbitri e giudici nell'ambito delle questioni di competenza⁶⁷, mentre altri ritennero che l'intervento riformatore avesse impresso all'arbitrato un'autonomia tale da giustificare l'assimilazione di tali rapporti a quelli intercorrenti fra la giurisdizione italiana e quella straniera⁶⁸.

1261; MORTARA, *op. cit.*, 52), in *Giust. Civ.*, 1961, I, 1838 e, più recentemente, CONSOLO, MURONI, *L'eccezione di arbitrato rituale come eccezione "di merito" e la supposta inammissibilità del regolamento di competenza* (nota a Cass., 4 giugno 2001, n. 7533 e ad App. Milano, 10 aprile 2001 e MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino, 2008, 138 ss.), in *Corr. giur.*, 2001, 1455) e ad opinare nel senso che l'attività degli arbitri dovesse essere considerata come esercizio della giurisdizione da parte dello Stato, alla quale le parti concorrevano solo ai fini della costituzione del giudice (SCHIZZEROTTO, «*Translatio iudicii*» e *giudizio arbitrale*, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 2039).

L'orientamento di cui al testo avrebbe inoltre trovato riscontro in quanto affermato dalla Corte costituzionale nella celebre sentenza n. 376 del 28 novembre 2001, edita in *Giust. civ.*, 2001, I, 2883, con nota di VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*; in *Riv. arb.*, 2001, 657, con nota di BRIGUGLIO, *Merito e metodo della pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri alla rimessione pregiudiziale costituzionale*, circa la necessità di assicurare, anche in sede arbitrale, l'applicazione di norme costituzionalmente legittime. Con tale sentenza – lo ricordiamo – il Giudice delle leggi ammise gli arbitri a sollevare l'incidente di costituzionalità, ritenendo sufficiente, per aversi giudice *a quo*, l'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* e affermando la sostanziale fungibilità dell'attività svolta dagli arbitri rituali rispetto a quella dei giudici ordinari; fungibilità che, come rilevato da come rilevato da E.F. RICCI, *La «funzione giudicante*, cit., 352, non sarebbe però limitata alla semplice attività logica di giudizio, ma riguarderebbe anche il risultato ultimo di tale attività, ossia la decisione arbitrale. Del resto, se l'arbitrato fosse stato fenomeno negoziale e se il lodo avesse avuto natura di contratto, non vi sarebbe stato alcun obbligo per le parti e per gli arbitri mandatari *ad negotia* di applicare norme legittime sotto il profilo costituzionale; cfr. E.F. RICCI, *La never ending story della natura negoziale del lodo: ora la Cassazione risponde alle critiche*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 567.

⁶⁷ BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 245 e 246; ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 239 ss.

⁶⁸ Consentendo, dunque, l'applicazione in via analogica delle disposizioni contenute nella legge n. 218 del 1995 di riforma del diritto internazionale privato; cfr. BOVE, *Sul regime*, cit., 256; BOVE, *Arbitrato e litispendenza* (nota a Cass., 9 aprile 1998, n. 3676 e ad App. Napoli, 29 settembre 1997), in *Riv. arb.*, 1998, 515; BOVE, *Impugnazione per nullità*, cit., 538 e 543, secondo il quale l'eccezione di patto compromissorio avrebbe potuto essere assoggettata alle previsioni di cui agli artt. 4 e 11 della cennata legge e che pertanto il difetto di giurisdizione del giudice ordinario avrebbe potuto essere rilevato d'ufficio solo in caso di mancata costituzione del convenuto, al quale sarebbe stata rimessa la possibilità di accettare la giurisdizione statale semplicemente costituendosi senza sollevare la relativa eccezione. Pur ipotizzando l'applicazione analogica delle norme che regolano il difetto di giurisdizione, l'A. esclude tuttavia la possibilità di esperire il regolamento di giurisdizione. Analogamente VERDE, *L'arbitrato e la giurisdizione ordinaria*, cit., 29; VERDE, *Pubblico e privato*, cit., 642, il quale evidenzia come la mancanza di una disciplina positiva imponesse l'adozione di una «soluzione pretoria»; GIACOBBE, D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 128; D'ALESSANDRO, *Ancora una volta la Suprema corte nega la translatio iudicii nei rapporti tra giudice e arbitro* (nota a Cass., 12 agosto 1997, n. 7521), in *Riv. arb.*, 1998, 496; LUISO, *Diritto*, cit., 1997, 311. In tal senso pure ATTERITANO, *La qualificazione dell'eccezione di compromesso per arbitrato estero quale eccezione di merito: problematiche connesse di diritto interno e di diritto internazionale* (nota a Cass., Sez. Un., 15 aprile 2003, n. 6349), in *Riv. dir. proc.*, 2005, 279, secondo il quale dall'affermazione per cui la devoluzione della lite in arbitrato avrebbe comportato una rinuncia alla giurisdizione sarebbe stato possibile sottoporre al medesimo unico regime (quello previsto dalla legge n. 218 del 1995) sia l'eccezione di patto compromissorio per arbitrato rituale sia l'eccezione di patto compromissorio per arbitrato estero. In senso contrario

Un secondo gruppo di interpreti intravide invece nelle summenzionate modifiche una conferma della natura *tout court* privatistica dell'arbitrato e, dunque, del carattere squisitamente negoziale del lodo, la cui efficacia sarebbe stata definitivamente assimilata a quella prevista dall'art. 1372 c.c. per il contratto⁶⁹. Di qui la conferma dell'impossibilità di ricondurre i rapporti fra arbitrato e processo ordinario nell'ambito delle questioni di competenza⁷⁰.

Proprio in questa seconda direzione si mosse la giurisprudenza di legittimità.

Il *revirement* giurisprudenziale venne sancito dalla celebre sentenza n. 527 resa dalle Sezioni Unite il 3 agosto 2000⁷¹, allorché la Corte di cassazione, adita con regolamento di giurisdizione proposto in pendenza dell'impugnazione di un lodo, dichiarò l'inammissibilità dell'istanza, ma sulla base di motivazioni radicalmente diverse da quelle utilizzate fino a quel momento. Per i giudici di legittimità, la proponibilità di tale strumento sarebbe stata impedita, infatti, non già dall'esistenza di una precedente decisione (il lodo), ma dal carattere non giurisdizionale dell'istituto arbitrale, quale risultava all'indomani della riforma.

BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 2005, 253 ss. e 258, secondo il quale tale ricostruzione poteva essere apparentemente giustificata dall'assimilazione del patto compromissorio al patto di deroga della giurisdizione italiana, ma sarebbe stata comunque esclusa dalla riconduzione dell'esperienza arbitrale entro l'alveo della giurisdizione ordinaria conseguente all'impugnazione del lodo.

⁶⁹ Sul punto v. PUNZI, voce «Arbitrato», cit., 35; ID., *I principi generali della nuova normativa sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 333 ss.; ID., *L'efficacia del lodo*, cit., 12 ss., il quale valorizza l'espunzione della locuzione «*sentenza arbitrale*», nonché la formulazione dell'art. 829, 1° comma, n. 8, c.c. con cui il legislatore avrebbe opportunamente distinto la «*sentenza passata in giudicato*» dal «*lodo non più impugnabile*»; in tal senso pure RUFFINI, *Le Sezioni Unite*, cit., 57. Tale riqualificazione dell'arbitrato in chiave negozialista avrebbe consentito di superare il dualismo che tradizionalmente caratterizzava l'ordinamento italiano, derivante dalla coesistenza fra arbitrato rituale e arbitrato irrituale, e di ravvisare la distinzione fra i due istituti nella sola possibilità per il lodo rituale di conseguire l'efficacia esecutiva per effetto dell'omologa; cfr. SATTA, PUNZI, *op. cit.*, 1043; PUNZI, voce «Arbitrato», cit., 5.

⁷⁰ PUNZI, *Disegno cit.*, I, 2000, 134 e 142; ID., voce «Arbitrato», cit., 22; ID., *I principi generali*, cit., 333 ss.; ID., *Sub art. 11*, in *La riforma dell'arbitrato. Legge 5 gennaio 1994*, n. 25, cit., 44 e 45, secondo il quale tale conclusione sarebbe stata inoltre confortata dal definitivo superamento della *vis attractiva*, che, come vedremo più avanti, imponeva agli arbitri di declinare la propria competenza in favore dell'autorità giudiziaria dinanzi alla quale fosse stata pendente una causa connessa a quella devoluta in arbitrato.

⁷¹ Cass., Sez. Un., 3 agosto 2000, n. 527, in *Corr. giur.*, 2001, 51, con nota di RUFFINI e MARINELLI, *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione?*; in *Foro pad.*, 2001, I, 34, con nota di RUBINO SAMMARTANO; in *Giust. civ.*, 2001, I, 761, con nota di MONTELEONE, *Le sezioni unite della Cassazione affermano la natura negoziale e non giurisdizionale del c.d. «arbitrato rituale»*; in *Riv. dir. proc.*, 2001, 254, con nota di E.F. RICCI, *dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*; in *Riv. arb.*, 2000, 699, con nota di FAZZALARI, *Una svolta attesa in ordine alla «natura» dell'arbitrato*, le cui argomentazioni erano in parte già state anticipate da Cass., 14 gennaio 1999, n. 345 e da Cass., Sez. Un., 24 maggio 1995, n. 5960, cit.

Le modifiche introdotte in tale occasione, in particolare il superamento del tradizionale meccanismo di *exequatur* e l'abbandono della locuzione sentenza arbitrale in favore del termine lodo avrebbero fugato ogni dubbio in ordine alla natura privata e negoziale del *dictum* arbitrale. La decisione della controversia resa dagli arbitri avrebbe quindi dovuto essere assimilata ad un negozio di accertamento, al quale l'*exequatur* avrebbe attribuito soltanto l'efficacia (esecutiva) della sentenza, senza tuttavia incidere sulla natura intimamente negoziale dello stesso. Il che, sommato alla genesi negoziale dell'arbitrato e alla natura privata del procedimento arbitrale⁷², avrebbe imposto di qualificare l'arbitrato come uno strumento con cui le parti rinunciavano alla giurisdizione statale nel suo complesso, in favore di una soluzione privatistico-negoziale della controversia, che nasceva e si sviluppava nell'ambito della autonomia privata.

Né, in senso contrario, avrebbe potuto deporre la sempre maggiore analiticità della disciplina dettata dal legislatore, essendo essa il sintomo solo della processualizzazione dell'arbitrato e non della sua giurisdizionalizzazione⁷³. Donde l'impossibilità di qualificare la questione inerente alla spettanza della lite agli arbitri piuttosto che al giudice amministrativo come questione attinente al riparto di giurisdizione. Per cui, attesa l'impossibilità di ricorrere alla categoria del difetto di giurisdizione e considerato che tutte le contestazioni della *potestas* arbitrale avrebbero dato origine a un accertamento sulla validità dell'accordo compromissorio (da compiersi attraverso l'applicazione di norme sostanziali), l'*exceptio compromissi* avrebbe dovuto essere qualificata come eccezione di merito e tale sarebbe rimasta non solo dinanzi agli arbitri, ma anche in sede d'impugnazione del lodo, dove il *thema decidendum* sarebbe rimasto sempre circoscritto all'accertamento della validità del patto compromissorio; il che sarebbe stato confermato anche dal tenore dell'art. 829, n. 1 c.p.c. che comminava

⁷² Sul salto logico sussistente fra la genesi negoziale dell'arbitrato e la natura privata del procedimento arbitrale, da un lato, e la natura negoziale del lodo, dall'altro, v. VERDE, *L'arbitrato e la giurisdizione ordinaria*, cit., 25; BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 177; E.F. RICCI, *La «funzione giudicante»*, cit., 373 e 374.

⁷³ In questi termini già FAZZALARI, *La riforma*, cit., 1994, 3, nonché la recente Cass., Sez. Un., 5 maggio 2011, n. 9839, in *Riv. arb.*, 2011, 629, con nota di ROMANO, *Natura dell'arbitrato ed inapplicabilità delle disposizioni sulla procura* e in *www.Judicium.it*, con nota di DEBERNARDI, *Sulla (assenza di) forma nel procedimento arbitrale*.

la nullità del lodo per nullità del compromesso e non per difetto di giurisdizione degli arbitri⁷⁴.

L'orientamento in parola si consolidò molto rapidamente. Nonostante le critiche formulate da una parte consistente della dottrina⁷⁵ e il successivo arresto della Corte costituzionale con cui gli arbitri vennero ammessi a sollevare questioni di legittimità⁷⁶, la Corte di cassazione confermò la natura eminentemente negoziale dell'istituto arbitrale⁷⁷ ed estese le conclusioni raggiunte nella sentenza n. 527 del 2000 anche ai rapporti fra arbitrato e processo ordinario, abbandonando così il proprio tralatizio orientamento secondo il quale l'*exceptio compromissi*

⁷⁴ Sull'ulteriore salto logico sussistente fra la natura non giurisdizionale dell'arbitrato e la qualificazione dell'*exceptio compromissi* in termini di eccezione di merito v. BOVE, *Sul regime*, cit., 251 ss.; BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite ed il regime*, cit., 522; NELA, *Arbitrato rituale*, cit., 2039. Come osservato da RUBINO SAMMARTANO, *Arbitrato, ADR conciliazione*, Bologna, 2009, 474, nella fattispecie concreta decisa dai giudici di legittimità, la qualificazione della questione come questione di merito sarebbe stata accettabile unicamente nel senso che, essendo il regolamento stato proposto nell'ambito del giudizio di nullità del lodo, in tale sede la questione della spettanza della controversia agli arbitri costituiva il merito del giudizio. In senso contrario si rilevava, infatti, che erano numerosi i casi in cui, per pronunciare su un'eccezione di rito, il giudice avrebbe dovuto accertare la validità di un negozio (primo fra tutti il caso dell'eccezione d'incompetenza fondata su un accordo derogativo del foro e di una clausola derogativa della giurisdizione), ma ciò non era sufficiente a provocare lo slittamento della questione verso quelle di natura sostanziale, né a qualificare la relativa pronuncia come decisione di merito; cfr. CONSOLO, *Corollari applicativi*, cit., 940; BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite ed il regime*, cit., 522; ATTERITANO, *La qualificazione dell'eccezione*, cit., 274) e, in giurisprudenza, Cass., 25 ottobre 1982, n. 5568, in *Giust. civ.*, 1983, 1230, in motivazione. L'affermazione delle Sezioni Unite sarebbe stata inoltre foriera di non poche incertezze, dal momento che con il termine "merito" avrebbe dovuto indicarsi unicamente ciò che atteneva alla pretesa dedotta in giudizio e non anche ciò che ineriva alla possibilità di deferire in arbitrato tale pretesa; cfr. BOVE, *Sul regime*, cit., 251; E.F. RICCI, *La Cassazione si pronuncia*, cit., 1294 ss. E attraverso l'eccezione di patto compromissorio, le parti non facevano certo valere un fatto estintivo, impeditivo o modificativo del diritto dedotto in giudizio, tale che, se accertato, avrebbe condotto alla reiezione al rigetto della domanda per infondatezza.

⁷⁵ Preoccupata dei rischi che tale deriva negozialista avrebbe comportato rispetto alla circolazione del lodo italiano all'estero (E.F. RICCI, *La never ending story*, cit., 565; ID., *La Cassazione insiste*, cit., 1240; ID., *La «funzione giudicante»*, cit., 364; ID., *La natura dell'arbitrato*, cit., 263 ss. e 280) e rispetto alla possibilità di sottrarre l'arbitrato all'applicazione dei principi regolatori del giusto processo di cui all'art. 111 Cost. e alla tutela cautelare (VERDE, *L'arbitrato e la giurisdizione ordinaria*, cit., 5 ss.). A tali critiche si contrapponeva, tuttavia, il plauso di altra parte della dottrina, convinta che, con tale nuovo, la giurisprudenza avesse compiuto un importante passo sulla strada della chiarezza; cfr. RUFFINI, *Le Sezioni Unite*, cit., 54.

⁷⁶ Corte cost., 28 novembre 2001, n. 376, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2883, con nota di VACCARELLA, *Il coraggio*, cit., in *Riv. arb.*, 2001, 657, con nota di BRIGUGLIO, *Merito e metodo della pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri alla rimessione pregiudiziale costituzionale*. Sull'irrelevanza della sentenza di legittimità ai fini della qualificazione dell'istituto arbitrale v. Cass., 25 giugno 2002, n. 9289, in *Riv. arb.*, 2002, 514, con nota di BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite ed il regime della eccezione fondata su accordo compromissorio*; in *Giust. civ.*, 2003, 717, con nota di PUNZI, *Natura dell'arbitrato e regolamento di competenza*. Per una critica a tale ultimo precedente v. E.F. RICCI, *La never ending story*, cit., 567.

⁷⁷ Cass., Sez. Un., 6 giugno 2003, n. 9070, in *Riv. arb.*, 2004, 299, con nota di SOTGIU, *Natura e regime dell'eccezione di nullità del patto compromissorio nel giudizio di impugnazione avverso il lodo arbitrale*.

doveva ritenersi assimilabile a un'eccezione d'incompetenza⁷⁸. Le medesime conclusioni vennero poi raggiunte con riferimento al caso in cui fosse stata eccepita o contestata la competenza di arbitri esteri, in relazione al quale la Corte di cassazione negò la possibilità per le parti di sollevare, come in passato, il regolamento preventivo di giurisdizione⁷⁹. Pertanto, in quanto eccezione di merito non rilevabile d'ufficio⁸⁰, fino alle riforme che interessarono il processo civile nel 2005, l'*exceptio compromissi* avrebbe potuto essere sollevata, al più tardi, entro il termine fissato ai sensi dell'art. 180 c.p.c. Dopo tale momento, essa avrebbe trovato la propria *sedes materiae* nell'art. 166 c.p.c. ed avrebbe dovuto essere sollevata nella comparsa di risposta tempestivamente depositata ai sensi dell'art.

⁷⁸ Cass., Sez. Un., 6 luglio 2005, n. 14205; Cass., 3 febbraio 2005, n. 2379, in *Riv. arb.*, 2006, 469, con nota di D'AMBROSIO, *Sull'impugnazione della sentenza dichiarativa della nullità del lodo per invalidità del patto compromissorio*; Cass., 21 settembre 2004, n. 18917, in *Riv. arb.*, 2006, 82, con nota di MOTTO, *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti*; Cass., 21 luglio 2004, n. 13516, in *Corr. giur.*, 2005, 651, con nota di MURONI, *La litispendenza arbitrale prima e dopo la novella del 1994: rapporto processuale e rapporto negoziale parti-arbitri*; in *Riv. arb.*, 2005, 523, con nota di SANTAGADA, *Rapporti tra giurisdizione ordinaria e arbitrato: una peculiare questione di diritto intertemporale*; Cass., Sez. Un., 25 giugno 2002, n. 9289, in *Riv. arb.*, 2002, 511, con nota di BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite ed il regime della eccezione fondata su accordo compromissorio*, e in *Giust. civ.*, 2003, 717, con nota di PUNZI, *Natura dell'arbitrato e regolamento di competenza*; Cass., 4 giugno 2001, n. 7533, in *Corr. giur.*, 2001, 1448, con nota di CONSOLO, MURONI, *L'eccezione di arbitrato rituale come eccezione "di merito" e la supposta inammissibilità del regolamento di competenza*; Cass., 1 febbraio 2001, n. 1403, in *Giur. it.* 2001, I, 1, 2035, con nota di NELA, *Arbitrato rituale e regolamento necessario di competenza*; fra le pronunce di merito, Trib. Sciacca, 17 gennaio 2005, n. 9, in *Riv. arb.*, 2007, 337, con nota di PICOZZA, *In tema di eccezione di compromesso*.

⁷⁹ Cass., Sez. Un., 5 gennaio 2007, n. 35, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1293, con nota di E.F. RICCI, *La Cassazione si pronuncia ancora sulla convenzione di arbitrato rituale: tra l'attaccamento a vecchi schemi e qualche incertezza concettuale*; Cass., Sez. Un., 15 aprile 2003, n. 6349, in *Riv. arb.*, 2004, 39, con nota di BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite e la eccezione fondata su accordo compromissorio per arbitrato estero*; in *Riv. dir. proc.*, 2005, 267, con nota di ATTERITANO, *La qualificazione dell'eccezione di compromesso per arbitrato estero quale eccezione di merito: problematiche connesse di diritto interno e di diritto internazionale*; in *Corr. giur.*, 2004, 919, con nota di 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*, in cui la Corte di cassazione, nell'interpretare le disposizioni contenute nella Convenzione di New York, rileva che, optando per un arbitrato estero, le parti avrebbero rinunciato a ogni tipo di giurisdizione, italiana o estera, che l'individuazione del meccanismo processuale attraverso il quale il giudice adito si spogli della controversia rilevando l'esistenza di una convenzione per arbitrato estero sia rimesso al giudice nazionale e che la verifica della valida esistenza della clausola arbitrale compete non già al giudice munito di giurisdizione ma a qualsiasi giudice dinanzi al quale sia proposta la domanda. Come rileva BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite e la eccezione fondata*, cit., 56, la qualificazione dell'eccezione di arbitrato estero in termini di eccezione di merito avrebbe precluso alle parti il ricorso al regolamento di giurisdizione anche per la decisione della questione di giurisdizione vera e propria, dal momento che, laddove l'eccezione di arbitrato fosse stata respinta, la proposizione del regolamento sarebbe stata impedita dalla previa pronuncia di una sentenza di merito.

⁸⁰ Cass., 30 dicembre 2003, n. 19865; Cass., 8 agosto 2001, n. 10925, in *Giust. civ.*, 2002, I, 71.

167 c.p.c.⁸¹. Evidente, infine, che la decisione resa su tale eccezione sarebbe stata soggetta non più al regolamento di competenza, ma all'appello⁸².

4. La riforma del 2006 e l'affermazione della natura giurisdizionale dell'arbitrato

Con il d.lgs. n. 40 del 2 febbraio 2006 il legislatore ha nuovamente messo mano all'intera disciplina dell'arbitrato. In ossequio all'ampio mandato conferitogli dalla legge n. 80 del 14 maggio 2005, il legislatore delegato è intervenuto sulla quasi totalità delle disposizioni contenute nel codice di rito, introducendo numerose e significative novità. Non v'è quasi norma del Titolo VIII del Libro IV che non sia stata toccata dall'intervento riformatore; intervento che, in conformità alle indicazioni provenienti dal Parlamento, si è caratterizzato per l'esplicito riconoscimento della natura sostanzialmente giurisdizionale dell'arbitrato rituale⁸³. Ai fini che rilevano in questa sede, occorre soffermarsi in particolare sulle novità introdotte con riferimento alla disciplina del lodo e su quelle che hanno interessato il tema dei rapporti fra arbitri e autorità giudiziaria; tema che, grazie a tale riforma, ha trovato finalmente una (sia pur non definitiva) sistemazione.

Per quanto riguarda il primo tema, il legislatore delegato ha introdotto l'art. 824 *bis* c.p.c. a mente del quale, salvo quanto disposto dall'art. 825 c.p.c., il lodo ha «*dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria*»⁸⁴. Per effetto di tale disposizione, il lodo rituale (anche non omologato) dovrebbe poter essere equiparato alla sentenza resa dall'autorità giudiziaria, salva soltanto la necessità di conseguire il predicato

⁸¹ Cass., 8 agosto 2001, n. 10925, cit. Sul punto v. PUNZI, *Disegno*, cit., I, 2012, 185 ss.

⁸² Sul regime d'impugnazione della sentenza e del lodo reso in seguito alla formulazione dell'eccezione di difetto di *potestas iudicandi* si rinvia al terzo capitolo.

⁸³ BOVE, CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006, 61.

⁸⁴ Con ciò riproducendo fedelmente il disposto della legge delega, che aveva indicato la necessità di inserire nella novellata disciplina una previsione in forza della quale «*il lodo, anche non omologato*», avesse «*gli effetti di una sentenza*». Particolarmente eloquente appare l'inserimento dell'inciso «*pronunciata dall'autorità giudiziaria*» – forse non necessario, dal momento che la sentenza è per definizione quella pronunciata dall'autorità giudiziaria – cui si accompagna la contestuale riaffermazione della natura contrattuale del lodo pronunciato in seguito ad un arbitrato irrituale, segno evidente della volontà del legislatore di superare il precedente orientamento giurisprudenziale che, all'indomani della riforma del 1994, aveva ridotto *ad unitatem* le due tipologie di arbitrato; sul punto PUNZI, «*Efficacia di sentenza*», cit., 827 e 828.

dell'esecutività nel caso in cui esso rechi una statuizione di condanna, divenendo dunque idoneo, una volta decorsi i termini d'impugnazione, ad acquisire l'autorità della cosa giudicata di cui all'art. 2909 c.c.⁸⁵⁸⁶. La norma in parola rappresenta,

⁸⁵ E.F. RICCI, *La delega sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 954; G.F. RICCI, *Ancora sulla natura e sugli effetti del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2011, 167, 176 e 177.

A fronte della parificazione fra lodo e sentenza, sembra legittimo approcciare e risolvere tutte le questioni inerenti ai limiti oggettivi e soggettivi del giudicato arbitrale negli stessi termini con cui esse vengono trattate in sede ordinaria. Pertanto, si dovrà concludere che il lodo sia idoneo a incidere sui rapporti dipendenti, nonché sui diritti dei terzi che siano titolari di tali rapporti e che esso sia efficace nei confronti dei successori e degli aventi causa (D'ALESSANDRO, *Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell'art. 824 bis c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2007, 547; in tal senso anche Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Corr. giur.*, 2014, 87, con nota di VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*; in *Foro it.*, 2013, I, 3048, con nota di D'ALESSANDRO) e che l'accertamento in esso contenuto si estenda, oltre che al diritto fatto valere in giudizio, anche al c.d. rapporto fondamentale, secondo la teoria dell'antecedente logico necessario (BOVE, CECHELLA, *op. cit.*, 92). Inoltre, si dovrebbe opinare nel senso che il lodo rituale sia idoneo a sopravvivere alla declaratoria d'incostituzionalità della legge sostanziale e allo *ius superveniens* retroattivo (D'ALESSANDRO, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in *Commentario alle riforme*, cit., 976; EAD., *Riflessioni sull'efficacia*, cit., 547). Su questi temi v. però la diversa ricostruzione di LUISO, *L'art. 824 bis c.p.c.*, in *www.Judicium.it*. Ancora, l'art. 824 bis c.p.c. dovrebbe consentire l'estensione alla decisione resa dagli arbitri del principio per cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile (D'ALESSANDRO, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in *Commentario alle riforme*, cit., 976; EAD., *Riflessioni sull'efficacia*, cit., 547), nonché l'applicazione dell'art. 2953 c.c., che ricollega al giudicato la trasformazione delle prescrizioni brevi in prescrizione decennale (G.F. RICCI, *Ancora sulla natura*, cit., 177; D'ALESSANDRO, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in *Commentario alle riforme*, cit., 973; EAD., *Riflessioni sull'efficacia*, cit., 543; CARPI, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 595).

⁸⁶ In senso contrario, per una conferma della natura negoziale del lodo v., invece, PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, 2° ed., Padova, 2012, 407 ss.; ID., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, 2° ed., Torino, 2010, 234 ss.; ID., *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 404 e 430 ss.; ID., *Ancora sulla legge delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 975; ID., *"Efficacia di sentenza"*, cit., 838, secondo il quale l'equiparazione del lodo alla sentenza non può essere inteso nel senso che al lodo divenuto non impugnabile possa essere riconosciuto l'incontrovertibilità dell'accertamento propria della cosa giudicata, trovando quest'ultima il proprio fondamento nell'esaurimento dell'esercizio del potere giurisdizionale sulla lite riconosciuto unicamente ai giudici dello stato. Tale conclusione, ad avviso dell'A., sarebbe suffragata dal tenore dell'art. 829, 1° comma, n. 8 c.p.c. che, al pari della previsione contenuta nell'art. 2945, 3° comma, c.c., continua a distinguere fra la sentenza «*passata in giudicato*» e il lodo «*non più impugnabile*», nonché nella formulazione degli artt. 831 e 835 c.p.c., che nel continuare ad escludere la revocazione ordinaria nei confronti del lodo contrario a precedente sentenza e della sentenza contraria a precedente lodo, rimarcherebbe la diversità fra i due provvedimenti. Secondo PUNZI, *Disegno*, cit., I, 2012, 123; ID., *Luci ed ombre*, cit., 434; ID., *"Efficacia di sentenza"*, cit., 836; ID., *Ancora sulla legge*, cit., 980 e 981 e ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 253, gli effetti della sentenza di cui all'art. 824 bis c.p.c. andrebbe ravvisati nella irrevocabilità e immodificabilità del lodo da parte degli arbitri e alla sottrazione alle impugnative di tipo negoziale, per essere lo stesso aggredibile solo con i mezzi individuati dall'art. 827 c.p.c. In questo senso dovrebbe dunque essere intesa la locuzione effetti della sentenza, che però, secondo l'A., sarebbe cosa diversa dall'autorità del giudicato. L'inidoneità alla formazione del giudicato emergerebbe, ad esempio, nell'ipotesi in cui gli arbitri abbiano pronunciato un lodo ormai incontrovertibile risolvendo *incidenter tantum* una questione pregiudiziale non suscettibile di compromesso (facoltà loro riconosciuta dal novellato art. 819 c.p.c.) la quale sia stata successivamente decisa in modo difforme in sede giurisdizionale; in tal caso, secondo l'orientamento in parola, il successivo giudicato statale sul rapporto pregiudiziale non compromettibile sarebbe in grado di travolgere la precedente decisione

dunque, quell'esplicita previsione normativa a lungo invocata da una parte della dottrina⁸⁷, necessaria per consentire agli arbitri di formare (e alle parti di conseguire) un atto con effetti di sentenza (e non di negozio), sia pur attraverso un procedimento di carattere privato⁸⁸.

La volontà del legislatore di fugare ogni dubbio in ordine alla natura giurisdizionale dell'arbitrato trova riscontro anche in altre disposizioni, fra cui l'art. 816 *quinques* c.p.c. che sancisce l'applicabilità al procedimento arbitrale dell'art. 111 c.p.c. in tema di successione a titolo particolare nella *res litigiosa*⁸⁹,

arbitrale; cfr. PUNZI, *Ancora sulla legge*, cit., 988. Secondo l'A. (ancora ID., *Disegno*, cit., I, 2012, 119), infatti, opinando diversamente, qualora il lodo contenga disposizioni abdicative di diritti indisponibili o contrarie all'ordine pubblico, si finirebbe con l'ammettere il consolidamento di effetti incompatibili con il nostro ordinamento, rispetto ai quali non sarebbe nemmeno utilizzabile lo strumento dell'art. 397 c.p.c. Nello stesso senso v. anche GASPERINI, *Sulla proposta di applicazione analogica dell'art. 59 l. 69/2009 ai rapporti tra giudici e arbitri*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 388 (in senso contrario, sul punto, si è rilevato che un simile rischio dovrebbe ritenersi scongiurato dal fatto che l'incontrovertibilità dell'accertamento contenuto nel lodo trovi comunque un limite nei casi di inesistenza del lodo per inarbitrabilità della controversia, i quali, per espressa previsione del legislatore, risultano sottratti al meccanismo di conversione in motivi di nullità del lodo; cfr. LUISO, *L'art. 824 bis*, cit. Per quanto riguarda, invece, la contrarietà delle statuizioni arbitrali all'ordine pubblico, il fatto che tale circostanza sia individuata come motivo d'impugnazione del lodo porta effettivamente a ritenere che, una volta decorsi i termini per l'impugnazione della decisione, questa si consolidi senza possibilità che la sua contrarietà all'ordine pubblico possa venire rilevata; cfr. ancora LUISO, *L'art. 824 bis*, cit.).

Le conclusioni testé raggiunte sarebbero suffragate dalla previsione contenuta nell'art. 813, 2° comma, c.p.c., che esclude il riconoscimento, in capo agli arbitri, della qualifica di pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio; cfr. PUNZI, *"Efficacia di sentenza"*, cit., 829; ODORISIO, *op. cit.*, 269; FAZZALARI, *Questioni di legittimità costituzionale*, in *Riv. arb.*, 2005, 663 (in senso contrario, sul punto, v. però VERDE, *Bastava solo inserire una norma sui rapporti tra arbitri e giudici*, in *Guida dir.*, 2006, fascicolo 8, 82, secondo il quale la disposizione contenuta nell'art. 813 c.p.c. sarebbe stata dettata, con buona probabilità, dalla preoccupazione del legislatore di essersi spinto "troppo oltre" sul piano dell'equiparazione degli arbitri a quella del pubblico ufficiale).

Superfluo aggiungere che la riaffermazione della natura negoziale del lodo precluderebbe la possibilità di estendere gli effetti del lodo oltre l'ambito del patto compromissorio, dunque ai rapporti connessi a quello oggetto della controversia nonché ai terzi che non siano parti dell'accordo arbitrale; cfr. PUNZI, *Disegno*, cit., I, 2012, 120; ID., *"Efficacia di sentenza"*, cit., 833 e 834; GASPERINI, *op. cit.*, 389.

Contrario all'assimilazione del lodo alla sentenza anche FAZZALARI, *Questioni di legittimità*, cit., 663, secondo il quale un ulteriore elemento di riscontro sarebbe ricavabile dal riferimento all'*exequatur* quale passaggio indispensabile affinché il lodo acquisisca l'efficacia esecutiva, passaggio che, secondo l'A., dovrebbe ritenersi superfluo laddove il lodo avesse un'efficacia davvero giurisdizionale.

⁸⁷ E.F. RICCI, *La natura dell'arbitrato*, cit., 262.

⁸⁸ LEVI, voce «Arbitrato nel diritto privato italiano», in *Digesto Civ.*, *Aggiornamento*, 7, Torino, 2012, 108.

⁸⁹ BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.*, 2007, 358; D'ALESSANDRO, *Riflessioni sull'efficacia*, cit., 545 e 546. La norma avalla l'orientamento favorevole all'estensione degli effetti del lodo nei confronti dei terzi, che già all'indomani della novella del 1994 aveva trovato il proprio fondamento nella prevista possibilità di impugnare il lodo con l'opposizione di terzo.

l'art. 819 c.p.c. che attribuisce agli arbitri del potere di conoscere, *incidenter tantum*, delle questioni pregiudiziali non compromettibili che per legge non debbano essere decise con efficacia di giudicato e, contestualmente, riconosce loro il potere di decidere «*con efficacia di giudicato*» le questioni pregiudiziali suscettibili di compromesso⁹⁰, l'art. 819 *bis* c.p.c. che estende al procedimento arbitrale della regola di cui all'art. 337, 2° comma, c.p.c.⁹¹ e che riconosce agli arbitri il potere di sollevare questione di legittimità costituzionale⁹², l'art. 818 c.p.c. con cui il legislatore ha parzialmente superato il divieto per gli arbitri di concedere misure cautelari⁹³ o, ancora, l'art. 819 *ter* c.p.c. che, come vedremo meglio *infra*, sembra ricondurre i rapporti fra arbitro e processo ordinario alla categoria della competenza⁹⁴. Attraverso tali disposizioni il legislatore sembrerebbe aver voluto risolvere il dilemma della negoziabilità o della giurisdizionalità dell'arbitrato in senso favorevole alla seconda opzione⁹⁵; il che

⁹⁰ Degna di nota è la previsione, contenuta nel secondo comma della norma, secondo la quale gli arbitri avrebbero il potere di decidere «*con efficacia di giudicato*» le questioni pregiudiziali compromettibili.

⁹¹ Prevedendo l'applicazione di tale disposizione al procedimento arbitrale, il legislatore ha dunque stabilito che, laddove sia fatta valere dinanzi agli arbitri l'autorità di una sentenza e tale sentenza sia impugnata, agli arbitri sia data l'alternativa fra la prosecuzione del processo e la sua sospensione. Più precisamente, laddove gli arbitri ritengano che l'impugnazione sia destinata ad essere accolta, essi dovranno sospendere il procedimento; in caso contrario essi dovranno proseguire conformandosi alla decisione. In senso favorevole all'applicazione di tale norma anche prima della recente riforma v. BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 368. Attesa l'assimilazione del lodo alla sentenza, appare ragionevole estendere l'applicazione della norma anche nel caso in cui a essere fatto valere nel procedimento arbitrale, così come nel procedimento giurisdizionale, sia un precedente lodo (AA. VV., *Arbitrato*, a cura di Bonelli Erede Pappalardo, Milano, 2012, 157; in giurisprudenza v. Trib. Milano, 30 novembre 2012, in *Riv. arb.*, 2014, 367, con nota di AMADEI, *Vie parallele ed efficacia del lodo nel procedimento giurisdizionale*).

⁹² Inserita sulla scorta della sentenza della Corte costituzionale n. 376 del 28 novembre 2001, cit.

⁹³ L'art. 818 c.p.c. ribadisce il divieto per gli arbitri di concedere sequestri o altri provvedimenti cautelari, salvo però «*diversa previsione di legge*». L'inciso, inserito al fine di coordinare la disciplina codicistica con quanto previsto nell'arbitrato societario (cfr. art. 35, 5° comma d.lgs. n. 5 del 17 gennaio 2003, che attribuisce agli arbitri il potere di disporre la sospensione della delibera assembleare impugnata) ha ovviamente il pregio di aver chiarito che non esiste un'incompatibilità di natura ontologica fra l'arbitrato e la tutele cautelare. Secondo PUNZI, *Disegno*, cit., I, 2012, 117; ID., «*Efficacia di sentenza*», cit., 829, al norma dovrebbe invece essere letta come riaffermazione della natura privatistica dell'arbitrato.

⁹⁴ D'ALESSANDRO, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in *Commentario alle riforme*, cit., 968; EAD., *Riflessioni sull'efficacia*, cit., 539.

⁹⁵ G.F. RICCI, *Ancora sulla natura*, cit., 167; D'ALESSANDRO, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in *Commentario alle riforme*, cit., 967; BOVE, CECHELLA, *op. cit.*, 91; in giurisprudenza v. la recente Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2013, n. 24153, cit. Parafrasando VERDE, *L'arbitrato e la giurisdizione ordinaria*, cit., 1, possiamo dire che il tradizionale movimento pendolare dell'arbitrato segna oggi il massimo avvicinamento alla giurisdizione. Il che, come rileva lo stesso A. in *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 3° ed., Torino, 2010, 165 e in *Bastava solo*, cit., 81, dovrebbe dissipare ogni dubbio in ordine alla piena circolazione all'estero dei lodi italiani. Del resto, come bene evidenziato da BOVE, *Impugnazione per nullità*, cit., 542, la teoria dell'arbitrato

dovrebbe fugare ogni dubbio in ordine alla possibilità di considerare l'arbitrato alla stregua di uno strumento attraverso cui dare attuazione (nel rispetto dei principi regolatori del giusto processo) al diritto alla tutela giurisdizionale e non già come una rinuncia all'azione o, addirittura, come uno strumento di disposizione del diritto controverso⁹⁶.

La scelta legislativa è innegabilmente il frutto di un progressivo mutamento (*rectius* di una dilatazione) del concetto stesso di giurisdizione, il cui elemento caratterizzante è dato non più dalla posizione istituzionale dell'organo decidente, ma dall'attività (decisoria) posta in essere da tale organo e dalle modalità con cui essa si esplica⁹⁷. A questa dilatazione del concetto di giurisdizione si accompagna, inevitabilmente, l'abbandono della tradizionale idea dell'attività giurisdizionale intesa come esercizio di un potere sui consociati da parte dello Stato, in favore di una concezione "più liberale", che considera tale attività come erogazione di un servizio nel loro interesse⁹⁸. E in un contesto in cui la giurisdizione non sembra più essere soltanto quella esercitata dall'autorità giudiziaria ordinaria e speciale ai sensi dell'art. 102 Cost.⁹⁹, allora non potrebbe

non è un qualcosa che attiene al diritto naturale, sempre uguale a sé stesso, ma dipende dalle norme positive di un dato sistema.

⁹⁶ Attribuendo agli arbitri il compito di decidere la controversia con un provvedimento assimilabile alla sentenza, il legislatore ha quindi fugato ogni dubbio sul fatto che l'intervento arbitrale debba essere inteso quale intervento di risoluzione della lite attraverso un accertamento del diritto dedotto in giudizio; l'art. 824 *bis* c.p.c. impedisce, infatti, di configurare l'intervento degli arbitri come innovativo della situazione giuridica sostanziale. In dottrina, nel senso di cui al testo ZUCCONI GALLI FONSECA, *Giudice italiano ed exceptio compromissi per arbitrato estero*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 756; IZZO, *La convenzione*, cit., 141; EAD., *Appunti sull'eccezione di patto compromissorio e sulla sentenza che la decide*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 457; RUBINO SAMMARTANO, *Arbitrato*, cit., 475; BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, in AA. VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, II, 325; MURONI, *La pendenza*, cit., 144; BOVE, *Discutibile la scelta del "sistema tedesco"*, in *Guida dir.*, 2006, numero 8, 107; in giurisprudenza Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2013, n. 24153, cit. In tal senso, già prima della riforma, v. BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 239 e 240; BOVE, *Sul regime*, cit., 251 ss.; VERDE, *Pubblico e privato*, cit., 640 e VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 192. In senso contrario PUNZI, *Il processo civile*, cit., 193; ID., *Ancora sulla legge*, cit., 931.

⁹⁷ PICARDI, *Manuale del processo civile*, 3° ed., Milano, 2013, 718; VERDE, *Pubblico e privato*, cit., 647 ss.; E.F. RICCI, *La «funzione giudicante*, cit., 368. Significativa sul punto è la motivazione elaborata dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 376 del 28 novembre 2001, edita in *Giust. civ.*, 2001, I, 2883, recentemente ripresa dalla sentenza n. 223 del 19 luglio 2013, edita in *Riv. arb.*, 2014, 81 ss., con cui la Corte ha dichiarato incostituzionale l'art. 819 *ter* c.p.c. nella parte in cui escludeva l'applicabilità dell'art. 50 c.p.c. nei rapporti fra arbitrato e processo ordinario.

⁹⁸ Sul tema v. E.F. RICCI, *La never ending story*, cit., 568; ID., *La Cassazione insiste*, cit., 1241, ID., *La «funzione giudicante*, cit., 366; ID., *La natura dell'arbitrato*, cit., 281.

⁹⁹ In tal senso v. la recente Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2013, n. 24153, cit., nel cui commento Verde parla, a questo proposito, di «*svalutazione del concetto di giurisdizione*»; il rilievo è condiviso anche da ZUCCONI GALLI FONSECA, *Giudice italiano*, cit., 743.

Tale affermazione trova riscontro in alcuni passaggi della motivazione della sentenza n. 223 resa dalla Corte costituzionale il 19 luglio 2013, edita in *Riv. arb.*, 2014, 81 ss., con cui il Giudice delle leggi, nel ribadire che «*l'arbitrato rituale resta un fenomeno che comporta una rinuncia alla giurisdizione pubblica*», sembrerebbe aver dato per presupposta l'esistenza di una «*giurisdizione privata*», quale dovrebbe essere quella esercitata dagli arbitri, il cui risultato è oggi equiparato a quello della giurisdizione ordinaria (la locuzione «*giurisdizione privata*» è utilizzata da LUISO, *L'art. 824 bis*, cit.; da VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 3° ed., Torino, 2010, 163 e da E.F. RICCI, *La Cassazione si pronuncia*, cit., 1296; per una critica a tale concetto v., invece, PUNZI, *Dalla crisi*, cit., 1 ss.). Proprio tale dilatazione del concetto di giurisdizione parrebbe consentire di superare i dubbi di costituzionalità che una parte della dottrina ha sollevato con riferimento all'art. 824 bis c.p.c.; secondo FAZZALARI, *Questioni di legittimità*, cit., 662, la norma sarebbe infatti in contrasto con l'art. 102 Cost., non potendo gli arbitri essere ricondotti alla categoria dei giudici ordinari, né a quella dei giudici speciali lasciati sopravvivere dalla Costituzione, né potendo essi essere considerati quali giudici straordinari, pena la violazione del divieto di precostituzione. Ora, già in passato parte della dottrina (MONTESANO, *La tutela*, cit., 47) aveva messo in guardia da ogni tentativo di giurisdizionalizzazione dell'arbitrato, ritenendo che ciò avrebbe determinato il contrasto fra tale istituto e le previsioni di cui agli artt. 24, 25, 102 e 103 Cost. Secondo un diverso orientamento (BARILE, *L'arbitrato e la costituzione*, in *Giur. cost.*, 1963, 30; E.F. RICCI, *Sull'efficacia del lodo*, cit., 641 e 642), la legittimità costituzionale dell'arbitrato avrebbe potuto essere garantita guardando a tale istituto come ad una ragionevole deroga al disposto dell'art. 102 Cost. e riconoscendo alla decisione arbitrale una garanzia non dissimile da quella riconosciuta alla sentenza straniera (come osservato da E.F. RICCI, *La «funzione giudicante*, cit., 369, per l'ordinamento statale il giudice straniero sarebbe stato, al pari dell'arbitro, un *quivis de populo*). In argomento v. anche VERDE, *L'arbitrato e la giurisdizione ordinaria*, cit., 5 ss. Chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'istituto arbitrale, la Corte costituzionale (nella sentenza n. 2 del 12 febbraio 1963, edita in *Giur. cost.*, 1963, 20, con nota di BARILE, *L'arbitrato e la Costituzione* e nella sentenza n. 127 del 14 luglio 1977, edita in *Giur. cost.*, 1977, 1143, con nota di ANDRIOLI, *L'arbitrato obbligatorio e la costituzione*), aveva invece fondato la compatibilità dell'arbitrato con l'art. 102 Cost. sulla base (i) dalla volontarietà dell'opzione arbitrale, (ii) del fatto che il compimento dell'atto che conferiva alla decisione arbitrale efficacia giurisdizionale fosse rimesso ad un giudice dello Stato e (iii) del fatto che al medesimo giudice dello Stato fosse altresì rimesso il controllo sulla sentenza arbitrale. In argomento PUNZI, voce «Arbitrato», cit., 7 e 8; CECHELLA, *L'arbitrato*, cit., 63 ss. e, più recentemente, VERDE, *Lineamenti*, cit., 2 ss.; BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 188 ss. Sulla base di tali premesse, appare dunque probabile il *revirement* giurisprudenziale del 2000 sia stato indotto, in modo più o meno consapevole, dalla considerazione che, venuto meno il meccanismo giurisdizionalizzante di cui all'art. 825 c.p.c., la riconduzione dell'arbitrato entro una dimensione squisitamente negoziale potesse costituire l'unica via attraverso cui scongiurare il rischio che l'arbitrato si ponesse in contrasto con il principio del monopolio statale della giurisdizione.

Come anticipato poc'anzi, i dubbi espressi dalla dottrina sopra richiamata parrebbero destinati a venire meno di fronte all'ampliamento del concetto di giurisdizione. Come recentemente affermato dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, il principio della riserva di giurisdizione va inteso non già in modo assoluto, ma nel quadro del divieto di istituzione di giudici straordinari o speciali, mentre la compatibilità costituzionale dell'arbitrato deve ritenersi garantita, innanzitutto, dalla volontarietà dell'opzione arbitrale, dalla disponibilità dei diritti controversi, dal rispetto delle garanzie processuali quali la terzietà e imparzialità dell'arbitro, nonché il principio del contraddittorio e dalla possibilità di impugnativa della determinazione arbitrale dinanzi ai giudici ordinari; cfr. Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2013, n. 24153, cit. Dall'esame della motivazione resa dai giudici di legittimità sembrerebbe emergere l'idea che l'art. 102 Cost. non sancisca un monopolio statale in campo giurisdizionale, ma si limiti a disciplinare la prestazione del servizio giustizia da parte dello Stato, senza precludere che un'identica funzione possa essere esercitata, con il consenso delle parti e a determinate condizioni, anche da soggetti diversi (in questi termini BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 241).

più escludersi che, a determinate condizioni, anche i privati (quali sono le parti in causa e gli arbitri) possano conseguire e porre in essere un atto avente connotazione giurisdizionale¹⁰⁰.

5. L'attuale disciplina dei rapporti fra arbitri e giudici

Venendo a esaminare più da vicino la disciplina dei rapporti fra arbitri e giudici, occorre rilevare fin da subito che la legge delega si era limitata a prevedere che il Governo disciplinasse «*in generale i rapporti fra arbitro e giudice, ivi compresa l'eccezione di patto compromissorio*», senza lasciar presagire le scelte che esso sarebbe stato chiamato a compiere sul terreno del diritto positivo¹⁰¹. In ossequio a tale mandato, il legislatore delegato ha dettato due norme, gli artt. 817 e 819 ter c.p.c., con cui ha disciplinato il regime dell'eccezione di difetto di *potestas iudicandi* in sede arbitrale e in sede ordinaria, il regime d'impugnazione delle relative decisioni e la litispendenza fra il procedimento arbitrale e quello ordinario. Sul contenuto di tali norme avremo modo di ritornare nelle pagine seguenti. Qui ci limitiamo a rilevare che, nel suo complesso, l'intervento riformatore non denota particolari profili di originalità rispetto al passato, né esso sembra risolvere tutti i gravi problemi evidenziati che la dottrina aveva evidenziato in passato¹⁰². Tale intervento integra, di fatto, una sorta di ritorno all'antico, avendo il legislatore per lo più recepito molte delle soluzioni (ma anche delle incongruenze) che caratterizzavano l'orientamento giurisprudenziale più risalente¹⁰³.

Da una prima lettura delle norme sopra citate sembrerebbe che il legislatore abbia inteso ricostruire i rapporti fra arbitri e giudici ordinari come rapporti di competenza. Depone in tal senso una pluralità di previsioni. In primo luogo, il ripetuto utilizzo dell'espressione competenza e incompetenza per designare la *potestas iudicandi* arbitrale, quale emerge dall'art. 817 c.p.c. (rubricato «*eccezione d'incompetenza*»), il cui primo comma, nel disciplinare

¹⁰⁰ LUIISO, *L'art. 824 bis*, cit.; BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 177; E.F. RICCI, *La «funzione giudicante*, cit., 373 e 374.

¹⁰¹ E.F. RICCI, *La delega*, cit., 951.

¹⁰² CAPPONI, *Modestino Acone, la competenza e l'arbitrato*, in *Il giusto processo civile*, 2009, 397.

¹⁰³ BOCCAGNA, *Appunti*, cit., 319; NELA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in *Le recenti riforme*, cit., 1770.

l'eventualità in cui nel processo arbitrale sorgano delle contestazioni circa la validità, il contenuto o l'ampiezza della convenzione d'arbitrato o la regolare costituzione degli arbitri, prevede che questi ultimi decidono sulla «*propria competenza*», nonché dall'art. 819 *ter* c.p.c. (rubricato «*rapporti con l'autorità giudiziaria*»), il cui primo comma dispone che la «*competenza degli arbitri*» non è esclusa per ragioni di litispendenza o di connessione con la medesima o altra controversia pendente dinanzi al giudice ordinario. In secondo luogo, l'assimilazione del regime dell'*exceptio compromissi* a quello proprio dell'eccezione d'incompetenza operato dall'art. 819 *ter* c.p.c., a mente del quale «*l'eccezione d'incompetenza del giudice in ragione della convenzione d'arbitrato deve essere formulata, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta*» e la prevista impugnabilità della sentenza con cui il giudice affermi o neghi «*la propria competenza in relazione a una convenzione d'arbitrato*» con il regolamento di competenza «*a norma degli artt. 42 e 43*»¹⁰⁴.

Secondo una parte, sia pur minoritaria della dottrina, tali disposizioni, se lette alla luce dalla previsione di cui all'art. 824 *bis* c.p.c. (che, equiparando il lodo alla sentenza resa del giudice ordinario, confermerebbe l'attribuzione al patto compromissorio di un effetto processuale consistente in uno spostamento del potere giurisdizionale all'interno alla giurisdizione ordinaria), nonché dalla

¹⁰⁴ BOCCAGNA, *Appunti*, cit., 323 e 324. In senso contrario LUISO, *Rapporti tra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.*, 2005, 786, secondo il quale il legislatore della riforma avrebbe utilizzato il termine incompetenza utilizzato in modo atecnico, mentre il richiamo al regolamento di competenza non sarebbe determinante, avendo il legislatore esteso l'utilizzo di tale mezzo d'impugnazione ad un ambito diverso da quello d'origine, operando una scelta non dissimile da quella compiuta rispetto ai provvedimenti che dispongono la sospensione del processo ai sensi dell'art. 295 c.p.c.; così, sostanzialmente, anche CAPPONI, *Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria secondo il nuovo art. 819 ter c.p.c.*, in *www.Judicium.it* e ZIINO, *La translatio iudicii tra arbitri e giudici ordinari (sulla parziale illegittimità costituzionale dell'art. 819-ter, secondo comma, c.p.c.)*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 919. Il rilievo è condiviso anche da SALVANESCHI, *Ancora sull'arbitrabilità delle impugnative di delibere assembleari e sulla competenza a deciderle* (nota a Cass., 30 ottobre 2012, n. 18671), in *Riv. arb.*, 2013, 927 e 928, secondo la quale l'argomento relativo al regime d'impugnazione della sentenza provverebbe troppo, posto che un'indicazione di segno contrario potrebbe essere ricavata dal regime impugnatorio del lodo avente a oggetto la medesima statuizione, che prevede l'impugnazione per nullità e non già il regolamento di competenza (nello stesso senso LUISO, *Diritto processuale*, cit., 2009, 360). Quanto al regime dell'*exceptio compromissi*, occorre rilevare che, nel processo ordinario, il tempestivo deposito della comparsa di risposta costituisce il limite preclusivo per tutte le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio, per cui la formulazione dell'art. 819 *ter* c.p.c. appare ormai inidonea a fondare l'assimilazione dell'*exceptio compromissi* all'eccezione d'incompetenza; cfr. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Sergio Menchini, Padova, 2010, 693; IZZO, *Appunti*, cit., 452 e BOCCAGNA, *Appunti*, cit., 319 e 320; LUISO, *Rapporti tra arbitro*, cit., 785.

disciplina di cui agli artt. 827 e seguenti c.p.c. (in forza della quale il lodo è assoggettato a una serie di impugnazioni tipicamente processuali attribuite alla competenza di un'autorità giudiziaria di secondo grado e suscettibili di dare origine, in caso di accoglimento, ad un nuovo giudizio nell'ambito di una vicenda processuale unitaria, destinata alla formazione del giudicato¹⁰⁵), consentirebbero di ricostruire i rapporti fra arbitri e giudici come rapporti interni alla giurisdizione ordinaria, legittimando la ricerca del loro «archetipo»¹⁰⁶ nella disciplina della competenza¹⁰⁷.

Ora, non v'è dubbio che le disposizioni sopra ricordate siano state dettate, prima di tutto, al fine di sconfessare l'orientamento affermatosi all'indomani del *revirement* giurisprudenziale del 2000, nel tentativo di restituire la questione inerente alla sussistenza della *potestas* arbitrale all'ambito delle questioni processuali¹⁰⁸. Tuttavia, esse non appaiono idonee a determinare con sicurezza la

¹⁰⁵ CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 2014, 514; ID., *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, 3° ed., Padova, 2012, 543; BOCCAGNA, *Appunti*, cit., 325; ID., *L'impugnazione*, cit., 255. Tanto ciò è vero che, per alcuni (ancora BOCCAGNA, *Sulle conseguenze dell'estinzione del giudizio di rinvio dopo cassazione della sentenza che abbia pronunciato sull'impugnazione per nullità del lodo*, in Aa. Vv., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 67 ss., 72; MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, Milano, 2009, 4), non sarebbe peregrino ipotizzare che, nell'ipotesi in di cassazione con rinvio della sentenza resa in sede d'impugnazione del lodo, la mancata riassunzione del giudizio in sede di rinvio determini l'estinzione dell'intero giudizio ai sensi dell'art. 393 c.p.c. e, dunque, anche la caducazione del lodo. In senso contrario PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2012, 599, che opina nel senso del consolidamento del lodo, nonché, apparentemente, BOVE, *L'impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2009, 25, secondo il quale tale unitarietà sarebbe ostacolata dal fatto che il giudizio arbitrale abbia ad oggetto la controversia sul rapporto giuridico sostanziale, mentre il giudizio d'impugnazione riguarderebbe la questione della validità del lodo, nonché dalla circostanza che, in tale giudizio, la controversia sul rapporto sostanziale possa riemergere soltanto in via eventuale e successiva e soprattutto non necessariamente dinanzi allo stesso giudice.

¹⁰⁶ ANDRIOLI, *Commento*, cit., 840 e 841.

¹⁰⁷ 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, 480; ID., *Appunti*, cit., 326. Analogamente ACONE, *Arbitrato e translatio iudicii: un parere eretico*, in Aa. Vv., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 12; RIGHETTI, *L'eccezione di compromesso*, in AA. VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, II, 635 e NELA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in *Le recenti riforme*, cit., 1772, secondo il quale l'art. 817 c.p.c. premetterebbe di ritenere il sistema generale con cui nell'ordinamento si definiscono le liti un tutt'uno, da suddividere fra autorità giudiziaria e arbitri. secondo il quale il ripetuto utilizzo della parola «competenza» avrebbe inoltre il merito di chiarire che i rapporti fra arbitri e giudici non possono essere ricondotti alla categoria della giurisdizione. In senso favorevole alla qualificazione dei rapporti fra arbitri e giudici in termini di competenza Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2013, n. 24153, cit.; Cass., 4 agosto 2011, n. 17019, cit.; Cass., 29 agosto 2008, n. 21926, in *Riv. arb.*, 2009, 465, con nota di COREA, *Questioni di diritto intertemporale nei rapporti tra arbitro e giudice*.

¹⁰⁸ CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Antonio Briguglio e Bruno Capponi, III, 2° tomo, Padova, 2009, 876; ID., *Rapporti tra arbitri*, cit.; PUNZI, *Luci ed ombre*, cit., 402; BOVE, *Ancora sui rapporti*, cit., 368; BOVE, *CECHELLA, op. cit.*,

qualificazione dei rapporti fra arbitri e giudici ordinari in termini di competenza, dal momento che, accanto ad esse, ve ne sono altre che sembrano legittimare una conclusione opposta. Nonostante i ripetuti richiami alla «competenza», il legislatore della riforma ha infatti ritenuto di non estendere alla disciplina dei rapporti fra arbitrato e processo ordinario tutte le disposizioni che concorrono a formarne lo statuto: l'art. 819 *ter* c.p.c. esclude espressamente l'applicazione delle regole corrispondenti agli artt. 44, 45, 48 e 50 c.p.c., nonché l'istituto della litispendenza di cui all'art. 39 c.p.c. e quello della connessione¹⁰⁹; sempre l'art. 819 *ter* c.p.c. contiene una disposizione (sulla quale ritorneremo più avanti) che, se letta in un determinato modo, parrebbe legittimare la proposizione di azioni autonome volte ad accertare l'invalidità e l'inefficacia della convenzione arbitrale, dunque a determinare preventivamente il giudice "competente", realizzando così un risultato che non sarebbe dato produrre nell'ambito dei normali rapporti di competenza¹¹⁰. Infine, all'indomani dell'intervento riformatore del 2009, un ulteriore elemento di differenziazione è stato ravvisato nel mancato adeguamento dell'art. 819 *ter* c.p.c. alle modifiche che hanno interessato la forma della decisione sull'eccezione d'incompetenza, passata dalla precedente sentenza all'attuale ordinanza¹¹¹ (sul punto ritorneremo *infra*).

Attesa la non univocità del dettato normativo e stante l'impossibilità di ricondurre gli arbitri entro l'ordine giudiziario, presupposto indefettibile per il ricorso alla categoria della competenza¹¹², la dottrina maggioritaria ha escluso la possibilità di ricondurre i rapporti fra arbitri e giudici alla categoria della

85. Sulla portata innovativa dell'intervento riformatore v. anche Cass., Sez. Un., 6 settembre 2010, n. 19047, in *Riv. arb.*, 2010, 463, con nota di SANTINI, *Regolamento di competenza avverso la pronuncia del giudice ordinario sulla exceptio compromissi e procedimenti pendenti*.

¹⁰⁹ PUNZI, *Disegno*, cit., I, 2012, 198; LUISO, *Rapporti tra arbitro*, cit., 786.

¹¹⁰ SALVANESCHI, *Ancora*, cit., 925; RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *La nuova disciplina*, cit., 366; CAPPONI, *Rapporti tra arbitri*, cit.;

¹¹¹ RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *La nuova disciplina*, cit., 373; IZZO, *Appunti*, cit., 453; BOVE, *Ricadute sulla disciplina dell'arbitrato della legge n. 69/2009*, in *Aa. Vv.*, *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 87; LUISO, *Diritto processuale*, cit., 2009, 360; in giurisprudenza Trib. Lamezia Terme, 22 giugno 2010, in *Giur. it.*, 2012, 395, con nota di DEBERNARDI, *Note minime sulla qualificazione dell'eccezione di patto compromissorio*.

¹¹² ZUCCONI GALLI FONSECA, *Giudice italiano*, cit., 743; PUNZI, *Disegno*, cit., I, 2012, 199; FORNACIARI, *Conservazione degli effetti dell'atto introduttivo anche nei rapporti fra giudice e arbitro: sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 819 ter, 2° comma, c.p.c.* (nota a Trib. Catania, 21 giugno 2012), in *Riv. arb.*, 2012, 897; BOVE, *Ricadute*, cit., 82; ID., *Giurisdizione e competenza nella recente riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1305; CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *Commentario alle riforme*, cit., 873; ID., *Rapporti tra arbitri*, cit.

competenza. Tale dottrina, pur qualificando il patto compromissorio alla stregua di un presupposto processuale negativo e l'*exceptio compromissi* come un'eccezione di natura processuale¹¹³, considera tali rapporti un *genus a sé stante*, cui il legislatore avrebbe ritenuto di estendere l'applicazione solo di talune norme previste per i rapporti di competenza¹¹⁴. Questa conclusione, del resto, risponderebbe pienamente alle peculiarità che contraddistinguono la soluzione di ogni questione che sorga fra arbitri e giudici, ossia al fatto che, in tali casi, la concreta individuazione della *potestas iudicandi* di un organo non preconstituito per legge (quale è l'arbitro) presupponga sempre la valutazione di un accordo negoziale di deroga della competenza generale dell'organo che per legge è preconstituito (il giudice)¹¹⁵.

Come è agevole intuire, il problema non è meramente nominalistico. Da esso, infatti, dipende la soluzione dei molti interrogativi che la riforma ha lasciato privi di risposta¹¹⁶: ove si aderisca al primo orientamento, si tenderà, infatti, a risolvere ogni dubbio facendo applicazione di tutti i principi e le norme vevoli in materia di competenza, con la sola eccezione di quelle disposizioni che siano state esplicitamente escluse dal legislatore¹¹⁷.

¹¹³ IZZO, *Appunti*, cit., 457; nello stesso senso MARINUCCI, *L'impugnazione per nullità del lodo esorbitante dalla convenzione di arbitrato* (nota a Cass., 9 gennaio 2008, n. 178), in *Riv. dir. proc.*, 2008, 228; E.F. RICCI, *La Cassazione si pronuncia*, cit., 1302.

¹¹⁴ SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 680; EAD., *Ancora*, cit., 922 ss., che sottolinea l'inutilità di ogni tentativo classificatorio; IZZO, *Appunti*, cit., 452 ss.; GASPERINI, *op. cit.*, 381; ZIINO, *op. cit.*, 919; RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in *La nuova disciplina*, cit., 282; LUISO, *Diritto processuale*, 2009, cit., 358; RUBINO SAMMARTANO, *Arbitrato*, cit., 480; CAPPONI, *Rapporti tra arbitri*, cit.; PUNZI, *Luci ed ombre*, cit., 412. In giurisprudenza v. Cass., 7 novembre 2012, n. 19268. Su posizioni ancora diverse BOVE, *Ricadute*, cit., 85; ID., *Ancora sui rapporti*, cit., 358; ID., *Discutibile la scelta*, cit., 108, il quale continua ad opinare in senso favorevole alla qualificazione di tali rapporti in termini di rapporti di giurisdizione (in tal senso v. anche Trib. Lamezia Terme, 22 giugno 2010, cit.); *contra* RIGHETTI, *L'eccezione di compromesso*, cit., 635 e NELA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in *Le recenti riforme*, cit., 1772, secondo i quali il ricorso alla categoria della giurisdizione sarebbe escluso dal ripetuto utilizzo della parola «competenza».

¹¹⁵ CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *Commentario alle riforme*, cit., 875; ID., *Rapporti tra arbitri*, cit. Analoghe considerazioni sono compiute da VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico* (nota a Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2013, n. 24153), in *Corr. giur.*, 2014, 96, secondo il quale un'assimilazione ai rapporti di competenza potrebbe essere configurabile solo laddove si discuta dell'arbitrabilità della lite, e da DANOVÌ, *La pregiudizialità*, cit., 393 e 394. Secondo BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 260, tale circostanza non sarebbe invece rilevante, essendo previste dall'ordinamento le clausole elettive del foro.

¹¹⁶ PUNZI, *Disegno*, cit., I, 2012, 157. Il pensiero va immediatamente e principalmente al tema dell'efficacia della pronuncia resa sul patto compromissorio (sul quale ci soffermeremo nel quinto capitolo), a quello dell'applicabilità all'arbitrato della *perpetuatio iurisdictionis* o, ancora, al tema dell'esperibilità del regolamento di competenza nei confronti del lodo e della sentenza resa dal giudice di pace, all'applicabilità dell'art. 310 c.p.c.

¹¹⁷ BOCCAGNA, *Appunti*, cit., 326; NELA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *Le recenti riforme*, cit., 1819.

Tuttavia, attese le peculiarità dell'istituto arbitrale non sarebbe forse sbagliato prendere atto dell'impossibilità di utilizzare le categorie proprie del processo civile (giurisdizione, competenza o merito) per descrivere l'esperienza arbitrale; qualsiasi "modello" precostituito a cui s'intenda ricondurre l'istituto, oltre a rivelarsi inadeguato, rischia di lasciare aperte una o più questioni¹¹⁸.

Volendo quindi raggiungere una prima conclusione, ci sembra ragionevole rinunciare ad ogni tentativo classificatorio e accettare l'idea che l'arbitrato sia un *quid aliud* rispetto agli istituti attraverso cui si dispiega l'attività giurisdizionale. Il che non rappresenta necessariamente uno svantaggio, dal momento che l'assenza di un archetipo di riferimento dovrebbe consentire all'interprete di costruire, sulla base della disciplina positiva, un sistema il più rispondente possibile alle peculiarità dell'istituto e alle istanze delle parti che se ne avvalgano. Per cui, quando nelle pagine che seguiranno utilizzeremo i termini "competenza" e "incompetenza", lo faremo in modo atecnico per significare semplicemente il difetto di *potestas iudicandi*.

Sembrirebbe, invece, doversi (ri)qualificare – attesa la recente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione – come eccezione di difetto di giurisdizione, con conseguente applicazione del regime previsto dalla legge n. 218 del 1995 ed esperibilità del regolamento preventivo di giurisdizione l'eccezione con cui, dinanzi al giudice italiano, si faccia valere la sussistenza di patto compromissorio per arbitrato estero¹¹⁹.

Nessuna indicazione si rinviene con riferimento alla natura dell'eccezione con cui si deduca la devoluzione in arbitrato di una controversia appartenente alla giurisdizione esclusiva, anche se le previsioni contenute nel nuovo codice del processo amministrativo potrebbero indurre a considerare il rapporto fra arbitrato

¹¹⁸ SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 674 ss.

¹¹⁹ MURONI, *La pendenza*, cit., 142; ATTERITANO, voce «Arbitrato estero», in *Digesto Civ., Aggiornamento*, 3, Torino, 2007, 88. Secondo quanto statuito dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, il regime di tale eccezione dovrebbe coincidere con quello delineato dagli artt. 4 e 11 della legge n. 218 del 1995 e, nell'ambito del procedimento ordinario in cui essa sia fatta valere dovrà ritenersi proponibile il regolamento preventivo di giurisdizione; cfr. Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2013, n. 24153, cit. In proposito v. anche ZUCCONI GALLI FONSECA, *Giudice italiano*, cit., 741 ss.

e giurisdizione esclusiva in modo non dissimile dal rapporto fra arbitrato e giurisdizione ordinaria¹²⁰.

¹²⁰ Come anticipato nel testo, il deferimento in arbitrato di tali controversie è regolato dall'art. 12 del d.lgs. n. 104 del 2 luglio 2014, a mente del quale «*le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto ai sensi degli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile*». La norma ha sostituito l'art. 6 della legge n. 205 del 2000 che, nella sua primigenia formulazione, si componeva di due commi: il primo prevedeva la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo di «*tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale*»; il secondo disponeva, invece, che «*le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo possono essere risolte mediante arbitrato rituale di diritto*». La prima disposizione è stata abrogata in occasione dell'approvazione del d.lgs. n. 163 del 12 aprile 2006 recante del "Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture", con cui per le controversie riguardanti i diritti soggettivi è stata prevista la possibilità di devoluzione in arbitrato ai sensi degli artt. 241 e seguenti del suddetto codice. Per quanto riguarda le controversie attribuite alla giurisdizione esclusiva, prima dell'introduzione del codice del processo amministrativo si discuteva se il rapporto fra arbitrato e giurisdizione esclusiva dovesse essere ricostruito secondo gli schemi della giurisdizione o quelli della competenza. Secondo la prima ricostruzione, il presupposto della devoluzione in arbitrato di una controversia attribuita al giudice amministrativo sarebbe stato costituito da un accordo sulla giurisdizione, secondo l'impostazione tradizionalmente accolta dalla giurisprudenza che qualificava l'arbitrato come fenomeno interno alla giurisdizione ordinaria. Per coloro che aderivano alla seconda ricostruzione, la riconosciuta ammissibilità dell'arbitrato nelle materie devolute alla giurisdizione amministrativa avrebbe comportato la creazione di un sistema arbitrale a sé stante, destinato a operare all'interno della giurisdizione amministrativa in modo analogo a come l'arbitrato di diritto comune operava nell'ambito della giurisdizione ordinaria. L'opzione per l'una o per l'altra tesi si sarebbe riflessa sull'individuazione del regime dell'*exceptio compromissi* (assimilato a quello dell'eccezione di difetto di giurisdizione nel primo caso e a quello dell'eccezione d'incompetenza nel secondo) e sull'individuazione del giudice competente a conoscere dell'impugnazione del lodo (giudice che, nel primo caso, sarebbe stato individuato secondo le regole codicistiche e, nel secondo, avrebbe dovuto essere identificato con gli organi appartenenti alla giurisdizione amministrativa). Sul punto si rinvia a BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 313 ss. e a BOVE, *L'impugnazione per nullità*, cit., 51. In seguito all'inserimento, all'art. 12 del codice del processo amministrativo, dell'inciso «*ai sensi degli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile*» ad opera del d.lgs. n. 195 del 2011, trovano applicazione tutte le disposizioni previste dal codice di procedura civile, con la conseguenza che l'*exceptio compromissi* sarà soggetta al regime di cui all'art. 817 c.p.c., mentre la competenza a conoscere della validità del lodo pronunciato in difetto di un valido patto compromissorio spetterà in ogni caso la Corte d'appello, la quale però, in caso di accoglimento dell'impugnazione per insussistenza della *potestas* arbitrale, dovrà astenersi dal decidere il merito della controversia, essendo quest'ultima riservato al giudice amministrativo.

CAPITOLO II: L'*EXCEPTIO COMPROMISSI*

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il regime dell'*exceptio compromissi* – 3. Il regime dell'eccezione d'incompetenza arbitrale – 3.1. L'invalidità e l'inefficacia della convenzione d'arbitrato – 3.2. L'esorbitanza della domanda rispetto all'accordo arbitrale – 3.3. Ulteriori considerazioni sull'eccezione d'incompetenza – 4. L'inarbitrabilità della controversia e l'inesistenza della convenzione arbitrale: rinvio – 5. La decisione sull'eccezione d'incompetenza: il principio della *Kompetenz-Kompetenz* – 6. La forma del provvedimento che decide l'eccezione d'incompetenza – 6.1 La decisione resa dal giudice – 6.2. La decisione resa dagli arbitri

1. Premessa

A fronte del quadro delineato nel precedente capitolo, occorre ora procedere all'analisi della disciplina che, in sede giurisdizionale e in sede arbitrale, presiede al rilievo dell'incompetenza dell'organo adito in ragione dell'esistenza o dell'inesistenza di un patto compromissorio, nonché alla disamina di alcune questioni che ineriscono alla decisione sull'incompetenza, ossia l'individuazione del soggetto cui spetta tale potere e della forma che il relativo provvedimento dovrà assumere.

2. Il regime dell'*exceptio compromissi*

Iniziamo la nostra indagine dalla disciplina applicabile nel procedimento ordinario. Come anticipato più volte nel corso della narrazione, il legislatore dell'ultima riforma è finalmente intervenuto a regolare l'eccezione di patto compromissorio rituale, prevedendo all'art. 819 *ter* c.p.c. che *«l'eccezione d'incompetenza del giudice in ragione della convezione di arbitrato deve essere proposta, a pena di decadenza, nella comparsa di risposta»*¹. Con tale previsione

¹ Quanto all'eccezione di patto compromissorio per arbitrato irrituale, essa, pur con qualche incertezza, continua a essere qualificata come eccezione di merito: benché la stipula di un patto compromissorio irrituale determini una rinuncia – questa sì radicale – alla giurisdizione, si ritiene che, con la relativa eccezione, le parti facciano valere una temporanea infondatezza nel merito della domanda giudiziale; infondatezza che dipende dal fatto che, al momento dell'introduzione del giudizio, il diritto controverso, la cui definizione è rimessa all'adozione di un atto avente natura negoziale, non sia ancora plasmato dagli arbitri irrituali; cfr. LUISSO, *Diritto processuale civile*, IV, 5° ed., Milano, 2009, 361; BOVE, *Sub art. 808 ter c.p.c.*, in *La nuova disciplina*

egli ha confermato, in primo luogo, il carattere relativo dell'*exceptio compromissi*², la cui operatività è rimessa interamente alle parti, le quali sono libere di avvalersi della convenzione arbitrale o di rinunciarvi, omettendo di sollevare l'eccezione³. In secondo luogo, la necessità che l'eccezione in parola sia sollevata *in limine litis*, al pari dell'eccezione per incompetenza⁴ e, in generale, di tutte le eccezioni per cui non sia previsto un rilievo officioso, sicché la parte che intenda far valere la sussistenza di un accordo arbitrale dovrà sollevare

dell'arbitrato, a cura di Sergio Menchini, Padova, 2010, 77. Per quanto riguarda l'arbitrato irrituale, sembrerebbero quindi valere considerazioni non dissimili da quelle compiute dagli esponenti storici della teoria negoziale dell'arbitrato, che valorizzavano la stipula del patto compromissorio quale atto dispositivo del diritto controverso. Ai fini del rilievo dell'eccezione, la questione qualificatoria appare poco rilevante, posto che, come correttamente rilevato da Cass., 17 gennaio 2013, n. 1158, ai fini del rilievo dell'eccezione, in quanto eccezione rimessa alla disponibilità delle parti, esse deve comunque essere fatta valere nella comparsa di risposta tempestivamente depositata.

² Salvo quanto si dirà nel capitolo successivo circa le ipotesi della non compromettibilità della lite o dell'inesistenza del patto compromissorio, l'unico caso in cui parte della dottrina (CAPPONI, Sub art. 819 ter c.p.c., in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Antonio Briguglio e Bruno Capponi, III, 2° tomo, Padova, 2009, 883; ID., *Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria secondo il nuovo art. 819 ter c.p.c.*, in *www.Judicium.it*; LUISO, *Rapporti tra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.*, 2005, 785) ha ipotizzato che il giudice possa rilevare d'ufficio la sussistenza della competenza arbitrale sembra essere quello in cui una parte agisca in sede monitoria. Tale affermazione appare confortata dal tenore della sentenza n. 140 resa dalla Corte costituzionale il 3 novembre 2005, con cui la Corte ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 637 c.p.c. nella parte in cui escluderebbe la rilevabilità officiosa dell'incompetenza per territorio oltre ai casi dell'art. 28 c.p.c., affermando il potere del giudice adito in sede monitoria di rilevare l'incompetenza territoriale semplice, operando un'assimilazione con il caso in cui venga convenuto dinanzi al giudice italiano uno straniero il quale rimanga contumace. Di diverso avviso però la giurisprudenza, secondo la quale la clausola compromissoria, pur impedendo in astratto l'esercizio dell'azione dinanzi al giudice ordinario, in concreto sarebbe destinata a operare solo su iniziativa di parte, ma tale iniziativa, attesa la peculiare struttura del rito monitorio, dovrebbe esplicitarsi necessariamente attraverso la proposizione dell'opposizione, con la quale si chieda la revoca del decreto per difetto di *potestas* del giudice che l'abbia emesso; cfr., fra le più recenti, Trib. Modena, 29 gennaio 2014; Trib. Milano, 23 gennaio 2014. Sul punto v. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, 2° ed., Padova, 2012, 226 ss.

³ Ovviamente, il convenuto potrà difendersi nel merito e proporre eventuali eccezioni o domande riconvenzionali, le quali dovranno necessariamente ritenersi subordinate al mancato accoglimento dell'eccezione; cfr. SANGIOVANNI, *Brevi note sulle eccezioni d'incompetenza sollevate nel corso dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2013, 555; GIAMMARIA, VELANI, *Eccezione di compromesso e d'incompetenza*, in AA. VV., *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, 1997, 289; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, 3° ed., Milano, 1988, 216 e 217; in giurisprudenza Cass., 3 febbraio 1976, n. 348, in *Giust. civ.*, 1976, 712.

⁴ Con l'introduzione del d.lgs. n. 69 del 2009, la distinzione fra i vari tipi d'incompetenza si è sensibilmente affievolita, dal momento che il legislatore, da un lato, ha esteso l'onere di tempestiva formulazione dell'eccezione a tutti i casi d'incompetenza (nel regime previgente, tale onere era circoscritto al solo caso di eccezione per territorio derogabile) e, dall'altro, ha individuato nella prima udienza il termine ultimo per il rilievo officioso dell'incompetenza per materia, valore e territorio inderogabile ex art. 28 c.p.c.; sul punto DANOVI, *La nuova disciplina dell'incompetenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1345 ss.

l'eccezione nella comparsa di risposta (o nell'atto di resistenza), depositata venti giorni prima dell'udienza di comparizione⁵.

Per quanto riguarda le conseguenze della mancata formulazione dell'*exceptio compromissi*, la prima è sicuramente costituita dal consolidamento della competenza del giudice ordinario e dalla conseguente impossibilità, per la parte che sia incorsa nell'omissione, di impugnare la sentenza facendo valere la convenzione arbitrale. Il legislatore dell'ultima riforma ha però previsto, all'art. 819 *ter* c.p.c., che «*la mancata proposizione dell'eccezione esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio*». Attraverso questa previsione, egli ha fatto propria la posizione di quanti, in passato, consideravano il contegno della parte che, in presenza di un patto compromissorio, avesse agito dinanzi al giudice ordinario o che, convenuta dinanzi a quest'ultimo, avesse omesso di contestarne la competenza, alla stregua di una rinuncia implicita al patto compromissorio, in grado di precludere il ricorso all'arbitrato e di determinare l'improcedibilità del procedimento arbitrale che fosse stato già avviato⁶.

⁵ CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 2014, 491; RUBINO SAMMARTANO, *Arbitrato, ADR conciliazione*, Bologna, 2009, 483; LUISO, SASSANI, *La riforma del processo civile: commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Milano, 2006, 307. Nel caso in cui nei confronti dell'attore venga proposta una domanda riconvenzionale compromessa in arbitri, il termine per la formulazione dell'*exceptio compromissi* scatterà all'udienza di trattazione ai sensi dell'art. 183 c.p.c.; cfr. RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *La nuova disciplina*, cit., 374. Ove, invece, la parte agisca con l'opposizione a decreto ingiuntivo, l'eccezione dovrà essere fatta valere, a pena di decadenza, con l'atto di citazione; cfr. AA. VV., *Arbitrato*, a cura di Bonelli Erede Pappalardo, Milano, 2012, 152; RUBINO SAMMARTANO, *Arbitrato*, cit., 483.

Priva di rilevanza appare, oggi, la questione inerente al termine entro il quale la parte che abbia formulato l'*exceptio compromissi* debba assolvere al relativo onere probatorio; sull'argomento v., prima della riforma, GIAMMARIA, VELANI, *op. cit.*, 290; CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 1991, 75; VECCHIONE, *Questioni in tema di arbitrato* (nota a Cass., 13 luglio 1954, n. 2453, Cass., 7 aprile 1954, n. 1076 e Cass., 9 luglio 1953, n. 2211), in *Giur. it.*, 1955, I, 1, 169 e 170. Nel sistema attuale deve infatti ritenersi che tale produzione non possa avvenire oltre il giudizio primo grado, segnatamente entro il termine previsto dal codice per il consolidarsi delle preclusioni istruttorie, salvo naturalmente il caso della rimessione in termini ai sensi dell'art. 153, 2° comma, c.p.c. o dell'art. 345 c.p.c.

⁶ Sul punto v. E.F. RICCI, *L'arbitrato di fronte alla litispendenza giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 502 e VACCARELLA, *Questioni di litispendenza e competenza nei rapporti fra arbitri e giudici*, in *Giust. civ.*, 1997, I, 1, 272 e 273. Nessun dubbio in ordine all'impossibilità di attivare l'arbitrato per la parte che, nonostante la clausola compromissoria, avesse adito il giudice ordinario, dovendo tale contegno essere inteso come implicita rinuncia all'accordo arbitrale; cfr. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000, 452; VACCARELLA, *Questioni di litispendenza*, cit., 272; FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, 42 e 43; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 202; REDENTI, voce «Compromesso», in *Nuovo Dig. It.*, III, Torino, 1938, 506; in giurisprudenza Cass., 15 luglio 2004, n. 13121; Cass., 5 dicembre 2003, n. 18643; Cass., 29 gennaio 1993, n. 1142. Più controversi gli effetti della mancata formulazione dell'eccezione

La concreta applicazione di tale norma ha dato origine a numerosi dubbi.

Il primo interrogativo riguarda la portata, sostanziale piuttosto che processuale, della mancata eccezione; occorre cioè chiedersi se il contegno omissivo della parte valga ad estinguere, anche solo parzialmente, il patto compromissorio o a determinare soltanto una preclusione di tipo processuale. Il secondo interrogativo inerisce, invece, all'individuazione del momento a partire dal quale si produce l'effetto estintivo della competenza arbitrale, se in seguito all'inutile decorso del termine previsto dall'art. 819 *ter* c.p.c. o se per effetto della decisione della controversia.

Secondo un primo orientamento, quella disciplinata dall'art. 819 *ter* c.p.c. sarebbe un'ipotesi di vera e propria estinzione del patto compromissorio. Secondo tale orientamento, l'estinzione sarebbe però conseguenza dell'intervento di una decisione della controversia con efficacia di giudicato, dal momento che, solo in tal caso, la convenzione arbitrale vedrebbe esauriti i propri effetti. In tal senso deporrebbe, del resto, il fatto che la norma preveda che la controversia debba essere «*decisa*»⁷.

d'incompetenza. Nel senso di cui al testo si esprimeva l'orientamento giurisprudenziale maggioritario (Cass., 27 maggio 1995, n. 5937; Cass., 27 settembre 1979, 4983; di recente anche Arbitro Unico Treviso, 14 febbraio 2005, in *Riv. arb.*, 2005, 353, con nota di SOTGIU, *Rinuncia (parziale) al patto compromissorio, preclusioni e sospensione del procedimento*) e un parte della dottrina (PUNZI, *Disegno*, cit., I, 2000, 452; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 202; TOMBARI, *Natura e regime giuridico dell'eccezione di compromesso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 1075 e 1080); in senso contrario opinavano tuttavia non pochi interpreti, secondo i quali la rinuncia al procedimento arbitrale non avrebbe potuto essere manifestata *per facta concludentia* e, in ogni caso, non sarebbe potuta conseguire a un contegno omissivo tenuto dal procuratore della parte, peraltro in una sede diversa; cfr. BOCCAGNA, *L'impugnazione del lodo per nullità*, I, Napoli, 2005, 271; GIACOBBE, D'ALESSANDRO, *L'arbitrato*, Milano, 1999, 131; CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario (evoluzioni e problemi irrisolti)*, in *Riv. arb.*, 1998, 669, nonché FAZZALARI, voce «Arbitrato nel diritto processuale civile», in *Digesto Civ., Aggiornamento*, 1, Torino, 2000, 98; ID., *L'arbitrato*, cit., 43; ID., *Sub art. 819 bis c.p.c.*, in *La riforma dell'arbitrato*, a cura di Antonio Briguglio, Elio Fazzalari e Roberto Marengo, Milano, 1994, 144; DANOVI, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999, 442; LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 1997, 311. Secondo un terzo orientamento, invece, al fine di configurare una rinuncia al patto compromissorio non sarebbe stata sufficiente la mancata eccezione, essendo per contro necessaria la formulazione di una domanda riconvenzionale; cfr. CARPI, ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 806 c.p.c.*, in *Arbitrato. Commento al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile (artt. 806 – 840)*, a cura di Federico Carpi, Bologna, 2001, 68; in giurisprudenza Cass., 30 maggio 2007, n. 12736. Ovviamente tale effetto estintivo non potrebbe comunque verificarsi laddove la domanda riconvenzionale venga proposta in via subordinata all'eccezione di compromesso; cfr. Cass., 20 maggio 2007, n. 12684; Cass., 19 dicembre 2000, n. 15941.

⁷ Cfr. BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.*, 2007, 370 e 371; BOVE, CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006, 86; di rinuncia tacita parla ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 272.

Di opinione diversa altra – e per il vero maggioritaria – parte della dottrina, secondo la quale la mancata formulazione dell'*exceptio compromissi* del giudice ordinario darebbe origine soltanto a una preclusione processuale consistente nell'impossibilità di proporre domanda di arbitrato o di proseguire il giudizio arbitrale eventualmente pendente sulla controversia, senza tuttavia incidere sul patto compromissorio, con la conseguenza che laddove il giudizio ordinario si estingua o comunque non pervenga ad una decisione sul merito, la convenzione arbitrale manterrà intatta la propria efficacia⁸. Tale seconda impostazione appare preferibile, se non altro perché rispondente all'opinione, già consolidata prima della riforma, secondo la quale il semplice contegno processuale del difensore non sarebbe in grado di incidere sull'esistenza dell'accordo compromissorio⁹, e perché confortata dal disposto dell'art. 808 *quinques* c.p.c., a mente del quale la chiusura del procedimento arbitrale senza una decisione sul merito della lite non toglie efficacia al patto compromissorio¹⁰.

Pur aderendo a tale ricostruzione, si pone però il problema legato all'individuazione del momento in cui si realizza la suddetta preclusione; problema che, come evidenziato poc'anzi, è complicato dal fatto che la norma contenga un riferimento alla decisione della controversia. Secondo alcuni, il tenore dell'art. 819 *ter* c.p.c. dovrebbe indurre a ritenere che la competenza

⁸ CONSOLO, *Spiegazioni*, cit., I, 506; IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo. Studio sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, Torino, 2013, 221; EAD., *Appunti sull'eccezione di patto compromissorio e sulla sentenza che la decide*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 454; OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri sui presupposti dell'arbitrato*, Torino, 2011, 98; RUBINO SAMMARTANO, *Arbitrato*, cit., 482; BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, in AA. VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, II, 321; LUISO, *Rapporti tra arbitro*, cit., 787.

⁹ BOCCAGNA, *Appunti*, cit., 320 e 321; NELA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di Sergio Chiarloni, 2° tomo, Bologna, 2006, 1817. L'orientamento tradizionale ha sempre escluso che l'omessa formulazione dell'eccezione di patto compromissorio potesse valere a integrare un vero e proprio accordo risolutivo della convenzione arbitrale; un simile accordo, infatti, avrebbe dovuto essere posto in essere per iscritto dalle parti personalmente o comunque dai procuratori muniti di mandato *ad hoc*. Pertanto, gli effetti della mancata eccezione d'incompetenza sarebbero venuti meno in caso di estinzione del giudizio, con la conseguenza che, ove successivamente convenuta davanti al giudice ordinario per la medesima controversia, la parte precedentemente incorsa nella decadenza sarebbe stata legittimata a formulare l'*exceptio compromissi*; cfr. BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 273; BOVE, *Sul regime dell'eccezione di patto compromissorio rituale*, in *Riv. arb.*, 2004, 254; ID., *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.*, 1999, 419 e 420; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 201; VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Napoli, 1971, 326; FAZZALARI, voce «Arbitrato», cit., 91; Arbitro Unico, Treviso, 14 febbraio 2005, cit. In senso contrario TOMBARI, *op. cit.*, 1080, che considera l'ipotesi come un caso di vera e propria risoluzione dell'accordo compromissorio.

¹⁰ OCCHIPINTI, *op. cit.*, 95 e D'ALESSANDRO, *Sub art. 808 quinques c.p.c.*, in *Commentario alle riforme*, cit., 578 e 579.

arbitrale venga meno solo nel momento in cui in sede giurisdizionale intervenga una decisione sul merito della lite e che, fino a quell'epoca, la convenzione d'arbitrato conservi la propria efficacia¹¹. Per altri, invece, l'effetto estintivo si produrrebbe immediatamente (in seguito all'omessa eccezione¹²), salvo venire meno (con conseguente riespansione della competenza arbitrale) nel momento in cui il processo ordinario si estingua o si chiuda con una pronuncia di rito¹³. La prima soluzione ha il pregio di evitare di porre nel nulla l'attività compiuta dagli arbitri in un momento in cui in sede ordinaria non si sappia ancora se quel giudizio possa effettivamente giungere al suo naturale epilogo¹⁴; la seconda consentirebbe invece di evitare il compimento, in sede arbitrale, di attività processuale inutile, in quanto destinata alla caducazione per effetto della mancata eccezione.

La seconda soluzione sembrerebbe trovare riscontro in quella che potrebbe essere la *ratio* ispiratrice della disposizione in esame, che per molti dovrebbe

¹¹ PUNZI, *Disegno*, cit., I, 2012, 673; RUFFINI, Sub art. 819 ter c.p.c., in *La nuova disciplina*, cit., 375; BOVE, *Ancora sui rapporti*, cit., 364 ss.; negli stessi termini sostanzialmente anche CAPPONI, Sub art. 819 ter c.p.c., in *Commentario alle riforme*, cit., 884, che ritiene la diversa lettura in contrasto con l'adozione, da parte dello stesso legislatore, del modello delle vie parallele. Secondo l'orientamento in parola, la produzione dell'effetto estintivo conseguente alla mancata formulazione dell'*exceptio compromissi* sarebbe quindi sospensivamente condizionata alla decisione del merito della causa momento e destinata a retroagire fino al momento della mancata eccezione. Accedendo a questa tesi, si pone tuttavia l'ulteriore problema di capire se per provocare l'estinzione della competenza arbitrale sia necessario o meno attendere il passaggio in giudicato della decisione sul merito della lite. Ove si opini nel senso della non necessità del passaggio in giudicato (cfr. CAPPONI, *Rapporti tra arbitri*, cit.), si dovrebbe concludere che, fino a quando la controversia penda in primo grado dinanzi al giudice ordinario, le parti saranno libere di dare avvio al procedimento arbitrale ed entrambi proseguiranno secondo lo schema delle vie parallele; ove invece, in sede ordinaria sia già stata emessa una sentenza di merito, le parti non potranno più incardinare la medesima lite dinanzi agli arbitri.

¹² Alla quale dovrebbe continuare ad essere assimilata la proposizione di una domanda dinanzi al giudice ordinario; cfr. Cass., 7 luglio 2014, n. 15452, secondo la quale rinuncia implicitamente alla clausola compromissoria la parte che instauri un giudizio sommario finalizzato a ottenere un'ordinanza di sfratto per morosità chiedendo contestualmente, nel merito, la risoluzione del contratto di locazione per inadempimento. Secondo Coll. Arb., Bari, 22 giugno 2011, in *Riv. arb.*, 2011, 661, con nota di ALLOTTI, *Rapporti tra arbitri e giudice ordinario*, a tale regola farebbe però eccezione il caso in cui le parti procedano all'instaurazione di un giudizio monitorio, dal momento che con il deposito di un ricorso per decreto ingiuntivo le parti si limiterebbero ad azionare uno strumento processuale precluso agli arbitri.

¹³ OCCHIPINTI, *op. cit.*, 98. Anche in tal caso occorre domandarsi se sia o meno necessario il consolidamento della sentenza di rito o della declaratoria di estinzione del processo. L'opinione favorevole alla necessità di attendere la formazione del giudicato sembrerebbe preferibile, se non altro per evitare "pericolosi andirivieni della competenza arbitrale"; cfr. BOCCAGNA, *Appunti*, cit., 322.

¹⁴ BOVE, *Discutibile la scelta del "sistema tedesco"*, in *Guida dir.*, 2006, numero 8, 108. Essa, inoltre, consentirebbe l'avvio del giudizio arbitrale anche nell'ipotesi in cui nel giudizio ordinario preventivamente instaurato non sia stata formulata l'*exceptio compromissi*.

essere ricercata nella volontà del legislatore di apprestare (almeno) uno strumento di coordinamento preventivo fra il procedimento arbitrale e quello ordinario, al fine di prevenire la contemporanea pendenza della medesima lite in entrambe le sedi¹⁵. Del resto, il passaggio in giudicato della sentenza che decide il merito della lite rappresenterebbe *ex se* una circostanza idonea a impedire l'instaurazione o la prosecuzione del procedimento arbitrale; per cui, non avrebbe avuto molto senso sancire attraverso una disposizione *ad hoc* un effetto già previsto dall'ordinamento¹⁶. Inoltre, la chiusura in rito del processo è evento statisticamente molto meno frequente rispetto alla chiusura nel merito; per cui, rinviare all'emanazione della sentenza di merito la produzione dell'effetto estintivo significherebbe rinunciare, di fatto, al coordinamento fra i processi¹⁷. Infine, occorre considerare che la pronuncia giudiziale potrebbe intervenire anche a distanza di anni dalla definizione del procedimento arbitrale¹⁸; il che sarebbe foriero di non poche complicazioni, dal momento che, in tal caso, si assisterebbe a una situazione in cui la lite finirebbe con l'essere definita precariamente con un lodo esposto al rischio di caducazione postuma.

Questa lettura appare tutto sommato condivisibile nell'ipotesi in cui la controversia sia preventivamente portata all'attenzione dell'autorità giudiziaria; in tal caso, essa appare ispirata a un principio di autoresponsabilità, dal momento che impedisce alla parte convenuta (che non abbia tempestivamente formulato l'eccezione d'incompetenza) di instaurare il procedimento arbitrale in un momento successivo, a seconda dell'andamento del giudizio ordinario. Essa desta, invece, qualche perplessità nel caso in cui il procedimento arbitrale preceda quello ordinario: in tal caso, infatti, la parte ha già manifestato la propria volontà di avvalersi della giustizia privata e non si comprende la ragione per la quale essa sia

¹⁵ IZZO, *La convenzione*, cit., 219; RIGHETTI, *L'eccezione di compromesso*, in AA. VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, II, 642; BOVE, *Ancora sui rapporti*, cit., 369; MARINUCCI, *Note sull'impugnazione del lodo arbitrale per contrarietà ad altra pronuncia*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1181. *Contra* SALVANESCHI, *Arbitrato. Libro Quarto: Procedimenti speciali art. 806-840*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, a cura di Sergio Chiarloni, Bologna, 2014, 593, secondo la quale non sarebbe dato comprendere la ragione per cui tale meccanismo dovrebbe operare a senso unico, a esclusivo favore del giudizio ordinario. Inoltre, rileva l'A., il giudizio sulla concreta operatività, in sede arbitrale, del meccanismo estintivo previsto dalla norma di cui al testo sarebbe comune rimessa agli arbitri, i quali sarebbero liberi, ai sensi dell'art. 817 c.p.c. di decidere sulla propria competenza contestata per una ragione sopravvenuta.

¹⁶ IZZO, *La convenzione*, cit., 222; BOCCAGNA, *Appunti*, cit., 322.

¹⁷ BOCCAGNA, *Appunti*, cit., 321; LUISO, *Rapporti tra arbitro*, cit., 788.

¹⁸ BOCCAGNA, *Appunti*, cit., 322.

tenuta a ribadire tale volontà dinanzi al giudice ordinario, pena la (sopravvenuta) estinzione della competenza arbitrale¹⁹. Inoltre, ove si ritenga che il meccanismo preclusivo sia destinato a operare anche in caso di previa pendenza del giudizio arbitrale, la previsione in questione rappresenterebbe di fatto una vistosa deroga al principio della *perpetuatio iurisdictionis* di cui all'art. 5 c.p.c., principio sulla cui applicabilità in sede arbitrale non parrebbe residuare alcun dubbio, attesa la qualificazione dell'eccezione di patto compromissorio come eccezione d'incompetenza²⁰. Inoltre, si tratterebbe di una deroga unilaterale – non è infatti prevista una disposizione di tenore analogo con riferimento al giudizio arbitrale – che mal si concilierebbe con il *favor arbitrati* che ispira tutta la recente riforma²¹.

In ogni caso, come precisato dalla norma, la preclusione opererà solo con riferimento alla controversia proposta in sede giurisdizionale; pertanto, essa non inciderà sulle possibili diverse controversie ricomprese nella medesima

¹⁹ L'art. 819 *ter* c.p.c. non distingue, infatti, a seconda che il giudizio ordinario risulti instaurato preventivamente o successivamente rispetto a quello arbitrale; per cui, il meccanismo estintivo in essa disciplinato sembra destinato ad operare indipendentemente da tale circostanza; cfr. BOVE, *Discutibile*, cit., 108. In senso contrario, per l'inapplicabilità della norma al caso in cui l'arbitrato sia stato instaurato preventivamente rispetto al giudizio ordinario, v. RIGHETTI, *op. cit.*, 640; CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *Commentario alle riforme*, cit., 885; ID., *Rapporti tra arbitri*, cit.

²⁰ Sull'applicabilità dell'istituto della *perpetuatio iurisdictionis* all'arbitrato la giurisprudenza ha assunto posizioni altalenanti. L'orientamento più risalente, assimilando l'*exceptio compromissi* all'eccezione d'incompetenza per territorio semplice, riteneva che l'istituto applicabile al procedimento arbitrale, con la conseguenza che la competenza degli arbitri avrebbe dovuto ritenersi insensibile ai mutamenti di fatto e di diritto intervenuti dopo l'instaurazione del procedimento; cfr. Cass., Sez. Un., 12 giugno 1997, n. 5299; in dottrina, ACONE, *Arbitrato e competenza*, in *Riv. arb.*, 1996, 255 e SALVANESCHI, *La domanda d'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 668. In senso contrario all'applicazione di tale istituto al giudizio arbitrale ha invece opinato la giurisprudenza successiva al *revirement* del 2000, sulla base del ritenuto carattere negoziale dell'arbitrato; cfr. Cass., 21 luglio 2004, n. 13516, in *Corr. giur.*, 2005, 651, con nota di MURONI, *La litispendenza arbitrale prima e dopo la novella del 1994: rapporto processuale e rapporto negoziale parti-arbitri*; *Riv. dir. proc.*, 2005, 251, con nota di CAPPONI, *Arbitrato e perpetuatio iurisdictionis*; in *Riv. arb.*, 2005, 523; con nota di SANTAGADA, *Rapporti tra giurisdizione ordinaria e arbitrato: una peculiare questione di diritto intertemporale*.

Benché la dottrina avesse ripetutamente evidenziato come l'applicazione dell'art. 5 c.p.c. dovesse ritenersi sganciata dalla qualificazione dei rapporti fra arbitri e giudici, essendo essa espressione del generale principio *tempus regit actum* ed essendo essa funzionale a garantire alla parte che avesse notificato la domanda di arbitrato la medesima tutela prevista per la parte che avesse adito l'autorità giudiziaria (cfr. CAPPONI, *Arbitrato e perpetuatio iurisdictionis*, in *Riv. arb.*, 2005, 265), oggi, l'applicazione dell'istituto in questione sembrerebbe fuor di discussione, in conseguenza della qualificazione dei rapporti fra arbitri e giudici in termini di competenza; cfr. CAPPONI, *Rapporti tra arbitri e autorità*, cit.; PELLEGRINELLI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in *Commentario alle riforme*, cit., 820; MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino, 2008, 202 ss.; NELA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in *Le recenti riforme*, cit., 1774. Sul tema ritorneremo comunque nel capitolo successivo, allorché ci occuperemo dell'impugnazione del lodo emesso su controversie non compromettibili.

²¹ SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 593; BOCCAGNA, *Appunti*, cit., 320. Critici rispetto alla scelta legislativa BOVE, CECHELLA, *op. cit.*, 86.

convenzione arbitrale²². Inoltre, affinché possa concretamente prodursi l'effetto estintivo della competenza arbitrale è comunque necessario che della mancata formulazione dell'*exceptio compromissi* venga data opportuna evidenza in sede arbitrale. Ai sensi dell'art. 817 c.p.c. (che, come vedremo fra poco, disciplina ogni ipotesi d'incompetenza arbitrale), la sopravvenuta inefficacia della convenzione d'arbitrato dovrà quindi essere eccepita tempestivamente dalla parte che vi abbia interesse, entro la prima difesa utile successiva al decorso del termine previsto per la proposizione dell'eccezione d'incompetenza in sede giurisdizionale²³. Una volta sollevata l'eccezione d'incompetenza, gli arbitri dovranno spogliarsi della controversia; ove ciò non accada, e cioè ove essi decidano comunque il merito della controversia, il lodo sarà impugnabile per nullità ai sensi dell'art. 828 c.p.c. Quanto al motivo di nullità invocabile nel caso di specie, benché taluni lo individuino nella previsione di cui all'art. 829, 1° comma, n. 1, c.p.c., quale ipotesi d'inefficacia della convenzione²⁴, ci sembra più aderente alla ricostruzione che identifica le conseguenze dell'omessa eccezione con una preclusione processuale l'invocazione del motivo previsto dall'art. 829, 1° comma, n. 4 c.p.c. nella parte in cui sancisce la nullità del lodo che abbia deciso il merito in ogni caso in cui sia stato deciso il merito della lite e questo non poteva essere deciso.

Le interpretazioni testé affacciate che, sia pur con alcuni distinguo, attribuiscono alla mancata formulazione dell'*exceptio compromissi* un effetto estintivo della competenza arbitrale non sono tuttavia condivise dalla totalità degli interpreti. Secondo alcuni, infatti, tali letture della norma sarebbero precluse proprio dalla sostanziale parità e dalla reciproca indifferenza fra il procedimento arbitrale e quello giurisdizionale sancita dall'art. 817 c.p.c. (sulla quale ritorneremo *infra*). Per cui, non potendo un comportamento tenuto in una delle due sedi influenzare l'altra, la previsione di cui all'art. 819 *ter* c.p.c. dovrebbe essere intesa nel senso che alla mancata contestazione della competenza del giudice ordinario conseguirebbe unicamente la fissazione di tale competenza e la

²² LUIISO, SASSANI, *op. cit.*, 308. In tal senso anche Arbitro Unico, Treviso, 14 febbraio 2005, cit..

²³ OCCHIPINTI, *op. cit.*, 94; PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, III, 2° ed., Torino, 2010, 213; BOVE, CECHELLA, *op. cit.*, 79; LUIISO, *Rapporti tra arbitro*, cit., 787.

²⁴ cfr. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, Milano, 2009, 103.

conseguente preclusione per le parti di avvalersi del regolamento di competenza nell'ambito di quella singola vicenda processuale²⁵.

3. Il regime dell'eccezione d'incompetenza arbitrale

Il legislatore della riforma è intervenuto anche sul procedimento arbitrale, nel quale non è però ravvisabile una disciplina generale dell'eccezione d'incompetenza, ma occorre distinguere a seconda che oggetto di contestazione sia l'esistenza o la validità dell'accordo compromissorio, la sua interpretazione o ancora l'arbitrabilità della lite²⁶.

3.1. L'invalidità e l'inefficacia della convenzione d'arbitrato

La prima ipotesi presa in considerazione dal legislatore delegato è quella in cui la competenza degli arbitri sia messa in discussione in ragione dell'invalidità o dell'inefficacia dell'accordo arbitrale. Il legislatore del 1940 non aveva disciplinato in modo specifico questa fattispecie, sicché il regime applicabile alla fattispecie era stato mutuato da quello previsto dall'originario art. 817 c.p.c., che regolava l'ipotesi in cui fra le parti fosse sorta una controversia sull'estensione del patto compromissorio e che, come si vedrà appresso, consentiva la formulazione dell'eccezione per tutto il corso del procedimento arbitrale²⁷. Con una sensibile differenza, data dal fatto che, non essendo esplicitamente comminata alcuna decadenza, l'eccezione d'invalidità dell'accordo arbitrale, pur essendo rimessa all'iniziativa delle parti²⁸, avrebbe potuto essere dedotta per la prima volta anche in sede d'impugnazione del lodo, ai sensi dell'art. 829, 1° comma, n. 1, c.p.c.²⁹.

²⁵ G.F. RICCI, Sub art. 819 ter c.p.c., in *Arbitrato. Commento al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile (artt. 806 – 840)*, a cura di Federico Carpi, 2° ed., Bologna, 2007, 510.

²⁶ G.F. RICCI, Sub art. 817 c.p.c., in *Arbitrato*, cit., 2007, 469.

²⁷ RASIA, *Il conflitto transnazionale tra giurisdizione ordinaria e arbitrato sulla medesima lite. Spunti su un principio di «lis alibi pendens» nell'arbitrato internazionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1074.

²⁸ Non mancavano tuttavia voci favorevoli al rilievo officioso dell'invalidità della convenzione arbitrale, come ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, 3° ed., Napoli, 1964, 791, con riferimento al caso della clausola compromissoria conclusa da un incapace. In giurisprudenza afferma la rilevanza officiosa della nullità della clausola compromissoria Cass., 3 giugno 2004, n. 10561, in motivazione.

²⁹ OCCHIPINTI, *op. cit.*, 117; RUFFINI, Sub art. 817 c.p.c., in *La nuova disciplina*, cit. 288; BOVE, CECHELLA, *op. cit.*, 79.

Il legislatore del 2006 ha disciplinato l'eccezione d'incompetenza arbitrale all'art. 817 c.p.c., il cui secondo (in realtà, terzo) comma³⁰ prevede l'onere per la parte convenuta dinanzi agli arbitri di eccepire l'incompetenza di questi ultimi per «inesistenza, invalidità o inefficacia»³¹ della convenzione d'arbitrato «nella prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri»³², pena l'impossibilità di impugnare il lodo per tale motivo. A tale disposizione fa eco quella contenuta nel novellato art. 829, 1° comma, n. 1, c.p.c. che, condiziona l'impugnabilità del lodo per invalidità della convenzione alla disposizione contenuta al «terzo comma» dell'art. 817 c.p.c.³³. Per effetto di tale disposizione, la contestazione del potere decisorio degli arbitri diviene soggetta a una precisa preclusione e non può (più)

³⁰ Sulla (errata) numerazione dei commi dell'art. 817 c.p.c. v. E.F. RICCI, *L'arbitrato e il tipografo legislatore (elogio della rientranza)*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 631.

³¹ I requisiti di esistenza e validità del patto compromissorio sono contenuti in parte nella disciplina speciale contenuta negli artt. 807 e 808 c.p.c., in parte nella disciplina generale dei contratti; cfr. SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 883; OCCHIPINTI, *op. cit.*, 72 e 75 ss.; SANGIOVANNI, *op. cit.*, 556 ss. e 558; MARINUCCI, *L'impugnazione*, cit., 84 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 717. La valutazione di tali requisiti dovrà essere effettuata in ossequio al principio *tempus regit actum*, cioè sulla base delle norme vigenti al momento sua conclusione, salvo ovviamente le disposizioni sopravvenute per le quali sia prevista un'applicazione retroattiva (come nel caso dell'art. 34 del d.lgs. n. 5 del 2003); cfr. MURONI, *La pendenza*, cit., 208. Considerazioni analoghe valgono per l'inefficacia che trova la propria disciplina, in parte nell'ambito del diritto sostanziale, in parte nel codice di rito, il quale annovera talune ipotesi specifiche quali quella prevista dall'art. 816 *septies* c.p.c. (mancato anticipo delle spese del procedimento) o quella di cui all'art. 819 *ter* c.p.c. (omessa formulazione dell'*exceptio compromissi* dinanzi al giudice ordinario). Sul punto v. SANGIOVANNI, *op. cit.*, 566 ss. e OCCHIPINTI, *op. cit.*, 89 ss. e 99 ss.; MARINUCCI, *L'impugnazione*, cit., 100 ss.; LUISO, SASSANI, *op. cit.*, 298.

³² Come esplicitato nella Relazione illustrativa del decreto legislativo, tale previsione risponde al «principio di lealtà processuale», nonché al «principio di autoresponsabilità». Essa consente, quindi, alla parte convenuta di attivarsi non immediatamente nell'atto di nomina del proprio arbitro, ma entro il primo termine successivo alla costituzione del collegio giudicante; cfr. BOVE, *Ancora sui rapporti*, cit., 364. La formulazione del secondo comma dell'art. 817 c.p.c. fa riferimento all'inesistenza, all'invalidità e all'inefficacia, mentre il primo comma della norma, nel sancire il principio della *Kompetenz-Kompetenz*, contempla, oltre alla validità, al contenuto e all'ampiezza della convenzione, anche la regolare costituzione degli arbitri. Sul contenuto e sull'ampiezza ritorneremo fra poco; quanto alla regolare costituzione degli arbitri, cui corrisponde il motivo di nullità previsto dall'art. 829, 1° comma, n. 2, c.p.c., si ritiene che gli eventuali vizi debbano sì essere oggetto di eccezione dinanzi agli arbitri (pena la non impugnabilità del lodo), ma non necessariamente nella prima difesa; cfr. SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 561; SANGIOVANNI, *op. cit.*, 559 ss. e 567; NELA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in *Le recenti riforme*, cit., 1777.

³³ Come rilevato da E.F. RICCI, *L'arbitrato e il tipografo*, cit., 632, il terzo comma dell'art. 817 c.p.c. nulla ha a che vedere con la previsione di cui all'art. 829, 1° comma, n. 1, c.p.c. Tale disposizione mette dunque in evidenza l'errore che affligge la versione definitiva del testo del decreto legislativo, nella quale le previsioni (diverse) che avrebbe dovuto essere contenute rispettivamente nei commi secondo e terzo sono state inopinatamente unite in unico (secondo) comma.

essere fatta valere per la prima volta in sede d'impugnazione del lodo³⁴. A tale meccanismo fa ovviamente eccezione, per espressa previsione del legislatore, il caso in cui la controversia dedotta in arbitrato non sia compromettibile³⁵ (ipotesi sulla quale ritorneremo *infra*). Come rilevato da taluni interpreti, il disposto dell'art. 817 c.p.c. è in realtà espressione della regola generale sancita dall'art. 829, 2° comma, c.p.c., a mente della quale la parte che non abbia «*eccepito nella prima istanza o difesa la violazione di un regola che disciplina lo svolgimento del procedimento arbitrale non può per questo motivo impugnare il lodo*». A fronte di tale disposizione, deve ritenersi che in tutti i casi in cui l'incompetenza arbitrale sia determinata da fatti sopravvenuti che privino di efficacia l'accordo compromissorio (come la mancata formulazione dell'*exceptio compromissi* in sede giurisdizionale) la relativa eccezione debba essere formulata entro il primo momento utile, ossia entro la prima difesa successiva alla conoscenza che le parti abbiano avuto di tali fatti³⁶.

3.2. L'esorbitanza della domanda rispetto all'accordo arbitrale

Considerazioni in parte diverse devono compiersi con riferimento alla particolare ipotesi in cui a essere oggetto di contestazione non sia la valida esistenza dell'accordo arbitrale, ma la sua ampiezza, ossia l'ipotesi in cui si deduca l'incompetenza degli arbitri per essere la controversia loro sottoposta non ricompresa nell'ambito del patto compromissorio³⁷. Contrariamente alla

³⁴ BOVE, *Ancora sui rapporti*, cit., 364; E.F. RICCI, *Clausola compromissoria "vessatoria" e impugnazione del lodo* (nota a CGE, 26 ottobre 2006, C-168/05), in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1086; BOVE, CECHELLA, *op. cit.*, 79; LUISO, *Rapporti tra arbitro*, cit., 778.

³⁵ BOVE, *Ancora sui rapporti*, cit., 364; BOVE, CECHELLA, *op. cit.*, 80; LUISO, *Rapporti tra arbitro*, cit., 779.

³⁶ PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2012, 171; RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in *La nuova disciplina*, cit., 289; G.F. RICCI, *Sub art. 817c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 470; BOVE, *Ancora sui rapporti*, cit., 364; LUISO, *Rapporti tra arbitro*, cit., 778. Tale onere dovrà essere senza dubbio assolto ove l'estinzione della competenza arbitrale si verifichi quando il procedimento arbitrale sia già pendente e la parte che abbia interesse a far valere tale estinzione vi si sia già costituita; qualora, invece, il procedimento arbitrale venga instaurato successivamente a tale momento, si porrà il problema di stabilire il soggetto che intenda far valere l'incompetenza arbitrale sia gravato dall'onere di "costituirsi" nel relativo procedimento pena l'impossibilità di impugnare il lodo, oppure se egli possa decidere di non partecipare al procedimento, riservando la deduzione del motivo d'incompetenza al giudizio di nullità del lodo (così MARINUCCI, *L'impugnazione*, cit., 103). Sul punto v. *infra*.

³⁷ In ipotesi, la questione può sorgere con riferimento ad ogni tipologia di convenzione arbitrale; di fatto, però, il problema di accertare i limiti della volontà compromissoria delle parti si porrà con

fattispecie precedente, quella in parola era già stata presa in considerazione dal legislatore del 1940, il quale aveva imposto in capo alle parti un onere di eccezione rispetto alle conclusioni che esulassero dal patto compromissorio: ai sensi dell'art. 817 c.p.c., la parte che non avesse eccepito nel corso del procedimento l'esorbitanza delle conclusioni delle altre parti rispetto ai limiti del compromesso o della clausola compromissoria, non avrebbe potuto per questo motivo impugnare di nullità la sentenza arbitrale. Questa disposizione trovava riscontro nell'art. 829, n. 4, c.p.c., che nel comminare la nullità del lodo pronunciato *extra compromissum*, faceva – e fa tuttora – salvo il meccanismo decadenziale previsto dall'art. 817 c.p.c. Attraverso il combinato disposto di queste due norme alle parti veniva quindi consentita la possibilità, attraverso un comportamento omissivo, di estendere l'oggetto del giudizio arbitrale a controversie non contemplate dal patto compromissorio³⁸.

Il legislatore dell'ultima riforma ha mantenuto sostanzialmente inalterata la pregressa disciplina, limitandosi a collocare il disposto del vecchio art. 817 c.p.c. al terzo (in origine quarto) comma³⁹ della novellata norma. Ad essa corrisponde la previsione di cui all'art. 829, 1° comma, n. 4, c.p.c. che, benché profondamente modificato, continua ad annoverare fra i motivi di nullità del lodo la pronuncia resa fuori dai limiti della convenzione d'arbitrato. Nel regime attuale il rilievo dell'esorbitanza delle conclusioni continua, dunque, a essere rimesso alla volontà delle parti, le quali, omettendo di formulare la relativa eccezione, perdono la possibilità di impugnare il lodo per tale motivo.

A differenza del secondo comma dell'art. 817 c.p.c., che impone alla parte convenuta un onere di tempestiva eccezione dell'incompetenza arbitrale, il terzo comma della norma ha mantenuto inalterata la formulazione precedente, disponendo che l'eccezione d'incompetenza sia sollevata «*nel corso*

maggior frequenza all'ipotesi in cui siano stati stipulati una clausola compromissoria o un accordo in materia extracontrattuale. Nel caso in cui sia stipulato un compromesso, infatti, l'individuazione del *quantum devolutum* alla cognizione degli arbitri sarà resa più agevole dal fatto che l'accordo arbitrale sia successivo al sorgere della controversia e che l'introduzione del giudizio arbitrale avvenga, almeno di norma, di comune accordo fra le parti.

³⁸ GIAMMARRIA, VELANI, *op. cit.*, 292. Sul carattere disponibile e dunque rinunciabile dell'eccezione di esorbitanza e sull'impossibilità che essa fosse oggetto di rilievo officioso da parte degli arbitri v. Cass., 13 novembre 1992, n. 12208.

³⁹ Sul punto v. sempre E.F. RICCI, *L'arbitrato e il tipografo*, cit., 631.

dell'arbitrato»⁴⁰. Se nel contesto anteriore alla riforma del 2006 tale previsione poteva apparire come uno dei corollari della mancanza di termini entro cui le parti dovevano far valere i profili d'incompetenza degli arbitri⁴¹, essa appare più difficilmente spiegabile nel contesto attuale, in cui il legislatore, al medesimo art. 817 c.p.c., ha previsto un termine decadenziale entro cui deve essere eccepita l'incompetenza derivante dai vizi che affliggono la convenzione d'arbitrato e ha altresì imposto, all'art. 829, 2° comma, c.p.c., alle parti l'onere di eccepire tempestivamente (ossia nella prima istanza o difesa utile) la violazione delle regole che disciplinano lo svolgimento del procedimento arbitrale, pena l'impossibilità di impugnare il lodo⁴².

È possibile che la tradizionale assenza di preclusioni assertive nel procedimento *apud arbitros* abbia determinato il legislatore a lasciare inalterata la norma in esame, sulla scorta del rilievo che, potendo essere formulate domande nuove per tutto il corso del procedimento, anche l'eccezione di esorbitanza dovrebbe poter essere proposta in termini conseguenti⁴³. La valorizzazione di tale rilievo, unitamente all'attribuzione alle previsioni di cui agli art. 817, 2° comma e 829, 2° comma, c.p.c. di una portata generale, potrebbe quindi legittimare una

⁴⁰ Come rileva PELLEGRINELLI, *op. cit.*, 826 e 827, la norma codicistica differisce dalla previsione contenuta all'art. 5 della Convenzione di Ginevra del 1961 sull'arbitrato commerciale internazionale. Mentre con riferimento alle questioni relative all'invalidità o all'inefficacia della convenzione arbitrale, la disciplina interna appare sovrapponibile a quella internazionale che individua il termine ultimo di formulazione dell'eccezione nel momento di presentazione della difesa di merito, per quanto riguarda la questione dell'esorbitanza, le due discipline divergono dal momento che quella internazionale prevede che l'eccezione debba essere sollevata nel momento in cui, nel corso del procedimento arbitrale, si ponga la questione relativa all'eccedenza dei poteri degli arbitri, mentre quella domestica non contiene alcuna preclusione.

⁴¹ Cass., 7 agosto 1993, n. 8563.

⁴² In tal senso NELA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in *Le recenti riforme*, cit., 1778.

⁴³ NELA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in *Le recenti riforme*, cit., 1778; così già GIACOBBE, D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 99. A questo proposito, ricordiamo che l'art. 816 *bis* c.p.c. (in cui è confluito il disposto del vecchio art. 816 c.p.c.) prevede che le parti possano stabilire, nel compromesso, nella clausola compromissoria o in un atto scritto successivo (purché anteriore all'inizio del giudizio), le norme che gli arbitri sono chiamati ad osservare nel procedimento e che, in mancanza di tali norme, gli arbitri abbiano facoltà di regolare lo svolgimento del giudizio nel modo che ritengano più opportuno, in ogni caso assegnando alle parti i termini per la presentazione di documenti, memorie e repliche. Per cui, ove le parti o gli arbitri abbiano dettato tali norme, la formulazione dell'eccezione di esorbitanza *ex art. 817 c.p.c.* non potrà soggiacervi; cfr. MOTTO, *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti* (nota Cass., 21 settembre 2004, n. 18917, in *Riv. arb.*, 2006, 98. Va tuttavia ricordato che, come chiarito in più occasioni dalla giurisprudenza di legittimità, a tal fine, è necessario che i termini assegnati dagli arbitri (o concordati dalle parti) siano qualificati in modo espresso come perentori; diversamente si considereranno ordinatori e le parti potranno proporre domande ed eccezioni nuove fino alla fase di decisione, senza che possa essere opposta loro alcuna decadenza e salvo solo il rispetto del principio del contraddittorio.

lettura dell'art. 817, 3° comma, c.p.c. tale per cui l'eccezione d'incompetenza dovrebbe essere formulata, a pena di decadenza, nella prima difesa successiva alla proposizione della domanda esorbitante⁴⁴.

Tale lettura, tuttavia, non convince: in primo luogo, perché il tenore letterale dell'art. 817, 3° comma, c.p.c. sembra consentire la formulazione dell'eccezione di esorbitanza indipendentemente dal momento in cui sia stata proposta la conclusione (*rectius* la domanda) esorbitante⁴⁵; in secondo luogo, perché la possibilità di eccepire l'esorbitanza di domande formulate nel corso del procedimento sarebbe (stata) adeguatamente garantita dal principio del contraddittorio. Il che potrebbe effettivamente indurre a ritenere insuperabile la formulazione della norma e, conseguentemente, con la conseguenza che la proposizione dell'eccezione di esorbitanza dovrebbe ritenersi ammissibile per tutto il corso del procedimento, dunque fino all'ultima udienza dinanzi al collegio arbitrale o fino allo scambio delle difese finali⁴⁶, ferma in ogni caso la necessità di assicurare il rispetto del contraddittorio⁴⁷.

⁴⁴ AA. VV., *Arbitrato*, cit., 215; RUFFINI, BOCCAGNA, Sub art. 829 c.p.c., in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, a cura di Massimo V. Benedettelli, Claudio Consolo e Luca Radicati di Brozolo, Padova, 2010, 344; BOCCAGNA, Sub art. 829 c.p.c., in *La nuova disciplina*, cit., 464; ID., Sub art. 829 c.p.c., in *Commentario alle riforme*, 1025; MARINUCCI, *L'impugnazione*, cit., 153; MENCHINI, *Impugnazioni del lodo rituale*, in *Riv. arb.*, 2005, 856; LUISO, *Diritto processuale*, 2009, 389; ID., *Rapporti tra arbitro*, cit., 778 e 779; LUISO, SASSANI, *op. cit.*, 299; BOVE, *Resta la confusione sulle liti transnazionali*, in *Guida dir.*, 2006, numero 8, 104. Del resto, se il legislatore (come vedremo nel capitolo successivo) si è spinto fino a imporre alle parti un onere di tempestiva eccezione anche con riferimento ai casi di inesistenza del patto compromissorio, non si vede perché il caso dell'esorbitanza – caso che, da un punto di vista logico, è assimilabile all'inesistenza parziale della convenzione d'arbitrato, posto che eccepire l'esorbitanza della conclusioni rispetto ad essa significa affermare che, rispetto a tali questioni, quest'ultima è inesistente; cfr. NELA, *L'inesistenza della convenzione arbitrale rituale dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 981 e 982 – dovrebbe godere di un regime processuale diverso.

⁴⁵ E come rileva PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2012, 547, alla norma, in quanto dedicata a un'ipotesi speciale d'incompetenza, deve riconoscersi una portata derogativa della previsione contenuta nell'art. 829 c.p.c.

⁴⁶ Cfr. SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 600 e 891; IZZO, *La convenzione*, cit., 215; SANGIOVANNI, *op. cit.*, 569; RUFFINI, Sub art. 817 c.p.c., in *La nuova disciplina*, cit., 292; PELLEGRINELLI, *op. cit.*, 822 e 824; G.F. RICCI, Sub art. 817 c.p.c., in *Arbitrato*, cit., 2007, 474. Nel senso di cui al testo, v., prima della riforma, Cass., 22 gennaio 1999, n. 565; Cass., 7 agosto 1993, n. 8563; RUFFINI, Sub art. 817 c.p.c., in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Claudio Consolo e Francesco Paolo Luiso, 2° ed., Milano, 2000, 3444.

⁴⁷ SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 891; G.F. RICCI, Sub art. 817 c.p.c., in *Arbitrato*, cit., 2001, 333; Cass., 17 dicembre 1993, n. 12517. Occorre tuttavia dare evidenza di quell'orientamento secondo il quale lo svolgimento di difese nel merito rispetto alla domanda esorbitante integrerebbe un comportamento incompatibile con la volontà di avvalersi dell'eccezione d'incompetenza e, pertanto, precluderebbe alla parte la possibilità di impugnare il lodo ai sensi dell'art. 829, 1° comma, n. 4, c.p.c.; cfr. MOTTO, *op. cit.*, 99 e, in giurisprudenza, Cass., 22 gennaio 1999, n. 565.

Se l'eccezione di esorbitanza venga formulata, sarà necessario procedere all'interpretazione del patto compromissorio, onde verificare se la domanda proposta possa o meno ritenersi in esso ricompresa⁴⁸. Ove, invece, le parti rimangano inerti, si pone il problema di capire se sia comunque necessario che gli arbitri accettino di pronunciare sulla domanda esorbitante⁴⁹. Per alcuni, il silenzio serbato sul punto dall'art. 817 c.p.c. dovrebbe indurre a ritenere che agli arbitri non sia consentito rifiutare la decisione sulla nuova pretesa⁵⁰. Tale conclusione non appare condivisibile. Sembra, infatti, più corretto ritenere che, laddove la domanda sia proposta in corso di causa (ossia dopo che arbitri abbiano formalizzato l'accettazione dell'incarico, eventualmente concordando anche un compenso con le parti oppure quando essi non possano più usufruire dell'intero termine previsto dall'art. 820 c.p.c.⁵¹), sia comunque necessario conseguire il

⁴⁸ Vedremo più avanti come tale potere spetti, in prima battuta, agli arbitri; cfr. DELLA PIETRA, *Il procedimento*, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di Giovanni Verde, 3° ed., Torino, 2005, 226; REDENTI, voce «Compromesso», in *Novissimo Dig. It.*, III, Torino, 1957, 801. A questo proposito, occorre ricordare che, per lungo tempo, la giurisprudenza (unitamente ad una parte della dottrina) ha ritenuto che la convezione arbitrale, concretando una deroga alla competenza del giudice ordinario, dovesse essere oggetto di un'interpretazione restrittiva, tale per cui ogni qual volta fosse sorto un dubbio in ordine alla possibilità per gli arbitri di conoscere della domanda, questa dovesse essere ricondotta alla competenza del giudice ordinario (cfr. Cass., 24 ottobre 1979, n. 5562 e, in dottrina, SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 126, 127 e 622) e che solo in tempi recenti essa è parsa abbandonare tale orientamento per avvicinarsi, sia pur in modo non univoco, alle posizioni assunte dalla dottrina maggioritaria, la quale da sempre privilegia un'interpretazione favorevole alla riconduzione alla cognizione degli arbitri di tutte le controversie nascenti dal rapporto cui il patto compromissorio accede (in tal senso già VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 277 ss., il quale però distingueva fra compromesso e clausola compromissoria). Il problema interpretativo sembra oggi avviarsi a soluzione, grazie all'intervento posto in essere dal legislatore della riforma, il quale, intervenendo con un norma *ad hoc*, l'art. 808 *quater* c.p.c., ha stabilito che «in caso di dubbio, la convenzione d'arbitrato si interpreta nel senso che la competenza arbitrale si estende a tutte le controversie che derivano dal contratto o dal rapporto cui la convenzione si riferisce».

⁴⁹ Il problema era già stato sollevato da MORTARA, *op. cit.*, 83. È evidente che la formulazione di una (fondata) eccezione di esorbitanza assorbirà il la questione relativa al consenso degli arbitri, la quale, pertanto, residuerà, oltre che nell'ipotesi di cui al testo, anche in quella in cui la domanda nuova risulti comunque ricompresa nell'ambito del patto compromissorio.

⁵⁰ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 727. Diversamente, infatti, si consentirebbe agli arbitri di rilevare officiosamente un vizio che la legge rimette invece alle parti. Così opinando, si dovrebbe quindi ritenere che, ove gli arbitri si astengano dal pronunciare sulla domanda esorbitante pur in assenza di eccezioni da parte dei litiganti, la loro statuizione potrà essere impugnata per omessa pronuncia.

⁵¹ Sul punto BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in *Arbitrato. Commento al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile (artt. 806 – 840)*, a cura di Federico Carpi, 2° ed., Bologna, 2007, 330 che però ipotizza il decorso di un nuovo termine per il deposito del lodo dal momento dell'accettazione della domanda nuova.

consenso del giudice privato⁵², il quale ovviamente potrà essere manifestato anche per fatti concludenti.

Al meccanismo decadenziale delineato dagli artt. 817 e 829 c.p.c. non sarà soggetta, ovviamente, l'ipotesi in cui la domanda esorbitante verta su materia non compromettibile. In tal caso, infatti, l'acquiescenza della parte contro cui tale domanda sia rivolta non impedirà la successiva impugnazione del lodo, né la rilevabilità officiosa della non arbitrabilità della materia da parte degli arbitri⁵³. A tale meccanismo decadenziale deve ritenersi parimenti sottratta anche l'ipotesi in cui la domanda esorbitante abbia ad oggetto una questione espressamente esclusa dall'ambito della convenzione d'arbitrato. Si ritiene, infatti, che di fronte a un'esplicita manifestazione di volontà tesa a escludere dall'arbitrato determinate materie per farle rientrare sia necessaria un'altrettanto espressa volontà contraria, volta a dare vita a un nuovo compromesso⁵⁴; donde la rilevabilità officiosa dell'estraneità della domanda rispetto al patto compromissorio e la possibilità di impugnare il lodo esorbitante indipendentemente dalla previa eccezione⁵⁵.

3.3. Ulteriori considerazioni sull'eccezione d'incompetenza

A completamento dell'esame del regime dell'eccezione d'incompetenza in sede arbitrale occorre porsi tre ulteriori interrogativi.

Il primo ha ad oggetto le conseguenze della mancata formulazione dell'eccezione d'incompetenza. Si discute da sempre, infatti, se l'omessa contestazione della competenza arbitrale valga a sanare il vizio che affliggeva il patto compromissorio (nel caso di sua inesistenza o invalidità) o a determinare la

⁵² SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 602; RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in *La nuova disciplina*, cit., 293; PUNZI, *Il processo civile*, cit., 214; ID., *Disegno*, cit., 2000, I, 544; GIACOBBE, D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 99; CARNACINI, *Arbitrato rituale*, in *Novissimo Dig. It.*, I, Torino, 1957, 889. In argomento anche BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 329, che, distinguendo a seconda che l'accettazione degli arbitri sia stata espressa prima o dopo l'insorgenza della lite, ritiene il consenso degli arbitri necessario solo nel secondo caso.

⁵³ PUNZI, *Disegno*, cit., I, 2012, 197; RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in *La nuova disciplina*, cit., 292; DELLA PIETRA, *op. cit.*, 228; G.F. RICCI, *Sub art. 817*, in *Arbitrato*, cit., 2001, 331; RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile*, cit., 3444; GIACOBBE, D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 99. In tal senso già CARNACINI, *op. cit.*, 889.

⁵⁴ DANOVÌ, *La pregiudizialità*, cit., 310.

⁵⁵ G.F. RICCI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 474; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2001, 614; GIACOBBE, D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 99.

formazione di un compromesso tacito sulle questioni in esso originariamente non ricomprese che siano però state oggetto di una domanda esorbitante⁵⁶ e, dunque, se negli eventuali successivi giudizi che dovessero essere instaurati sulla base del medesimo patto compromissorio, alla parte sia preclusa la formulazione dell'eccezione d'invalidità della medesima convenzione arbitrale o di esorbitanza delle medesime conclusioni⁵⁷, oppure se la mancata eccezione d'incompetenza si sostanzi in una mera preclusione processuale consistente nella sola impossibilità di impugnare il lodo per i motivi di cui all'art. 829, 1° comma, nn. 1 e 4, c.p.c.⁵⁸.

La seconda soluzione appare preferibile. In primo luogo, perché opinando in senso favorevole alla prima opzione, sarebbe necessario verificare di volta in volta la sussistenza, in capo alla parte, della volontà di sanare i vizi del patto

⁵⁶ In tal senso GIAMMARIA, VELANI, *op. cit.*, 293 e 294; ANDRIOLI, *Commento*, cit., 833 e 834; REDENTI, voce «Compromesso», in *Novissimo Dig. It.*, cit., 801; VECCHIONE, *Questioni*, cit., 164. Di recente la tesi è stata sostenuta da SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 566; LUISO, *Diritto processuale*, cit., 2009, 389; D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli artt. 817, comma 2, ed 829, n. 1, c.p.c.* (nota a CGE, 26 ottobre 2006, C-168/05), in *Riv. arb.*, 2006, 690 ss., secondo la quale se la ragione per cui il lodo produce in capo alle parti i medesimi effetti della sentenza è ravvisabile nella sussistenza di un valido patto compromissorio, non si comprenderebbe come una semplice preclusione processuale possa produrre effetti analoghi in assenza di tale presupposto. Secondo l'A., il comportamento della parte che, convenuta in arbitrato, ometta di formulare l'eccezione d'incompetenza dovrebbe invece valere come surrogato della forma scritta prevista per la conclusione della convenzione arbitrale ancora mancante o come convalida del precedente negozio arbitrale invalido; nel primo caso l'art. 817 c.p.c. verrebbe a porsi come norma che eccezionalmente consente la conclusione di un contratto tramite comportamento concludente, mentre nel secondo caso la norma varrebbe quale convalida di un negozio nullo ai sensi dell'art. 1423 c.c.

⁵⁷ D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro*, cit., 690 ss., secondo la quale anche in caso di estinzione o chiusura in rito del procedimento arbitrale, l'accordo arbitrale convalidato o costituito in corso di causa rimarrà valido ed efficace, vincolando le parti alla via arbitrale. Ovviamente, come rileva SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 565 ss., 571, 601 e 892, dal momento che il contegno processuale che ha condotto alla formazione dell'accordo arbitrale *per facta concludentia* è stato dalle parti tenuto nell'ambito della controversia dedotta in giudizio, da tale contegno non potrà che originare un compromesso valevole con esclusivo riferimento a quella stessa controversia, il quale sarà destinato a operare solo nell'ipotesi di estinzione del giudizio. Di diverso avviso OCCHIPINTI, *op. cit.*, 116, il compromesso tacito esplicherebbe effetti solo nell'ambito del giudizio in cui è stata omessa la formulazione dell'eccezione d'incompetenza.

⁵⁸ Come ritengono IZZO, *La convenzione*, cit., 208; SANGIOVANNI, *op. cit.*, 566; CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, 3° ed., Padova, 2012, 555; PUNZI, *Disegno*, cit., I, 2012, 196; BOCCAGNA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, cit., 258; RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in *La nuova disciplina*, cit., 290; MARINUCCI, *L'impugnazione*, cit., 151; PELLEGRINELLI, *op. cit.*, 824; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 725; G.F. RICCI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 474; NELA, *Sub art. 819 c.p.c.*, in *Le recenti riforme*, cit., 1798; DELLA PIETRA, *op. cit.*, 226; RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile*, cit., 2000, 3443; DANOVI, *La pregiudizialità*, cit., 308; MARENGO, *Sub art. 817 c.p.c.*, in *La riforma dell'arbitrato*, cit., 134; in giurisprudenza Cass., 14 febbraio 1979, n. 965. Tale conclusione non muterebbe, peraltro, nemmeno laddove la richiesta di decisione sulla domanda esorbitante provenga da entrambe le parti.

compromissorio o di ampliarne i confini⁵⁹. In secondo luogo, perché sembra difficile ammettere che un mero contegno processuale – il più delle volte tenuto dal difensore della parte e non dalla parte medesima – possa esplicare effetti su un negozio (quale è l'accordo compromissorio) per il quale è richiesta la forma scritta *ad substantiam*⁶⁰. Infine, perché il combinato disposto degli artt. 817 e 829 c.p.c. sembra circoscrivere le conseguenze della mancata eccezione d'incompetenza alla decadenza dall'impugnazione del lodo, senza prevedere effetti ulteriori. Affinché si possa determinare la formazione di un compromesso tacito, sarebbe dunque necessario che la parte convenuta in arbitrato o destinataria della domanda esorbitante manifestasse, personalmente e per iscritto, la propria volontà di sanare l'accordo arbitrale o di estenderne i confini⁶¹. Pertanto, laddove il giudizio arbitrale si estingua senza una decisione di merito, nell'eventuale successivo procedimento che venisse instaurato sulla medesima controversia, le parti non potranno invocare né la sanatoria del vizio che originariamente inficiava il patto compromissorio, né l'ampliamento dello stesso⁶².

Secondo una parte della dottrina⁶³, a tale conclusione farebbe eccezione, tuttavia, l'ipotesi disciplinata dall'art. 819, 2° comma, c.p.c. come novellato in occasione dell'ultima riforma. La norma prevede 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*», precisando però che «*se tali questioni non sono comprese nella convenzione di arbitrato, la decisione con efficacia di giudicato è subordinata alla richiesta di tutte le parti*». Apparentemente, nel richiedere una domanda congiunta delle parti, la norma sembrerebbe disporre una deroga all'art. 817, 3° comma, c.p.c., che invece consente agli arbitri di pronunciare su una domanda esorbitante dal patto compromissorio sol che la parte contro cui essa sia proposta si astenga

⁵⁹ RUFFINI, Sub art. 817 c.p.c., in *La nuova disciplina*, cit., 290. Il che sarebbe foriero di non pochi problemi ogni qual volta la stipula del patto compromissorio sia soggetta a particolari oneri autorizzativi, come nel caso in cui una delle parti sia la pubblica amministrazione. In argomento v. anche MOTTO, *op. cit.*, 100 ss.

⁶⁰ NELA, Sub art. 819 ter c.p.c., in *Le recenti riforme*, cit., 1798; GIACOBBE, D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 99; MARENCO, Sub art. 817 c.p.c., in *La riforma dell'arbitrato*, cit., 134. In tal senso già MORTARA, *op. cit.*, 83.

⁶¹ Oppure anche a mezzo del proprio legale, il quale però sia munito di una procura *ad hoc*, che lo abiliti alla stipulazione del patto compromissorio; cfr. NELA, Sub art. 819 ter c.p.c., in *Le recenti riforme*, cit., 1798.

⁶² V. gli autori citati alla nota 56.

⁶³ NELA, Sub art. 819 ter c.p.c., in *Le recenti riforme*, cit., 1798 e 1799.

dall'eccepire l'incompetenza. Ad avviso di tale dottrina, questa discrasia sarebbe componibile nel senso che, ove una parte richieda una pronuncia su una questione pregiudiziale non contemplata dall'accordo compromissorio e la controparte si limiti a non eccepire l'incompetenza degli arbitri, questi ultimi dovranno conoscere della questione *incidenter tantum* e, ovviamente, senza che tale contegno omissivo espliciti effetti sulla convenzione arbitrale; ove, invece, la controparte aderisca esplicitamente alla domanda, non solo la successiva decisione verrà resa con efficacia di giudicato, ma tale comportamento determinerà un ampliamento dell'accordo compromissorio opponibile in ogni altro giudizio⁶⁴. Secondo un diverso orientamento la discrasia fra le norme sopra citate sarebbe componibile nel senso che, ove la parte destinataria della domanda esorbitante rimanga inerte, la decisione arbitrale potrà acquisire la forza del giudicato, mentre laddove venga formulata l'eccezione d'incompetenza, gli arbitri potranno comunque decidere la questione in via incidentale⁶⁵.

Il secondo interrogativo riguarda la sussistenza di un onere di partecipazione al procedimento arbitrale in capo alla parte convenuta dinanzi ad arbitri che essa ritenga incompetenti. Il tenore dell'attuale art. 817 c.p.c. non chiarisce, infatti, se la decadenza dalla facoltà di impugnare il lodo sia conseguenza del contegno omissivo del soggetto che, pur avendo preso parte al procedimento arbitrale, abbia volontariamente omissso di eccepire l'invalidità del patto compromissorio o l'esorbitanza delle domande proposte nei suoi confronti, oppure se essa si verifichi indipendentemente dalle ragioni della mancata eccezione, dunque, anche nel caso in cui la parte convenuta nel procedimento *apud arbitros* sia rimasta "contumace" (l'espressione è impropria dal momento che, in sede arbitrale, non è prevista la declaratoria di contumacia, né l'applicazione delle particolari disposizioni dettate per il processo ordinario; per comodità, nel prosieguo della trattazione utilizzeremo questo termine per rappresentare l'ipotesi in cui il procedimento si svolga senza la partecipazione di una delle parti).

⁶⁴ NELA, Sub art. 819 ter, in *Le recenti riforme*, cit., 1798 e 1799. In senso contrario RUFFINI, Sub art. 817 c.p.c., in *La nuova disciplina*, cit., 294, secondo il quale il meccanismo di cui all'art. 817 c.p.c. non sarebbe suscettibile di subire limitazioni nel caso in cui la domanda esorbitante riguardi una questione pregiudiziale.

⁶⁵ SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 892; BOCCAGNA, Sub art. 817 c.p.c., in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, cit., 260.

E' evidente che coloro i quali considerano l'omessa formulazione dell'eccezione d'incompetenza alla stregua di una manifestazione tacita di volontà, cui conseguirebbe la conclusione di un patto compromissorio *per facta concludentia* e non una semplice preclusione processuale ritengono che ove tale manifestazione di volontà manchi (come nel caso di contumacia di una delle parti), la preclusione prevista dall'art. 817 c.p.c. non sia in grado di operare⁶⁶. Costoro evidenziano, inoltre, che, opinando diversamente, si costringerebbero le parti a farsi carico di tutti gli oneri connessi alla partecipazione ad un procedimento arbitrale anche laddove gli arbitri fossero del tutto carenti di *potestas iudicandi*, come nel caso d'inesistenza della convenzione arbitrale⁶⁷. Aderendo a tale ricostruzione dovrebbe concludersi che la parte convenuta in arbitrato possa decidere di non partecipare al procedimento e di attenderne l'esito, senza che ciò le precluda la possibilità di impugnare successivamente il lodo facendo valere l'incompetenza arbitrale⁶⁸.

Gli interpreti che invece negano al contegno omissivo delle parti qualsiasi conseguenza di carattere sostanziale e circoscrivono gli effetti della mancata eccezione d'incompetenza alla sola decadenza dalla facoltà di impugnare il lodo

⁶⁶ LUIISO, *Diritto processuale*, cit., 2009, 389. Secondo RIGHETTI, *op. cit.*, 639, tale conclusione sarebbe supportata dal fatto che, nel regolare l'impugnazione del lodo per nullità, l'art. 829, 1° comma, n. 1, c.p.c. richiami il terzo comma dell'art. 817 c.p.c. che riguarda una fattispecie diversa dall'invalidità della convenzione arbitrale. Seguendo tale indicazione, si dovrebbe anche opinare che l'art. 829, 1° comma, n. 4, c.p.c. nel richiamare il quarto comma dell'art. 817 c.p.c. opererebbe un richiamo a una disposizione addirittura inesistente. Tali rilievi appaiono errati, sia alla luce della considerazioni espresse da E.F. RICCI, *L'arbitrato e il tipografo*, cit., 631 ss. in ordine alla numerazione dei commi dell'art. 817 c.p.c., sia in ragione del fatto che la fattispecie cui dovrebbe riferirsi il presunto terzo comma di tale norma (ossia il caso del lodo reso su domanda esorbitante) è quella disciplinata da quello che dovrebbe essere considerato il comma quarto, cui correttamente rinvia l'art. 829, 1° comma, n. 4, c.p.c. Su posizioni diverse SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 565 ss., 571, 601 e 892, secondo la quale, benché la partecipazione della parte al procedimento, esplicandosi nel deposito di atti scritti, nella nomina del proprio arbitro e nella mancata formulazione dell'eccezione d'incompetenza determini la conclusione di un patto compromissorio *per facta concludentia* limitatamente alla controversia dedotta in giudizio, la mancata partecipazione al procedimento determinerebbe nondimeno una preclusione processuale, precludendo alla parte la possibilità di impugnare il lodo

⁶⁷ SANGIOVANNI, *op. cit.*, 554; OCCHIPINTI, *op. cit.*, 115; PUNZI, *Il processo civile*, cit., 213; RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in *La nuova disciplina*, cit., 291; LUIISO, *Diritto processuale*, cit., 2009, 389; LUIISO, *Rapporti tra arbitro*, cit., 779; D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro*, cit., 693. Sul tema dell'inesistenza del patto compromissorio ritorneremo nel capitolo successivo.

⁶⁸ SANGIOVANNI, *op. cit.*, 554 e 555; PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2012, 172; PUNZI, *Il processo civile*, cit., 213. Su posizioni analoghe MARINUCCI, *L'impugnazione*, cit., 104, secondo la quale nell'ipotesi l'insussistenza di un onere di partecipazione al procedimento arbitrale consentirebbe alla parte rimasta contumace dinanzi agli arbitri che intenda far valere la sopravvenuta estinzione della competenza arbitrale in conseguenza della mancata formulazione dell'*exceptio compromissi* di dedurre la circostanza per la prima volta con l'impugnazione per nullità.

sono invece propensi a non operare alcuna distinzione fra il caso in cui la parte si sia costituita e quello in cui essa si rimasta contumace. Da un punto di vista testuale, essi rilevano che nell'attuale formulazione dell'art. 817 c.p.c. non sarebbe ravvisabile alcun indizio che induca a leggere la norma come riferibile esclusivamente alla parte "costituita"⁶⁹. Inoltre, essi evidenziano come sia l'ordinamento a imporre al convenuto l'onere di partecipare al giudizio al fine di far valere le eccezioni che siano rimesse alla sua esclusiva disponibilità e sottolineano, in particolare, il fatto che, nel disciplinare l'*exceptio compromissi*, l'art. 819 *ter* c.p.c. impone al convenuto nel processo ordinario l'onere di costituirsi tempestivamente al fine di eccepire l'incompetenza dell'autorità giudiziaria; sicché, non si coglierebbe la ragione per cui le due situazioni dovrebbero essere trattate diversamente⁷⁰. Del resto, opinare nel senso sopra indicato vorrebbe dire accettare l'idea che gli arbitri, pur consapevoli dell'invalidità del patto compromissorio, possano pronunciare un lodo che essi sanno essere destinato a una probabile declaratoria di nullità, oppure ammettere gli arbitri a rilevare d'ufficio la propria incompetenza in caso di mancata costituzione del convenuto; opzione, questa, che rappresenta una pesante integrazione del dettato normativo⁷¹.

Se la tesi da ultimo illustrata appare tutto sommato condivisibile nel caso in cui l'incompetenza arbitrale derivi dall'invalidità o dall'inefficacia della convenzione arbitrale, la stessa lo appare meno nel caso in cui l'incompetenza sia il frutto di una domanda esorbitante, per lo meno laddove la parte destinataria di essa sia rimasta contumace⁷². Si consideri, infatti, che l'assenza di preclusioni assertive potrebbe consentire la proposizione di una domanda esorbitante anche nel corso del giudizio; senonché, a differenza del processo ordinario in cui la legge impone la notificazione di taluni atti alla parte contumace, nel procedimento arbitrale non è prevista alcuna disposizione di tenore analogo⁷³; per cui, non solo

⁶⁹ BOVE, *Ancora sui rapporti*, cit., 365.

⁷⁰ BOVE, *Ancora sui rapporti*, cit., 365. Così anche SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 568 e 569; PELLEGRINELLI, *op. cit.*, 825.

⁷¹ BOVE, *Ancora sui rapporti*, cit., 365.

⁷² In senso contrario PUNZI, *Il processo civile*, cit., 213 e 214, secondo cui nel caso in cui venga proposta una domanda esorbitante dai limiti di un patto compromissorio valido ed efficace, la parte sarebbe onerata dal partecipare attivamente al giudizio al fine di contestare la competenza arbitrale, pena l'inimpugnabilità del lodo.

⁷³ BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 330.

troverà applicazione l'art. 2943, 2° comma, c.c. ai fini dell'interruzione della prescrizione, ma dal punto di vista processuale la domanda s'intenderà validamente proposta anche in assenza di notifica alla controparte; conclusione, questa, difficilmente accettabile.

Il terzo interrogativo riguarda le modalità con cui debba essere eccepito il difetto di *potestas iudicandi* arbitrale. Contrariamente all'eccezione d'incompetenza formulata nel processo ordinario, in relazione alla quale l'art. 38, 1° comma, c.p.c. pone a carico della parte che la sollevi l'onere di indicare il giudice che essa ritiene competente⁷⁴, l'art. 817 c.p.c. non contiene una prescrizione analoga; pertanto, la parte convenuta in arbitrato dovrebbe potersi limitarsi a contestare la competenza arbitrale senza dover specificare il giudice dinanzi al quale, a suo avviso, dovrebbe essere incardinata la controversia⁷⁵. In un contesto, quale quello vigente prima della riforma e prima della sentenza n. 223 del 19 luglio 2013 (con cui la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 819 *ter* c.p.c. nella parte in cui escludeva l'applicazione dell'art. 50 c.p.c. ai rapporti fra arbitrato e processo ordinario), nel quale si escludeva che al pronuncia declinatoria spiegasse effetti al di fuori del procedimento in cui era resa, l'individuazione del giudice competente a conoscere la controversia costituiva un problema ulteriore e successivo, che sarebbe stato affrontato solo una volta che la causa sia stata sottoposta alla cognizione del giudice ordinario. Il che evidenziava, in una certa misura, i limiti alla sovrapposibilità dei rapporti fra arbitri e giudici ordinari a quelli che intercorrevano fra questi ultimi e sembrava confermare il fatto che l'opzione per l'arbitrato determinasse, in realtà, una deroga a tutto l'ordine giurisdizionale. Vedremo nel quarto capitolo se e in che misura tale orientamento possa essere seguito anche all'indomani dell'intervento della Corte costituzionale sopra citato.

⁷⁴ LEVONI, voce «Competenza nel diritto processuale civile», in *Digesto Civ.*, III, Torino, 1988, 135.

⁷⁵ Così già ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 258.

4. L'inarbitrabilità della controversia e l'inesistenza della convenzione arbitrale: rinvio

L'indagine sul regime dell'eccezione d'incompetenza arbitrale deve essere completata con l'esame di due ulteriori fattispecie, quella in cui la controversia deferita agli arbitri non appaia suscettibile di compromesso ai sensi dell'art. 806 c.p.c. e quella in cui la convenzione arbitrale non sia semplicemente invalida o inefficace, ma addirittura inesistente. La disamina di entrambi questi temi verrà rinviata al capitolo successivo, allorché si sarà illustrata la disciplina relativa all'impugnazione della decisione arbitrale.

5. La decisione sull'eccezione d'incompetenza: il principio della *Kompetenz-Kompetenz*

La contestazione in ordine alla *potestas* arbitrale impone di individuare il soggetto competente a decidere dell'esistenza, della validità e dell'ampiezza del patto compromissorio.

Iniziamo l'esame partendo dall'ipotesi in cui la questione sorga in sede arbitrale. Ora, è evidente che, per poter decidere della controversia, è necessario che gli arbitri siano effettivamente muniti della *potestas iudicandi*. Tuttavia, un sistema nel quale l'iniziativa intrapresa in sede arbitrale fosse arrestata o comunque sospesa in caso di contestazioni sul patto compromissorio⁷⁶, oltre ad arrecare un grave *vulnus* all'istituto arbitrale, compromettendo il soddisfacimento di quelle istanze di celerità al quale esso è strumentale, determinerebbe la morte di qualsivoglia accordo preventivo volto a vincolare le parti alla via arbitrale, dal momento che tale via sarebbe concretamente percorribile solo laddove tutte le parti mantengano attuale la propria volontà compromissoria⁷⁷.

Il codice del 1940 non recava alcuna disposizione in proposito. Il riconoscimento, in capo agli arbitri, del potere di conoscere in piena autonomia di

⁷⁶ È questo il sistema cui pensava, ad esempio, MORTARA, *op. cit.*, 88, secondo il quale laddove fosse sorta questione in ordine alla sua validità, gli arbitri avrebbero dovuto sospendere il procedimento ai sensi dell'art. 819 c.p.c. in attesa che sul punto si pronunciasse il giudice ordinario, potendo essi conoscere incidentalmente soltanto delle contestazioni attinenti all'ampiezza del patto arbitrale.

⁷⁷ LUISO, *Ancora sui rapporti tra arbitri e giudice*, in *Riv. arb.*, 1997, 522.

tutte le questioni inerenti al proprio mandato⁷⁸, ossia dell'esistenza, della validità e dell'efficacia dell'accordo arbitrale, della sua interpretazione⁷⁹ e financo della compromettibilità della lite⁸⁰ veniva quindi fondato, in parte, sull'assimilazione dell'eccezione di difetto di potestas iudicandi all'eccezione d'incompetenza, da cui avrebbe potuto trarsi argomento per invocare l'operatività del principio della *Kompetenz-Kompetenz*⁸¹ (in forza del quale ogni giudice è (anche) giudice della propria competenza), in parte, sul disposto dell'art. 829, 1° comma, c.p.c., che, prevedendo l'impugnazione del lodo per nullità del patto compromissorio, ammetteva implicitamente il sindacato degli arbitri sulla validità di tale accordo, nonché sul disposto dell'art. 819 c.p.c., che circoscriveva la sospensione del procedimento arbitrale al solo caso in cui fosse sorta una questione pregiudiziale non compromettibile⁸².

Tuttavia, attesa l'assenza, nel nostro ordinamento, di norme che riconoscessero agli arbitri il potere di decidere della propria competenza, il principio della *Kompetenz-Kompetenz* veniva inteso in senso meramente positivo, ossia come principio attributivo agli arbitri del potere di decidere della propria investitura, senza che ciò escludesse il riconoscimento di un analogo potere in

⁷⁸ Cass., 10 novembre 1998, n. 11294, in *Riv. arb.*, 1999, 89; Cass., 5 agosto 1968, n. 2803, in *Giust. civ.*, 1969, I, 682; Cass., 27 luglio 1957, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 248, con nota di COLESANTI, *Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri*; Cass., 9 dicembre 1949, n. 2564, in *Giur. it.*, 1951, I, 1, 154, con nota senza titolo di JANNUZZI; fra le pronunce di merito App. Milano, 31 ottobre 1950, in *Giur. it.*, 1951, I, 615, con nota di FURNO, *Alcune questioni in materia di arbitrato*; fra le pronunce arbitrali, Coll. Arb. Roma, 2 marzo 1996, in *Riv. arb.*, 1996, 363, con nota di LEPRI, *Arbitrato rituale, pendenza della stessa causa innanzi al giudice statale ed applicazione dell'art. 39, 1° comma, c.p.c.*; Coll. Arb. Roma, 22 febbraio 1989, in *Riv. arb.*, 1991, 147, con nota di GIARDINA, *Continanza e connessione di cause fra arbitro e giudice ordinario*. In dottrina v. BOVE, *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 437; GIACOBBE, D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 129; ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 243; CECHELLA, *op. cit.*, 76; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 222 ss.; VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 326; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1971, 229 (che però individua la fonte di tale potere nel fatto che la controversia sulla validità e l'interpretazione del patto compromissorio sia già una controversia nascente dal contratto, cioè una controversia devoluta dalle parti alla cognizione degli arbitri); ANDRIOLI, *Commento*, cit. 834; REDENTI, voce «Compromesso», in *Novissimo Dig. It.*, cit., 795 e 800.

⁷⁹ Cfr. Cass., 29 ottobre 1991, n. 11460, in *Riv. arb.*, 1992, 667, con nota di BUONCRISTIANI, *Possibilità di esaminare d'ufficio l'inammissibilità dell'appello proposto avverso sentenza che ha dichiarato la nullità del decreto ingiuntivo per incompetenza del giudice adito, essendo la controversia compromessa in arbitrato rituale*, in motivazione; Cass., 25 ottobre 1982, n. 5568, in *Giust. civ.*, 1983, 1228.

⁸⁰ Cfr. VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 327, nota 325.

⁸¹ Principio che, ad esempio, risultava espressamente sancito dall'art. V, 3° comma, della Convenzione di Ginevra del 1961 sull'arbitrato commerciale internazionale.

⁸² DANOVÌ, *La pregiudizialità*, cit., 110; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 223; VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 105 ss. e 326; ANDRIOLI, *Commento*, cit., 834 e 835; Coll. Arb., Roma, 2 marzo 1996, cit.

capo al giudice, il quale, indipendente dalla previa, contestuale o successiva devoluzione della lite in arbitrato, conservava il potere di decidere in ordine alle questioni che avessero a oggetto il patto compromissorio, in quanto questioni attinenti alla propria competenza⁸³.

Nel contesto normativo novellato dal d.lgs. n. 40 del 2006, gli argomenti sopra richiamati, seppur sempre validi⁸⁴, sembrano superati dal disposto dell'art. 817, 1° comma, c.p.c., a mente del quale «*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*», cui a fa eco il secondo comma della norma, dove si precisa che la disposizione di cui sopra «*si applica anche se i poteri degli arbitri sono contestati in qualsiasi sede per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento*».

Attraverso tali disposizioni, il legislatore è parso voler fugare ogni dubbio in ordine al fatto che la decisione sull'eccezione d'incompetenza spetti sempre e comunque agli arbitri, indipendentemente dalle ragioni di contestazione della loro *potestas*⁸⁵. Ovviamente non si tratta tuttora di un potere assoluto, dal momento che esso soggiace al controllo, pieno e irrinunciabile, del giudice dell'impugnazione⁸⁶. Attraverso tali previsioni, il nostro ordinamento ha quindi

⁸³ CONSOLO, *Raccordi o antifonie fra arbitrato e giudizio ordinario? Profili comparatistici e transnazionali*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, V, Milano, 2004, 3845; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 224.

⁸⁴ LA CHINA, *L'arbitrato: il sistema e l'esperienza*, 4° ed., Milano, 2011, 73.

⁸⁵ PUNZI, *Disegno*, cit., I, 2012, 197; LUISO, *Rapporti tra arbitro*, cit., 779; RIGHETTI, *op. cit.*, 636. Così anche OCCHIPINTI, *op. cit.*, 69, la quale evidenzia come nell'espressione validità di cui al primo comma dell'art. 817 c.p.c. debbano essere ricondotte tutte le ipotesi di nullità, annullabilità, inefficacia e inesistenza del patto compromissorio, richiamate nel comma successivo.

⁸⁶ RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in *La nuova disciplina*, cit., 287; BOVE, *Ancora sui rapporti*, cit., 366; ID., *Il patto compromissorio*, cit., 438; LUISO, SASSANI, *op. cit.*, 299; LUISO, *Rapporti tra arbitro*, cit., 780; CONSOLO, *Raccordi o antifonie*, cit., 3844; REDENTI, voce «Compromesso», in *Novissimo Dig. It.*, cit., 801; CARNACINI, *op. cit.*, 889.

L'art. 829, 1° comma, c.p.c. prevede, infatti, che l'impugnazione per nullità nei casi ivi previsti sia ammessa «*nonostante qualunque preventiva rinuncia*». L'inserimento dell'aggettivo «*preventiva*» si deve al legislatore del 2006, il quale, così facendo, ha lasciato intendere che una rinuncia successiva, formalizzata dopo la pronuncia del lodo, sia del tutto ammissibile; cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 652; MENCHINI, *Impugnazioni*, cit., 848. La norma rende inammissibili le c.d. *Kompetenz-Kompetenz Klauseln* o clausole di competenza “al quadrato”, ossia le pattuizioni con cui le parti demandino agli arbitri il compito di accertare in modo definitivamente vincolante la propria competenza e che hanno l'effetto di sottrarre il lodo all'impugnazione per insussistenza del patto compromissorio. Attraverso tali clausole si realizza una sorta di compromesso sulla questione di competenza. Esse erano conosciute, ad esempio, nell'ordinamento tedesco prima della riforma del 1998, con cui il legislatore ha affermato l'impugnabilità senza limiti della decisione che gli arbitri rendano in ordine alla propria

realizzato un bilanciamento fra l'esigenza di garantire il celere svolgimento del procedimento arbitrale e l'esigenza di assicurare che la controversia sia decisa da soggetti titolari di una valida investitura.

Le disposizioni sopra richiamate non devono essere intese, tuttavia, come impedimenti a che della questione inerente alla sussistenza della *potestas* arbitrale possa conoscere (anche) il giudice ordinario, la cui competenza sia contestata in ragione di un accordo compromissorio. A differenza delle disposizioni esistenti nell'ordinamento francese, che attribuiscono in via esclusiva agli arbitri il potere di decidere sulla propria competenza e contestualmente precludono al giudice di pronunciare sulla questione⁸⁷, le norme italiane si limitano ad assicurare un analogo potere anche agli arbitri. Non v'è quindi dubbio che il principio della *Kompetenz-Kompetenz* trovi applicazione anche in sede giudiziale.

A riprova di ciò è sufficiente considerare il disposto dell'art. 819 *ter*, 2° comma, c.p.c., che, prevedendo l'impugnabilità della «*sentenza con cui il giudice afferma o nega la propria competenza in ragione di una convenzione d'arbitrato*» con regolamento di competenza, dà per presupposto che il giudice dinanzi al quale sia formulata l'*exceptio compromissi* abbia il potere di valutare l'accordo compromissorio al fine di decidere su tale eccezione.

Come anticipato poc'anzi, l'art. 817, 2° comma, c.p.c. prevede che il potere degli arbitri di decidere sulla propria competenza resti fermo anche quando i loro poteri siano contestati «*in qualsiasi sede per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento*». Le ragioni per cui il legislatore ha sentito il bisogno di inserire quest'ultima disposizione non sono chiarissime⁸⁸. Tralasciando le

competenza. Sul punto BOVE, *Resta la confusione*, cit., 104; ID., *Rapporti*, cit., 414; CONSOLO, *Raccordi o antifonie*, cit., 3848 ss.; CONSOLO, *Litispendenza e connessione*, cit., 676.

⁸⁷ Il riferimento è ovviamente all'art. 1465 c.p.c., che individua nel tribunale arbitrale l'unico soggetto competente a decidere della propria competenza, nonché all'art. 1448 c.p.c. impone al giudice ordinario, dinanzi al quale sia eccepita l'esistenza di una clausola compromissoria, di declinare la propria competenza senza alcun esame della convenzione medesima ogni qual volta il procedimento arbitrale sia già pendente, consentendogli di conoscere dell'*exceptio compromissi* solo nel caso in cui la convenzione d'arbitrato sia manifesta nulla o inapplicabile e purché le parti non abbiano ancora attivato l'arbitrato; sul punto BOVE, *Il patto compromissorio*, cit., 441. Tale scelta è stata confermata anche in occasione dell'ultima riforma del diritto dell'arbitrato, allorché il legislatore francese ha previsto che, anteriormente alla costituzione del collegio arbitrale, il giudice statale debba declinare la propria competenza salvo il caso in cui la convenzione d'arbitrato sia «*manifestement nulle ou manifestement inapplicable*»; su tale riforma v. DE SANTIS, WINKLER, *La riforma francese del diritto dell'arbitrato: un commento sistematico*, in *Dir. comm. int.*, 2011, 927 ss. e 942; BONATO, *L'ultima riforma francese dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2012, 491 ss. e 499.

⁸⁸ BOVE, *Resta la confusione*, cit., 105.

implicazioni che una certa lettura di questa norma comporta riguardo al tema dell'efficacia della pronuncia sull'eccezione d'incompetenza e della sua spendibilità in altre sedi (sul quale ritorneremo *infra*), la locuzione «*in qualsiasi sede*» va intesa nel senso che il potere degli arbitri di decidere della propria competenza rimane inalterato anche quando la questione sia stata oggetto di azione o di eccezione dinanzi all'autorità giudiziaria⁸⁹ (il che conferma quanto testé rilevato in ordine alla concorrenza fra la cognizione esercitata dagli arbitri e quella esercitata dal giudice), mentre la locuzione «*per qualsiasi ragione sopravvenuta nel corso del procedimento*» va letta nel senso che il potere degli arbitri di giudicare della propria investitura si estende non solo alle questioni inerenti a un presunto difetto originario di *potestas* (legato cioè al patto compromissorio), ma anche ad eventuali fatti sopravvenuti potenzialmente preclusivi della loro competenza, sulla cui portata saranno sempre gli arbitri a doversi pronunciare: trattasi, ad esempio, della mancata contestazione della competenza del giudice ordinario prevista dall'art. 819 *ter* c.p.c. (cui la legge ricollega un effetto estintivo della competenza arbitrale), o dell'estinzione per mancata, tempestiva riassunzione del procedimento arbitrale *ex art. 819 bis*, ult. comma, c.p.c., o ancora dell'improcedibilità del giudizio per l'impossibilità di pronunciare nei confronti di tutti i litisconsorti necessari di cui all'art. 816 *quinques* c.p.c.⁹⁰.

6. La forma del provvedimento che decide l'eccezione d'incompetenza

Una volta stabilito che tanto il giudice ordinario quanto gli arbitri hanno il potere-dovere di pronunciarsi sulla questione inerente alla sussistenza della propria *potests iudicandi*, occorre stabilire quale forma debba rivestire il provvedimento con cui essi decidano tale questione.

⁸⁹ NELA, Sub *art. 817 c.p.c.*, in *Le recenti riforme*, cit., 1775. Come vedremo più avanti, ciò può accadere quando la controversia pendente davanti agli arbitri venga portata all'attenzione del giudice ordinario, oppure quando quest'ultimo venga adito con un'azione volta ad accertare la validità o l'ampiezza del patto compromissorio.

⁹⁰ Cfr. SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 597; RUFFINI, Sub *art. 817 c.p.c.*, in *La nuova disciplina*, cit., 286; LUIO, *Diritto processuale*, cit., 2009, 388; RIGHETTI, *op. cit.*, 636; LUIO, SASSANI, *op. cit.*, 2006, 298.

6.1. La decisione resa dal giudice

Iniziamo dalla decisione resa dal giudice ordinario.

Laddove il convenuto in sede ordinaria eccepisca l'incompetenza dell'autorità giudiziaria per essere la controversia devoluta alla cognizione degli arbitri, il giudice potrà decidere se risolvere immediatamente la questione oppure se rinviarne (con ordinanza) la decisione insieme al merito della lite (il che accadrà laddove, dopo averla delibata, egli la ritenga infondata). In questo secondo caso, il provvedimento sarà senza dubbio quello della sentenza, che conterrà al proprio interno il capo con cui egli avrà dichiarato la propria competenza e il capo (o i capi) con cui egli avrà statuito sul merito della lite.

Nel primo caso, invece, l'individuazione della forma del provvedimento con cui egli dovrà decidere l'eccezione d'incompetenza comporta un'ulteriore riflessione. Fino al 2009, le disposizioni contenute nel libro I del codice di procedura civile prevedevano che la questione di competenza fosse decisa sempre con sentenza e ciò indipendentemente dal fatto che essa fosse resa unitamente alla decisione di merito⁹¹. Con la legge n. 69 del 2009, il legislatore ha modificato gli artt. 42, 43, 44, 45, 47, 49 e 279 c.p.c. sostituendo il termine «*sentenza*» con il termine «*ordinanza*». La portata dell'intervento riformatore è invero piuttosto limitata. Come recentemente chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, il legislatore del 2009 non è intervenuto sulla fase di rimessione a decisione della causa, la quale, anche quando il giudice ritenga fondata l'eccezione d'incompetenza, dovrà seguire l'*iter* previsto dagli artt. 187 e 189 c.p.c., con l'invito alle parti alla precisazione delle conclusioni e lo scambio delle difese finali⁹². Né risulta alterato il grado di stabilità della decisione resa sulla questione

⁹¹ Sul punto v. CARRATTA, voce «Competenza: diritto processuale civile. Postilla di aggiornamento», in *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma, 1997, 4 ss.; LEVONI, voce «Competenza, cit. 133; SANTULLI-ACONE, voce «Competenza: diritto processuale civile», in *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma, 1988, 10 ss.

⁹² Invero, i primi commentatori della riforma (GIUSSANI, *Le novità in materia di scelta del giudice*, in *Il processo civile riformato*, a cura di Michele Taruffo, Bologna, 2010, 44 ss.; TRISORIO LIUZZI, *Le novità in tema di competenza, litispendenza, continenza e connessione*, in *Foro it.*, 2009, V, 256; DANOVÌ, *La nuova disciplina*, cit., 1350; G.F. RICCI, *La riforma del processo civile*, Torino, 2009, 11 ss.) avevano ritenuto che dalla modifica legislativa potesse conseguire l'eliminazione dell'obbligo di rimessione della causa a decisione con lo scambio delle conclusioni e repliche; e in tal senso si è mossi anche alcuni giudici di merito. In senso contrario ha opinato la giurisprudenza di legittimità che, attesa la mancata modifica delle disposizioni in tema di rimessione della causa a decisione, ha ritenuto che la decisione dell'eccezione d'incompetenza dovesse avvenire pur sempre nel rispetto degli artt. 189, 275 e 281 *quinques* c.p.c.; per tutte Cass., 28 febbraio 2011, n. 4986. Tale orientamento è stato recentemente confermato dalle Sezioni Unite

di competenza la quale, rimanendo assoggettata allo speciale regime impugnatorio delineato dagli artt. 42 e 43 c.p.c., deve sempre considerarsi irrevocabile⁹³. L'avvicendamento fra sentenza e ordinanza ha quindi determinato soltanto un alleggerimento dell'onere motivazionale gravante sul giudice, cosa che, tutto sommato, appare ragionevole considerato che, nella pressoché totalità dei casi, la decisione sulla competenza si risolve in un giudizio di mero diritto.

Le modifiche sopra menzionate non hanno però interessato l'art. 819 *ter* c.p.c., il quale continua a prevedere che la decisione sull'eccezione di patto compromissorio vada resa con sentenza. Per alcuni, l'omessa modifica della norma sarebbe imputabile a una semplice dimenticanza del legislatore; pertanto, l'interprete sarebbe legittimato a operare un coordinamento fra le diverse disposizioni⁹⁴. Ora, benché l'errore del legislatore non sia un'ipotesi che possa essere esclusa *a priori*⁹⁵, la consapevolezza dell'omessa modifica potrebbe essere argomentata sulla base del fatto che nel DDL Mastella (dal quale derivano le modifiche in parola), fosse esplicitamente prevista l'equiparazione della forma della pronuncia di cui all'art. 819 *ter* c.p.c. a quella della pronuncia sulla competenza e che tale equiparazione sia successivamente venuta meno⁹⁶. Un ulteriore elemento di riscontro della volontà del legislatore di sottrarre l'arbitrato

della Corte di cassazione con la sentenza n. 20449 del 29 settembre 2014, con la quale i giudici di legittimità hanno affermato la non esperibilità del regolamento di competenza nei confronti del provvedimento con cui il giudice risolve la questione di competenza senza disporre la previa rimessione a decisione di tutta la causa attraverso la precisazione della conclusioni e lo scambio delle difese finali; secondo la Corte di cassazione l'unico caso in cui si potrebbe fare luogo a regolamento di competenza sarebbe quello nel quale il giudice statuisca sulla questione di competenza «*in termini di assoluta e oggettiva inequivocità ed incontrovertibilità*», così conclamando «*l'idoneità della propria determinazione a risolvere definitivamente, davanti a sé, la suddetta questione*».

⁹³ DANOVI, *La nuova disciplina*, cit., 1351.

⁹⁴ CONSOLO, MARINUCCI, *Impugnazione per nullità di delibera assembleare e arbitrato*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 219; BOCCAGNA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, cit., 340; DEMARCHI, *Questioni pregiudiziali di rito, condanna alle spese e consulenza tecnica nella miniriforma del processo civile*, consultabile sul sito www.ilcaso.it. In tal senso pare orientato ZIINO, *La translatio iudicii tra arbitri e giudici ordinari (sulla parziale illegittimità costituzionale dell'art. 819-ter, secondo comma, c.p.c.)*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 919. Secondo DANOVI, *La nuova disciplina*, cit., 2009, 1352, tale soluzione sarebbe impedita, tuttavia, dalla specialità della disciplina contenuta nel Titolo VIII del Libro IV rispetto alla disciplina generale della competenza.

⁹⁵ Si pensi, del resto, che con l'intervento riformatore del 2009 il legislatore è incappato in talune vistose omissioni, come il mancato aggiornamento dell'art. 330, ult. comma, c.p.c., che, nonostante il dimezzamento del termine lungo d'impugnazione, continua a recare il riferimento al termine annuale.

⁹⁶ DANOVI, *La nuova disciplina*, cit., 1352; in giurisprudenza Trib. Varese, 16 giugno 2010, in www.tribunale.varese.it.

alle modifiche introdotte con la riforma del 2009 potrebbe essere dedotto dal fatto che l'intervento riformatore non abbia inciso sulla disciplina dell'impugnazione del lodo, i cui termini, a differenza dell'appello e del ricorso per cassazione, sono rimasti invariati⁹⁷. Tali circostanze hanno indotto taluni a ritenere che la mancata modifica dell'art. 819 *ter* c.p.c. risponda, invero, all'idea che l'*exceptio compromissi* costituisca non già una questione di competenza, ma una questione d'inammissibilità della domanda, la quale, in quanto questione pregiudiziale attinente al processo, dovrebbe essere decisa con sentenza, ai sensi dell'art. 272, 2° comma, n. 2, c.p.c.⁹⁸.

A nostro avviso, la *querelle* dovrebbe essere risolta alla luce della *ratio* dell'intervento riformatore, che, come si visto poc'anzi, risiede nell'alleggerimento dell'onere motivazionale gravante sul giudice, in conformità alla maggiore semplicità del giudizio sulle questioni di competenza. Ebbene, a differenza delle decisioni rese su tali questioni, la pronuncia sull'*exceptio compromissi* si sostanzia in una decisione sulla validità o sull'interpretazione di un negozio (qual è l'accordo compromissorio) o, addirittura, sulla stessa compromettibilità della lite⁹⁹ e, come tale, comporta uno sforzo motivazionale tendenzialmente superiore a quello richiesto per la decisione di una normale eccezione d'incompetenza. Tale circostanza appare quindi di per sé sufficiente a giustificare il mantenimento della forma della sentenza, provvedimento decisorio per l'eccellenza¹⁰⁰.

⁹⁷ Cfr. SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 681; EAD., *Ancora sull'arbitrabilità delle impugnative di delibere assembleari e sulla competenza a deciderle* (nota a Cass., 30 ottobre 2012, n. 18671), in *Riv. arb.*, 2013, 927.

⁹⁸ RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *La nuova disciplina cit.*, 373; IZZO, *Appunti sull'eccezione di patto compromissorio e sulla sentenza che la decide*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 459; GIUSSANI, *op. cit.*, 49. Secondo BOVE, *Ricadute sulla disciplina dell'arbitrato della legge n. 69/2009*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 86 e 87; ID., *Giurisdizione e competenza nella recente riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1312 ss. e Trib. Lamezia Terme, 22 giugno 2010, in *Giur. it.*, 2012, 395, con nota di DEBERNARDI, *Note minime sulla qualificazione dell'eccezione di patto compromissorio*, il mancato adeguamento dell'art. 819 *ter* c.p.c. tradirebbe l'intenzione del legislatore di considerare i rapporti fra arbitri e giudice ordinario non già come rapporti di competenza, ma come rapporti di giurisdizione.

⁹⁹ CAPPONI, *Rapporti tra arbitri e autorità*, cit.

¹⁰⁰ DANOVI, *op. ult. cit.*, 1353; sul punto anche BOVE, *Brevi riflessioni sui lavori in corso nel riaperto cantiere della giustizia civile*, consultabile sul sito www.Judicium.it; in giurisprudenza Trib. Varese, 16 giugno 2010, in www.tribunale.varese.it.

6.2. La decisione resa dagli arbitri

L'alternativa fra la forma dell'ordinanza e quella del lodo sembra riproporsi anche con riferimento alla decisione resa dagli arbitri, sia pur in termini diversi rispetto a quanto visto poc'anzi.

Nel contesto novellato dalla riforma del 1994, la disciplina dei provvedimenti che gli arbitri avrebbero potuto adottare nel corso del procedimento era ricavabile dal combinato disposto dell'art. 816, ult. comma, c.p.c. secondo il quale su tutte le questioni che si fossero presentate nel corso del procedimento prima della pronuncia del lodo, gli arbitri avrebbero provveduto «con ordinanza non soggetta a deposito e revocabile tranne che nel caso previsto dall'art. 819» e dell'art. 827 c.p.c., che disciplinava, distinguendoli, il regime d'impugnazione del «lodo che decide parzialmente il merito della controversia» e quello del «lodo che risolve alcune delle questioni insorte senza definire il giudizio arbitrale». In tale contesto, la quasi totalità degli interpreti ravvisava nell'ordinanza lo strumento con il quale gli arbitri avrebbero dovuto risolvere tutte le questioni di carattere ordinatorio o istruttorio e nel lodo il provvedimento richiesto per la decisione delle domande, delle questioni preliminari di merito, nonché delle questioni pregiudiziali di rito, ossia di tutte le questioni potenzialmente idonee a definire il giudizio arbitrale¹⁰¹, fra le quali si collocava la

¹⁰¹ PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., II, 2000, 71; TARZIA, Sub art. 19, in *Legge 5 gennaio 1994 n. 25*, a cura di Giuseppe Tarzia, Riccardo Luzzatto ed Edoardo Flavio Ricci, Padova, 1995, 155; RUFFINI, *La divisibilità del giudizio arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1999, 439. Secondo CALIFANO, *Il sistema d'impugnazione dei lodi non definitivi della nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1995, 39, la riprova di tale distinzione sarebbe stata rinvenibile nella diversità di formulazione fra gli artt. 816 e 827 c.p.c.: la prima norma, nel riferirsi alle questioni postesi nel corso «del procedimento», conteneva, infatti, un implicito riferimento alla fase istruttorio, mentre la seconda, nel prevedere la forma del lodo in relazione alle questioni insorte «nel giudizio arbitrale», presupponeva il passaggio alla fase di decisione. Così anche ZUCCONI GALLI FONSECA, Sub art. 827 c.p.c., in *Arbitrato*, cit., 2001, 538 e RASCIO, *La decisione*, in *Diritto dell'arbitrato* a cura di Giovanni Verde, Torino, 2005, 403, 404 e 405, secondo il quale la non fungibilità fra ordinanza e lodo non definitivo sarebbe stata suffragata dal tenore dello stesso art. 816 c.p.c., che, vietando il ricorso all'ordinanza per le questioni pregiudiziali non compromettibili, escludeva tale forma proprio con riferimento a questioni idonee, per eccellenza, a definire il giudizio. Tale circostanza, secondo l'A., avrebbe circoscritto l'ambito di applicazione delle ordinanze ex art. 816 c.p.c. alle sole questioni che non fossero state idonee, neppure astrattamente, a chiudere il procedimento. Sul punto anche CIPRIANI, *Sentenze non definitive e diritto di impugnare (a proposito dell'art. 827 c.p.c.)*, in *Riv. arb.*, 1999, 248 e 249. In senso difforme v. però LA CHINA, *L'arbitrato: il sistema e l'esperienza*, Milano, 1999, 140 e 141, per il quale il grado di stabilità della decisione conseguente all'adozione del lodo o dell'ordinanza sarebbe dipeso unicamente della volontà degli arbitri (cioè da una loro valutazione di opportunità) e non già dal tipo di questione risolta, nonché CAVALLINI, *Questioni preliminari di merito e lodo non definitivo nelle riforme dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 1151, per il quale sarebbe stata invece determinante la volontà delle parti, nel senso che gli arbitri avrebbero dovuto risolvere ogni questione adottando la forma dell'ordinanza revocabile,

questione inerente alla sussistenza della *potestas* arbitrale¹⁰². In tale contesto non vi erano quindi dubbi in ordine al fatto che la decisione sull'eccezione di patto compromissorio dovesse essere resa attraverso la forma del lodo e ciò indipendentemente dal suo contenuto¹⁰³.

La disciplina testé richiamata è stata parzialmente modificata in occasione della riforma del 2006. Più precisamente, mentre l'art. 827 c.p.c. (sul quale ritorneremo nel capitolo successivo) è rimasto sostanzialmente invariato, il legislatore è intervenuto sulle norme che regolano il regime delle ordinanze: il nuovo art. 816 *bis* c.p.c., nel quale è stato trasfuso il contenuto del vecchio art. 816 c.p.c. prevede, infatti, che «*su tutte le questioni che si presentano nel corso del procedimento gli arbitri, se non ritengono di provvedere con lodo non definitivo, provvedono con ordinanza revocabile non soggetta a deposito*». Il tenore della norma sembrerebbe rimettere agli arbitri ogni valutazione in ordine all'opportunità di adottare la forma del lodo piuttosto che quella dell'ordinanza; per la dottrina maggioritaria, con questa disposizione il legislatore avrebbe infatti sancito la piena fungibilità di queste due forme rispetto alle decisioni sulle

salvo che le parti non li avessero autorizzati, ai sensi dell'art. 816, 2° comma, c.p.c., a decidere con lodo interlocutorio.

¹⁰² ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 243. Per il carattere decisorio del provvedimento reso sull'eccezione d'incompetenza v. già SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 544; ANDRIOLI, *Commento*, cit., 835 e, in giurisprudenza, Cass., Sez. Un., 19 luglio 1957, n. 3050, in *Giust. civ.*, 1957, I, 1460, in motivazione. In senso contrario, prima della novella del 1994, coloro i quali ritenendo inammissibile in sede arbitrale l'emanazione di lodi parziali o non definitivi, opinavano nel senso che la pronuncia sull'eccezione d'incompetenza, ove non resa con lodo definitivo, dovesse essere emessa con l'ordinanza di cui all'art. 816 c.p.c. (fra le molte Cass., 9 luglio 1965, n. 1431, in *Foro it.*, 1966, I, 571; per una panoramica di tali posizioni si rinvia a SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 539 ss.). Tale orientamento venne successivamente abbandonato dalla giurisprudenza di legittimità la quale, già prima delle modifiche introdotte in occasione dell'intervento riformatore, opinò in senso favorevole all'ammissibilità dei lodi parziali su domande e dei lodi non definitivi su questioni, pur ritenendo tali lodi impugnabili solo unitamente alla pronuncia definitiva; cfr. Cass., Sez. Un., 2 maggio 1997, n. 3829, in *Foro It.*, 1997, I, 1751; Id., Sez. Un., 9 giugno 1986, n. 3835, in *Foro It.*, 1986, I, 1525 con nota senza titolo di BARONE; Cass., 12 luglio 1979, n. 4020, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 1695, con nota di LEVONI, *La controversa impugnabilità della sentenza arbitrale non definitiva*, e in *Foro it.*, 1979, I, 712, con nota senza titolo di BARONE.

¹⁰³ DANOVI, *La pregiudizialità*, cit., 111. Tanto ciò è vero che, all'indomani della riforma del 1950 e prima che la Corte di cassazione chiarisse che il principio di concentrazione delle impugnazioni, benché superato nel processo ordinario, dovesse intendersi pienamente operante in sede arbitrale (con la conseguenza che i lodi parziali e non definitivi dovevano ritenersi impugnabili solo unitamente alla pronuncia definitiva; per tutte Cass., 12 luglio 1979, n. 4020, cit.), la stessa Corte di cassazione aveva affermato che, quand'anche per errore gli arbitri si fossero pronunciati sull'eccezione d'incompetenza con ordinanza, questa, atteso il suo contenuto decisorio, sarebbe stata comunque suscettibile d'impugnazione nelle forme di cui all'art. 828 c.p.c.; cfr. Cass., Sez. Un., 19 luglio 1957, n. 3050, cit.

questioni pregiudiziali di rito e sulle preliminari di merito¹⁰⁴, anche se non mancano coloro i quali, anche dopo la riforma, continuano a ritenere che la scelta fra lodo e ordinanza dipenda dalla natura della questione decisa e che, pertanto, tutte le questioni astrattamente idonee a definire il giudizio vadano decise con la forma del lodo¹⁰⁵.

L'opzione per l'una o per l'altra soluzione è foriera di significative conseguenze: in primo luogo, rispetto al regime d'impugnazione del provvedimento, posto che l'ordinanza non è suscettibile d'impugnazione immediata, mentre il lodo lo è nella misura in cui venga qualificato come decisione parziale di merito (sul punto ritorneremo *infra*); in secondo luogo, sotto il profilo della stabilità del provvedimento nel prosieguo del giudizio arbitrale¹⁰⁶.

¹⁰⁴ PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2012, 386; ID, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, III, 2° ed., Torino, 2010, 212; VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 3° ed., Torino, 2010, 148; LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, 4° ed., Milano, 2011, 232; ZUCCONI GALLI FONSECA, Sub art. 827 c.p.c., in *Arbitrato*, cit., 2007, 658; BOCCAGNA, Sub art. 827 c.p.c., in *La nuova disciplina*, cit., 452 e 453; TOMMASEO, *Le impugnazioni del lodo arbitrale nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2008, 202.

¹⁰⁵ SANGIOVANNI, *op. cit.*, 563; COMOGLIO, *Lodo parziale e lodo non definitivo dopo l'ultima riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 609; G.F. RICCI, Sub art. 816 bis c.p.c., in *Arbitrato*, cit., 2007, 405 ss., secondo cui la forma dell'ordinanza revocabile mal si concilierebbe con la risoluzione di questioni «di per sé idonee a chiudere il giudizio e quindi destinate ad una stabilità». In senso conforme anche DALFINO, *Lodi non definitivi su questioni preliminari di merito*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 315 e 316, ad avviso del quale contro la tesi maggioritaria militerebbe il combinato disposto fra il nuovo art. 816 bis c.p.c. e l'art. 827, 3° comma, c.p.c., la cui formulazione è rimasta invariata. Secondo l'A., inserendo l'inciso «se non ritengono di provvedere con lodo non definitivo» il legislatore non avrebbe fatto altro che sancire il potere degli arbitri di scegliere se risolvere immediatamente la questione (di rito o di merito) con lodo non definitivo oppure rinviarne la decisione insieme al lodo definitivo (ma per la sussistenza di un simile potere anche prima della riforma v. LUISO, *Intorno agli effetti dei lodi non definitivi o parzialmente definitivi* (nota a Arbitro unico Vercelli, 20 febbraio 1997), in *Riv. arb.*, 1998, 595 ss.), con la conseguenza che, una volta optato per la prima alternativa, nessuna discrezionalità residuerebbe in capo agli arbitri, i quali sarebbero vincolati all'emanazione di un lodo non definitivo; così anche TOTA, Sub art. 816 bis c.p.c., in *Commentario alle riforme*, cit., 707 ss.

¹⁰⁶ Come rilevato da autorevole dottrina (PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., II, 2012, 504), il legislatore dell'ultima riforma ha mancato di regolare la sorte del lodo non definitivo su questioni nel caso in cui il procedimento arbitrale non giunga ad una pronuncia definitiva o parziale. Secondo un orientamento consolidato, i lodi non definitivi su questioni sarebbero incapaci di sopravvivere all'"estinzione" del giudizio arbitrale, essendo sforniti di quell'efficacia panprocessuale che tradizionalmente è attribuita alle sentenze su questioni; ciò in ragione dell'impossibilità di esperire contro di essi un'impugnazione immediata e dell'assenza di norme eccezionali quali gli artt. 310 c.p.c. e 129 disp. att. (in argomento v. MONTESANO, *Sui lodi parziali di merito*, in *Riv. arb.*, 1994, 251 e CAVALLINI, *op. cit.*, 1995, 1157 ss. e 1159). Ora, se si dovesse dare continuità a tale orientamento (in tal senso ZUCCONI GALLI FONSECA, Sub art. 827 c.p.c., in *Arbitrato*, cit., 2007, 670, secondo la quale l'esclusione dell'impugnazione immediata priverebbe il lodo su questione di «autonomia effettuale», rendendolo un mero prodromo della decisione definitiva), la scelta fra la forma del lodo e quella dell'ordinanza esplicherebbe i propri effetti esclusivamente in ambito endoprocedimentale, rilevando solo ai fini della (im)possibilità per gli arbitri di ritornare sulla questione già decisa. Se invece si accedesse all'opinione, affacciata all'indomani della recente riforma, secondo la quale il lodo non definitivo avrebbe gli stessi effetti conformativi previsti per

Per quanto riguarda, nello specifico, la decisione sull'eccezione d'incompetenza, opinando nel senso della fungibilità fra lodo e ordinanza, agli arbitri che intendano rendere una pronuncia dichiarativa della competenza arbitrale dovrebbe essere consentito risolvere la questione di competenza con un provvedimento "precario" salvo poi ritornarvi al momento dell'emanazione di un successivo lodo non definitivo o parziale; opinando nel senso contrario, agli arbitri sarebbe rimessa solo l'alternativa fra un decisione immediata della questione e il suo differimento al momento della decisione finale¹⁰⁷.

Ancorché il tenore letterale dell'art. 816 *bis* c.p.c. appaia di per sé difficilmente superabile¹⁰⁸, un'indicazione nel senso della non fungibilità fra il lodo e la sentenza parrebbe provenire dalla previsione di cui all'art. 817, 1° comma, c.p.c., a mente della quale, in caso di contestazione circa sull'accordo compromissorio, gli arbitri «decidono» sulla propria competenza. Sebbene, come visto poc'anzi, la *ratio* di tale disposizione sia quella di sancire anche in sede arbitrale la piena operatività del principio della *Kompetenz-Kompetenz*, non appare peregrino ipotizzare che con essa il legislatore abbia inteso assicurare che ogni questione relativa alla competenza arbitrale sia oggetto di una decisione e non possa quindi essere risolta con un provvedimento revocabile o modificabile come l'ordinanza¹⁰⁹. Né dovrebbe conseguire che, di fronte a un'eccezione d'incompetenza, gli arbitri, deliberata la questione, potrebbero scegliere soltanto se rinviarne la decisione al prosieguo o procedere a una decisione immediata, la quale dovrebbero però essere assunta con lodo.

le sentenze non definitive (in tal senso DALFINO, *op. cit.*, 321), la scelta fra le due forme sarebbe chiaramente foriera di ben più rilevanti conseguenze.

¹⁰⁷ G.F. RICCI, Sub art. 817 c.p.c., in *Arbitrato*, cit., 2007, 477. Il che sarebbe possibile, dal momento che, come rileva SANGIOVANNI, *op. cit.*, 562, la legge non individua un momento entro il quale l'eccezione d'incompetenza debba essere decisa; ciò a differenza di altri ordinamenti, fra cui ad esempio quello tedesco, che impongono una decisione immediata (e immediatamente impugnabile) dell'eccezione di patto compromissorio al fine di evitare un inutile dispendio di attività processuale; cfr. CONSOLO, *Raccordi o antifonie*, cit., 3851.

¹⁰⁸ PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., II, 2012, 387.

¹⁰⁹ PELLEGRINELLI, *op. cit.*, 818; NELA, Sub art. 817 c.p.c., in *Le recenti riforme*, cit., 1770; G.F. RICCI, Sub art. 817 c.p.c., in *Arbitrato*, cit., 2007, 477; SANGIOVANNI, *op. cit.*, 2013, 563. In senso favorevole a che la decisione venga resa con lodo anche RIGHETTI, *op. cit.*, 638; LUISO, *Rapporti tra arbitro*, cit., 780. D'altro canto, opinando nel senso dell'ammissibilità dell'ordinanza ex art. 816 *bis* c.p.c. si determinerebbe una forte discrasia rispetto al giudizio ordinario, dove, stante l'immutata formulazione dell'art. 819 *ter* c.p.c., la questione di competenza continua a dover essere decisa con la forma della sentenza; sarebbe infatti piuttosto singolare che sulla medesima questione il giudice ordinario sia tenuto ad adottare il provvedimento decisorio per eccellenza, mentre gli arbitri possano emettere addirittura un provvedimento revocabile.

Tale libertà sembra destinata a trovare un limite solo nella volontà delle parti, esplicitata ai sensi dell'art. 816 *bis* c.p.c.¹¹⁰. E' sicuramente ragionevole ipotizzare che, di fronte a un'eccezione d'incompetenza, i litiganti possano chiedere agli arbitri una decisione immediata della questione¹¹¹; tuttavia, ci sembra che questi ultimi siano vincolati a tale richiesta soltanto in presenza di una regolamentazione procedimentale che li obblighi a dare seguito a una simile richiesta. In caso contrario, essi dovrebbero liberi di seguire l'*iter* decisionale che ritengano più opportuno¹¹².

¹¹⁰ GHIRGA, Sub art. 816 *bis* c.p.c., in *La nuova disciplina*, cit., 212.

¹¹¹ LUIISO, *Diritto processuale*, 2009, 411. Sul punto v. anche SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 857.

¹¹² SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 857.

CAPITOLO III: L'IMPUGNAZIONE DELLA DECISIONE SULL'ECCEZIONE D'INCOMPETENZA

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'impugnazione della sentenza – 3. L'impugnazione del lodo – 3.1. L'impugnazione per nullità – 3.1.1 Il lodo reso in presenza di una convenzione arbitrale invalida o inefficace – 3.1.2. Il lodo reso *extra compromissum* – 3.1.3. Il lodo declinatorio – 3.2. Il giudizio di nullità e il suo esito – 3.3. I rimedi esperibili nei confronti della sentenza resa dalla Corte d'appello – 4. Le eccezioni al regime delineato dagli artt. 817 e 829 c.p.c. – 4.1 L'impugnazione del lodo reso su materia non arbitrabile – 4.2. Il lodo reso in assenza di patto compromissorio – 4.3. La clausola compromissoria stipulata con un consumatore – 5. Il regime d'impugnazione del lodo e la natura della convenzione arbitrale – 6. La natura parziale o non definitiva della pronuncia sul patto compromissorio

1. Premessa

Una volta che il giudice o gli arbitri abbiano deciso sull'eccezione d'incompetenza, affermando la propria *potestas iudicandi* o, al contrario, declinandola in tutto o in parte, la sentenza e il lodo saranno impugnabili nelle forme e nei termini previsti dalla legge.

2. L'impugnazione della sentenza

Iniziamo il nostro esame del regime impugnatorio della sentenza resa nel giudizio ordinario.

Come si anticipato nei precedenti capitoli, nella vigenza del codice di procedura civile del 1940, l'orientamento giurisprudenziale dominante, qualificando la decisione sull'*exceptio compromissi* per arbitrato rituale come una decisione sulla competenza, individuava nel regolamento di competenza, necessario e facoltativo, il suo naturale mezzo d'impugnazione¹. Tale

¹ Cass., 15 maggio 2001, n. 6710, in *Giur. it.*, 2002, 939; Cass., 8 febbraio 1999, n. 1079, in *Foro it.*, I, 2308, con nota di DE SANTIS, *In tema di rapporti tra giudice ordinario e arbitri*; Cass., 21 ottobre 1994, n. 8656, in *Riv. arb.*, 1995, 89; Cass., 25 ottobre 1982, n. 5568, in *Giust. civ.*, 1983, 1228, in motivazione; Cass., 28 gennaio 1972, n. 244, in *Foro it.*, 1972, I, 605, con nota senza titolo di BARONE; Cass., 29 ottobre 1968, n. 3618, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, 243; Cass., 3 febbraio 1968, n. 353, in *Foro it.*, 1968, I, 3057; Cass., 13 gennaio 1964, n. 75, in *Giust. civ.*, 1964, I, 1176; Cass., Sez. Un., 9 maggio 1956, n. 1505, in *Foro it.*, 1956, I, 852, con nota di ANDRIOLI,

orientamento venne abbandonato in seguito all'entrata in vigore della novella del 1994, allorché con il celebre *revirement* del 2000, la Corte di cassazione attribuì all'eccezione di patto compromissorio (e alla relativa decisione) natura sostanziale; donde la soggezione della sentenza agli ordinari mezzi d'impugnazione previsti per qualsiasi altra decisione di merito, ossia l'appello e il ricorso per cassazione².

All'orientamento tradizionale è invece ritornato il legislatore dell'ultima riforma che, nell'elaborazione della disciplina dell'*exceptio compromissi*, ha previsto, all'art. 819 *ter*, 2° comma, c.p.c., 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*». In forza di tale previsione, la pronuncia con cui il giudice ordinario abbia dichiarato la propria competenza o l'abbia declinata in tutto o in parte in favore degli arbitri è dunque impugnabile con regolamento di competenza, necessario o facoltativo, a seconda che egli si sia pronunciato o meno anche sul merito della lite³⁴.

Procedura arbitrale e regolamento di giurisdizione. In dottrina ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, 3° ed., Napoli, 1964, 844.

² Cass., Sez. Un., 6 luglio 2005, n. 14205; Cass., Sez. Un., 25 giugno 2002, n. 9289, in *Riv. arb.*, 2002, 511, con nota di BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite ed il regime della eccezione fondata su accordo compromissorio* e in *Giust. civ.*, 2003, 717, con nota di PUNZI, *Natura dell'arbitrato e regolamento di competenza*; Cass., 4 giugno 2001, n. 7533, in *Corr. giur.*, 2001, 1448, con nota di CONSOLO, MURONI, *L'eccezione di arbitrato rituale come eccezione "di merito" e la supposta inammissibilità del regolamento di competenza*; Cass., 1 febbraio 2001, n. 1403, in *Giur. it.* 2001, I, 1, 2035, con nota di NELA, *Arbitrato rituale e regolamento necessario di competenza*. Come rileva PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, 2° ed., Padova, 2012, 190 ss., aderendo a tale ricostruzione, il regime impugnatorio della sentenza resa sull'*exceptio compromissi* per arbitrato rituale non sarebbe stato diverso dal regime cui era tradizionalmente soggetta la pronuncia emessa sull'eccezione di patto compromissorio irrituale; cfr. Cass., 13 luglio 1988, n. 4587; Cass., 9 dicembre 1986, n. 7315; Cass., 12 febbraio 1979, n. 935. Superfluo precisare che, in questo modo, la questione inerente alla sussistenza della *potestas* arbitrale sarebbe stata portata alla cognizione della Corte di cassazione nei medesimi termini in cui potevano essere censurate in sede di legittimità le decisioni di merito, ossia ai sensi dell'art. 360, 1° comma, n. 3 e n. 5, c.p.c. (Cass., 21 settembre 2004, n. 18917, in *Riv. arb.*, 2006, 82 ss. e 86, con nota di MOTTO, *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti*). Inoltre, l'esclusione del regolamento di competenza in favore dell'appello avrebbe fatto sì che, laddove in primo grado fosse stata resa una pronuncia declinatoria e questa fosse stata riformata dalla Corte d'appello, quest'ultima, dopo aver accolto l'impugnazione, avrebbe dovuto comunque rendere una decisione sul merito della lite, stante la tassatività dei casi di rimessione al primo giudice previsti dagli artt. 353 e 354 c.p.c., determinando così la perdita di un grado di giudizio (così BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite ed il regime della eccezione fondata su accordo compromissorio* (nota a Cass., 25 giugno 2002, n. 9289), in *Riv. arb.*, 2002, 517 ss.).

³ Per tutti SALVANESCHI, *Arbitrato. Libro Quarto: Procedimenti speciali art. 806-840*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, a cura di Sergio Chiarloni, Bologna, 2014, 685. Il termine merito è qui utilizzato in senso ampio e contrapposto a quello di competenza, per indicare ogni altra questione pertinente all'oggetto del processo, che non si identifichi con la competenza stessa, dunque anche le questioni pregiudiziali attinenti al processo e le questioni preliminari di

merito; cfr. LEVONI, voce «Regolamento di competenza», in *Digesto Civ.*, XVI, Torino, 1997, 485; ACONE, voce «Regolamento di competenza: diritto processuale civile», in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1995, 6. Superfluo ricordare che il regolamento facoltativo è esperibile anche in caso di pronuncia implicita sulla competenza, laddove cioè il giudice abbia pronunciato sul merito senza prendere esplicita posizione sull'eccezione d'incompetenza; cfr. LEVONI, voce «Regolamento, cit., 488.

⁴ La lacunosità della disciplina transitoria ha creato non pochi problemi agli interpreti. L'art. 27 del d.lgs. n. 40 del 2006 prevede, infatti, che le disposizioni contenute agli artt. 21, 22, 23, 24 e 25 trovino applicazione solo con riferimento ai procedimenti arbitrali introdotti dopo l'entrata in vigore del decreto medesimo, ossia dopo il 2 marzo 2006, ma nulla dispone con riferimento ai procedimenti ordinari. La questione è stata quindi risolta in modo divergente.

Un primo orientamento, applicando analogicamente la previsione contenuta all'art. 27 ai procedimenti instaurati dinanzi al giudice ordinario, ha affermato che il regime impugnatorio tratteggiato dall'art. 819 *ter* c.p.c. troverebbe applicazione solo nell'ambito dei giudizi introdotti (in primo grado) dopo la data di entrata in vigore del decreto e che, pertanto, nell'ambito dei giudizi già pendenti la sentenza resa sull'*exceptio compromissi* sarebbe impugnabile con l'appello e non con il regolamento di competenza; cfr. Cass., 20 maggio 2008, n. 12814, in *Riv. arb.*, 2009, 465, con nota di COREA, *Questioni di diritto intertemporale nei rapporti tra arbitro e giudice*.

Le stesse conclusioni sono state raggiunte anche da un diverso orientamento, per il quale l'applicazione dell'art. 819 *ter* c.p.c. ai giudizi in corso sarebbe preclusa dall'art. 5 c.p.c.: secondo tale orientamento, nel delineare il nuovo regime dell'*exceptio compromissi* e nel qualificare la stessa come eccezione d'incompetenza anziché di merito, il legislatore avrebbe introdotto un mutamento della legge regolatrice della competenza, insuscettibile di esplicare effetti nell'ambito dei giudizi in corso; cfr. Cass., 29 agosto 2008, n. 21926, in *Riv. arb.*, 2009, 465, con nota di COREA, *Questioni di diritto intertemporale nei rapporti tra arbitro e giudice*.

Un terzo orientamento ha invece ritenuto che, attesa l'applicabilità del regime transitorio ai soli procedimenti arbitrali, l'applicazione delle restanti norme dovrebbe seguire il principio del *tempus regit actum*, con la conseguenza che dovrebbero ritenersi soggette al regolamento di competenza tutte le sentenze emesse successivamente alla data di entrata in vigore del decreto legislativo, ancorché riferibili a procedimenti introdotti prima di tale momento; cfr. Cass., 20 dicembre 2007, n. 26990, in *Riv. arb.*, 2009, 465, con nota di COREA, *Questioni di diritto intertemporale nei rapporti tra arbitro e giudice*; Trib. Pisa, 9 gennaio 2009, in *Riv. arb.*, 2009, 281, con nota di ROMANO, *Il doppio volto dell'art. 819 ter c.p.c.*

Sul punto si sono pronunciate anche le Sezioni Unite della Suprema Corte, le quali, dopo aver confermato la portata innovatrice delle norme contenute nel d.lgs. n. 40 del 2006 ed aver escluso che esse potessero avere natura interpretativa (e, dunque, efficacia retroattiva, come invece sostenuto da CONSOLO, MARINUCCI, *Impugnazione per nullità di delibera assembleare e arbitrato*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 218, da COREA, *Questioni di diritto intertemporale nei rapporti tra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.*, 2009, 480 e da MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino, 2008, 210) e dopo avere altresì negato la possibilità di interpretare analogicamente la previsione contenuta nell'art. 27, hanno affermato che l'applicazione dell'art. 819 *ter* c.p.c. ai procedimenti ordinari dipenderebbe proprio dalla circostanza prevista da tale norma, ossia dalla data di introduzione del procedimento arbitrale. Per cui, laddove al giudizio ordinario si sia accompagnata la pendenza (in parallelo) di un procedimento arbitrale, la sentenza resa dal giudice potrebbe essere impugnata con regolamento di competenza solo laddove la domanda d'arbitrato sia stata notificata dopo il 2 marzo 2006; in caso contrario (cioè ove il procedimento arbitrale sia stato introdotto prima di tale data), essa sarà censurabile con i mezzi ordinari d'impugnazione. E' evidente che tale criterio non possa trovare applicazione laddove non risulti instaurato alcun procedimento arbitrale (né prima né dopo l'entrata in vigore del decreto); in tal caso – ha affermato la Corte – dovrebbero trovare applicazione i principi della *perpetuatio iurisdictionis* e del *tempus regit actum*; cfr. Cass., Sez. Un., 6 settembre 2010, n. 19047, in *Riv. arb.*, 2010, 463, con nota di SANTINI, *Regolamento di competenza avverso la pronuncia del giudice ordinario sulla exceptio compromissi e procedimenti pendenti* e, successivamente Cass., 26 novembre 2010, n. 24082 e Cass., 30 ottobre 2012, n. 18671, in *Riv. arb.*, 2013, 913, con nota critica sul punto di SALVANESCHI, *Ancora sull'arbitrabilità delle impugnative di delibere assembleari e sulla competenza a deciderle*

Ora, con riferimento alla particolare ipotesi in cui si abbia la contemporanea pendenza della lite in sede arbitrale e in sede giurisdizionale, non ci si può che conformare al *dictum* delle Sezioni Unite (che, peraltro, nella motivazione sollevano non poche perplessità rispetto all'opportunità della

Come già visto nel precedente capitolo, è difficile dire se tale scelta sia il frutto di un preciso intento qualificatorio del legislatore o se essa risponda soltanto all'esigenza di apprestare uno strumento che garantisca una rapida definizione della questione⁵; come che sia, la previsione contenuta nell'art. 819 *ter* c.p.c. parrebbe sgombrare il campo da tutti i problemi legati alla qualificazione dell'*exceptio compromissi*, non lasciando spazio a scelte diverse⁶. Per cui, nell'ipotesi in cui la pronuncia abbia ad oggetto la sola questione di competenza, la sentenza potrà essere impugnata dalla parte soccombente⁷ con il regolamento necessario *ex art.* 42 c.p.c.⁸; laddove, invece, la sentenza contenga anche delle

scelta operata dal legislatore). Più incerta, invece, la soluzione da adottarsi laddove non si verifichi tale circostanza. Invero, nella motivazione elaborata dal Supremo Collegio il tema è liquidato in modo piuttosto sbrigativo e i principi della *perpetuatio iurisdictionis* e del *tempus regit actum* sembrano considerati sostanzialmente interscambiabili. In un simile contesto appare condivisibile la soluzione prospettata dalla sentenza n. 26990 del 2007, in considerazione (i) dell'impossibilità di applicare le disposizioni di carattere transitorio al di fuori delle ipotesi specificamente previste dalla legge e (ii) del fatto che l'art. 819 *ter* c.p.c. non è norma sulla competenza, ma sull'impugnabilità della sentenza e pertanto non v'è ragione di invocare la *perpetuatio iurisdictionis*. Ne dovrebbe conseguire che, in ossequio alle previsioni di cui agli artt. 11 e 15 disp. prel. c.c. e al principio del *tempus regit actum*, l'art. 819 *ter* c.p.c. dovrebbe trovare applicazione immediata rispetto agli atti compiuti successivamente alla sua entrata in vigore (così COREA, *op. cit.*, 482 ss.; SANTINI, *Regolamento di competenza avverso la pronuncia del giudice ordinario sulla exceptio compromissi e procedimenti pendenti* (nota a Cass., Sez. Un., 6 settembre 2010, n. 19047), in *Riv. arb.*, 2010, 477). In senso contrario v. però Cass., 30 ottobre 2012, n. 18671, *cit.*, secondo la quale l'introduzione dell'art. 819 *ter* c.p.c. avrebbe determinato un mutamento della competenza rilevante ai sensi dell'art. 5 c.p.c., con la conseguenza che la norma dovrebbe trovare applicazione solo con riferimento a quei procedimenti instaurati dopo il 2 marzo 2006; nello stesso senso CAMPIONE, *Sul regime della sentenza che afferma o nega la competenza del giudice in relazione a controversia compromessa in arbitri. Spunti sul rapporto tra arbitri e giudici* (nota a Cass., 8 marzo 2011, n. 5510), in *Riv. arb.*, 2012, 830.

⁵Come ritengono, ad esempio, SALVANESCHI, *Arbitrato*, *cit.*, 688; EAD., *Ancora sull'arbitrabilità delle impugnative di delibere assembleari e sulla competenza a deciderle* (nota a Cass., 30 ottobre 2012, n. 18671), in *Riv. arb.*, 2013, 927; RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Sergio Menchini, Padova, 2010, 365; ZIINO, *La translatio iudicii tra arbitri e giudici ordinari (sulla parziale illegittimità costituzionale dell'art. 819-ter, secondo comma, c.p.c.)*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 919; GASPERINI, *Sulla proposta di applicazione analogica dell'art. 59 l. 69/2009 ai rapporti tra giudici e arbitri*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 382; ATTERITANO, *La qualificazione dell'eccezione di compromesso per arbitrato estero quale eccezione di merito: problematiche connesse di diritto interno e di diritto internazionale* (nota a Cass., Sez. Un., 15 aprile 2003, n. 6349), in *Riv. dir. proc.*, 2005, 277.

⁶ Sull'esclusività del regolamento di competenza v. Cass., 8 marzo 2011, n. 5510, in *Riv. arb.*, 2012, 825, con nota di CAMPIONE, *Sul regime della sentenza che afferma o nega la competenza del giudice in relazione a controversia compromessa in arbitri. Spunti sul rapporto tra arbitri e giudici*. Sul punto ritorneremo comunque più avanti, quando ci occuperemo del problema legato all'efficacia della pronuncia sul patto compromissorio.

⁷ Tale sarà la parte che, convenuta in giudizio, abbia sollevato l'eccezione d'incompetenza in caso di pronuncia dichiarativa, o l'attore in caso di pronuncia declinatoria; cfr. ACONE, voce «Regolamento», *cit.*, 4.

⁸ Attesa la formulazione dell'art. 42 c.p.c., con tale mezzo d'impugnazione potrà essere censurata sia la pronuncia con cui il giudice declini la propria competenza in favore degli arbitri, sia la

statuizioni diverse, la parte soccombente sulla questione di competenza⁹ potrà scegliere se impugnare il capo sulla competenza con il regolamento facoltativo di cui all'art. 43 c.p.c., oppure impugnare con l'appello la pronuncia sulla competenza insieme a quella sul merito¹⁰. E qualora la parte abbia optato per l'appello, la sentenza resa in secondo grado sarà a sua volta impugnabile con il regolamento di competenza o con il ricorso ordinario per cassazione a seconda che essa intenda censurare o meno anche il merito della decisione¹¹. Più precisamente, laddove il giudice d'appello abbia pronunciato sulla sola competenza, sarà proponibile il regolamento necessario; laddove, invece, egli abbia pronunciato anche sul merito, la parte potrà scegliere fra la proposizione del regolamento facoltativo (per censurare solo il capo sulla competenza) e la proposizione del ricorso ordinario ai sensi dell'art. 360, 1° comma, n. 2, c.p.c., con cui aggredire insieme la statuizione sulla competenza e quella relativa al merito.

Quale che sia la fattispecie, il regolamento di competenza sarà proponibile a prescindere dal carattere definitivo o non definitivo della decisione; l'impugnazione dovrà cioè essere proposta immediatamente, anche quando il provvedimento abbia contenuto dichiarativo, non essendo ammissibile, rispetto al regolamento di competenza, l'istituto della riserva facoltativa d'impugnazione¹². Qualora, invece, il giudice renda una sentenza non definitiva sull'eccezione d'incompetenza e, al contempo, decida una questione di merito o altra questione

decisione non definitiva con cui egli rigetti l'*exceptio compromissi* e disponga la prosecuzione del giudizio; cfr. ACONE, voce «Regolamento, cit., 6.

⁹ In tal caso, il regolamento facoltativo di competenza potrà essere proposto anche dalla parte interamente vittoriosa sul merito (ma soccombente sulla questione di competenza), anche prima che la parte soccombente sul merito abbia proposto un'impugnazione nei modi ordinari, dunque prima che la sua soccombenza sulla questione di competenza divenga da meramente teorica pratica; cfr. Cass., 7 dicembre 1984, n. 6457. In argomento, ACONE, voce «Regolamento, cit., 3.

¹⁰ Naturalmente, affinché possa essere impugnato con l'appello il capo della decisione sulla competenza, è necessario che siano impugnati anche uno o più capi attinenti al merito (o, comunque, a profili che esulano dalla competenza); cfr. LEVONI, voce «Regolamento, cit., 488; ACONE, voce «Regolamento, cit., 8. Sarebbero quindi inammissibile l'appello e il ricorso per cassazione che fossero proposti avverso la sola pronuncia sulla competenza (Cass., 27 febbraio 1990, n. 1507), salva, nel secondo caso, la possibile conversione in istanza di regolamento (Cass., 16 dicembre 1992, n. 13263).

¹¹ Sull'esperibilità del regolamento di competenza nei confronti della sentenza di appello v. LEVONI, voce «Regolamento, cit., 485 e 490; ACONE, voce «Regolamento, cit. 7. In tal caso, il regolamento di competenza sarà esperibile sia per contestare la competenza funzionale del giudice d'appello, sia la decisione che egli abbia reso sulla competenza del giudice di prime cure; cfr. Cass., 14 aprile 1993, n. 4442.

¹² ACONE, voce «Regolamento, cit., 9. In giurisprudenza v. Cass., 20 novembre 2014, n. 24755.

attinente al processo, la parte soccombente potrà comunque riservare l'appello e il ricorso per cassazione.

Alla previsione contenuta di cui all'art. 819 *ter* c.p.c. potrebbe fare eccezione il caso in cui la pronuncia sull'*exceptio compromissi* sia resa dal giudice di pace, posto che l'art. 46 c.p.c. esclude espressamente l'applicazione degli artt. 42 e 43 c.p.c. nell'ambito di tipologia di giudizi. Il problema non è di facile soluzione. Ove si ritenga che l'*exceptio compromissi* non sia in realtà un'eccezione d'incompetenza e, quindi, che attraverso la previsione contenuta nell'art. 819 *ter* c.p.c. il legislatore abbia esteso l'applicazione del regolamento di competenza oltre il suo originario ambito di applicazione¹³, allora potrebbe opinarsi nel senso dell'esperibilità del regolamento di competenza anche nei confronti delle statuizioni rese dal giudice di pace, secondo la massima *lex specialis derogat generali*. Per contro, laddove si riconosca all'eccezione in parola natura di vera e propria eccezione d'incompetenza, rispetto alla cui decisione il regolamento di competenza si pone come naturale mezzo d'impugnazione, allora dovrebbe riconoscersi la prevalenza della disciplina dell'eccezione d'incompetenza, ivi compresa l'esclusione operata dall'art. 46 c.p.c. (norma la cui applicazione, a differenza delle altre disposizioni in materia di competenza, non è stata espressamente esclusa dal legislatore)¹⁴. In ciò e in altre questioni risiede, dunque, problema qualificatorio evidenziato nel primo capitolo. Considerata la progressiva estensione della competenza dei giudici di pace, nonché l'abitudine di inserire clausole compromissorie anche in contratti di modesto valore economico¹⁵, è probabile che la Corte di cassazione si troverà ben presto a decidere la questione.

Il procedimento per regolamento di competenza segue le regole previste dall'art. 47 c.p.c.

Si pone, tuttavia, un problema con riferimento all'art. 48 c.p.c. (che, come noto, dispone l'automatica sospensione dei procedimenti nei quali sia richiesto il

¹³ Come ritiene, ad esempio, LUISO, *Rapporti tra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.*, 2005, 786.

¹⁴ In tal senso, sia pur con riferimento alle sentenze del giudice conciliatore, la risalente Cass., 9 luglio 1953, n. 2211, in *Giur. it.*, 1955, I, 1, 183, con nota di VECCHIONE, *Questioni in tema di arbitrato*.

¹⁵ Si pensi ad esempio alla prassi, sempre più diffusa, di inserire clausole compromissorie nei moduli contrattuali destinati ai consumatori; prassi che non sembra scalfita dalla previsione di una competenza funzionale in favore del giudice del luogo in cui il consumatore abbia la propria residenza con riferimento ai contratti stipulati a distanza o fuori dai locali commerciali.

regolamento di competenza, salva soltanto l'autorizzazione al compimento degli urgenti¹⁶), la cui applicazione, ai sensi dell'art. 819 *ter*, 3° comma, c.p.c., è espressamente esclusa dall'ambito dei «*rapporti fra arbitrato e processo*». *Prima facie*, tale disposizione non sembra lasciare spazio ad interpretazioni. L'esclusione operata dall'art. 819 *ter* c.p.c. dovrebbe quindi operare in modo assoluto, con la conseguenza che laddove, ad esempio, il giudice abbia respinto l'*exceptio compromissi* e rimesso il giudizio in istruttoria, quest'ultimo potrebbe proseguire nonostante la proposizione del regolamento necessario, o ancora, che l'appello proposto da una delle parti contro la sentenza di merito potrebbe essere coltivato anche quando altra parte abbia impugnato la medesima sentenza con il regolamento facoltativo¹⁷. Si tratta, a ben vedere, di conclusioni irragionevoli: per quale motivo, infatti, si dovrebbe proseguire un procedimento il cui esito, in caso di accoglimento dell'istanza di regolamento, sarebbe destinato venire meno ai sensi dell'art. 336, 2° comma, c.p.c.? E, soprattutto, perché ciò dovrebbe avvenire solo nel caso in cui la competenza del giudice ordinario sia contestata in ragione di un accordo compromissorio?

A nostro sommo avviso, è necessario accedere a una diversa lettura del terzo comma dell'art. 819 *ter* c.p.c. La *ratio* della norma va ricercata nella volontà di garantire la massima autonomia e indipendenza fra il procedimento arbitrale e quello ordinario; essa, infatti, appare pienamente conforme all'adozione, da parte del legislatore, del modello delle c.d. vie parallele al fine di disciplinare l'ipotesi in cui la medesima controversia penda contemporaneamente in sede arbitrale e in sede giudiziaria (su questo tema ritorneremo diffusamente nell'ultimo capitolo). Se questa è la finalità della disposizione in parola, l'esclusione dell'effetto sospensivo di cui all'art. 48 c.p.c. dovrebbe essere circoscritta proprio all'ipotesi per cui la norma appare dettata, ossia quella in cui la medesima controversia risulti pendente sia in sede arbitrale sia in sede giurisdizionale; solo in tal caso, infatti, il regolamento di competenza proposto in una delle due sedi dovrebbe

¹⁶ Come ricorda LEVONI, voce «Regolamento, cit., 497, l'utilizzo del plurale «*processi*» chiarisce la volontà del legislatore di ricomprendere l'ipotesi in cui il giudice abbia affermato la propria competenza, disponendo la prosecuzione del giudizio, quella in cui il regolamento facoltativo sia richiesto in concomitanza ad un'impugnazione ordinaria e, infine, quella in cui risultino pendenti più processi, fra i quali sussistano rapporti di connessione, continenza o litispendenza.

¹⁷ G.F. RICCI, Sub art. 817 c.p.c., in *Arbitrato. Commento al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile (artt. 806 – 840)*, a cura di Federico Carpi, 2° ed., Bologna, 2007, 508.

ritenersi improduttivo di effetti nell'altra, così da garantire l'autonomia del procedimento arbitrale rispetto a quello ordinario. Mentre con riferimento al procedimento nell'ambito del quale il regolamento sia stato proposto, non v'è ragione per escludere l'operatività dell'effetto sospensivo previsto dalla norma in parola¹⁸. A dire il vero, nemmeno questa lettura va esente da critiche¹⁹; tuttavia, oltre a rispondere a pieno alla *ratio* ispiratrice dell'art. 819 *ter* c.p.c., essa sembra trovare riscontro nel tenore letterale della norma, la quale, escludendo l'art. 48 c.p.c. dai «*rapporti fra arbitrato e processo*», sembra circoscrivere l'ambito di operatività dell'esclusione all'ipotesi sopra formulata²⁰.

Sulla questione di competenza, il giudice dell'impugnazione sarà chiamato a esercitare un sindacato pieno. Se la decisione del giudice di prime cure (con cui, respingendo l'*exceptio compromissi*, egli abbia deciso il merito della lite) venga impugnata con l'appello, la natura devolutiva del mezzo d'impugnazione consentirà al giudice di secondo grado di esaminare nuovamente e in modo diretto il contenuto dell'accordo compromissorio, essendo a tal fine irrilevante la qualificazione dell'*exceptio compromissi*. La stessa piena cognizione si avrà laddove della questione venga investita, con regolamento di competenza o con ricorso ordinario, la Corte di cassazione. Avendo a oggetto una questione processuale se non propriamente di competenza, la decisione con cui il giudice erroneamente neghi o affermi la propria competenza sarà affetta da *error in*

¹⁸ AA. VV., *Arbitrato*, a cura di Bonelli Erede Pappalardo, Milano, 2012, 159; RUFFINI, Sub art. 819 *ter* c.p.c., in *La nuova disciplina*, cit., 381. In tal senso sembrano orientati anche SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 702 e PUNZI, *Disegno*, cit., I, 2012, 195.

¹⁹ Non si comprende, infatti, il motivo per cui il procedimento arbitrale dovrebbe proseguire quando della questione di competenza sia investita la Corte di cassazione. Delle due l'una: o si ritiene – come si riteneva in passato – che la decisione della Corte regolatrice sia ininfluenza sul procedimento arbitrale, oppure si accetta l'idea che l'attività compiuta medio tempore dagli arbitri sia destinata a venire meno nel caso in cui la Corte di cassazione dichiari la competenza del giudice ordinario.

²⁰ Come rileva CAPPONI, *Modestino Acone, la competenza e l'arbitrato*, in *Il giusto processo civile*, 2009, 405, un ulteriore argomento a favore di questa interpretazione potrebbe trarsi dalla previsione contenuta nell'art. 43, ult. comma, c.p.c., a mente del quale «*se l'istanza di regolamento facoltativo è proposta prima dell'impugnazione ordinaria, i termini per la proposizione di questa riprendono a decorrere dalla comunicazione della sentenza che regola la competenza*». Nell'estendere l'effetto sospensivo anche all'ipotesi in cui l'impugnazione ordinaria non sia stata ancora proposta, l'art. 43 c.p.c. si pone come *pendant* dell'art. 48 c.p.c., il cui disposto viene peraltro richiamato nella parte finale della norma. Tuttavia, interpretando in modo assoluto l'esclusione operata dall'art. 819 *ter* c.p.c. si realizzerebbe una incomprensibile discrasia fra queste due ipotesi, giacché laddove il giudizio d'impugnazione non fosse ancora stato introdotto, il termine per impugnare rimarrebbe sospeso, mentre laddove tale giudizio fosse già pendente, esso dovrebbe proseguire incurante dell'istanza di regolamento. Un simile risultato appare, invero, incoerente.

procedendo; ne consegue che, rispetto a tale questione, la Corte di cassazione sarà giudice anche del fatto²¹. Pertanto, essa sarà chiamata a statuire sull'esistenza, sulla validità e sull'interpretazione dell'accordo compromissorio, nonché sulla compromettibilità della controversia²² senza il filtro della decisione impugnata e potendo apprezzare direttamente il contenuto dell'accordo arbitrale²³, al fine di individuare il soggetto (arbitro o giudice) cui spetti il potere di decidere il merito della lite²⁴.

Il regolamento di competenza (al pari del ricorso ordinario) potrà concludersi con la conferma o con l'annullamento della sentenza resa dal giudice di prime cure o dal giudice d'appello²⁵. Vedremo più avanti quale efficacia possa essere riconosciuta alla pronuncia avente a oggetto il patto compromissorio; in questa sede ci limitiamo ad anticipare che, alla luce del novellato contesto normativo, non sembrano ravvisabili ostacoli al riconoscimento, in capo alla sentenza resa dalla Corte regolatrice, dell'effetto di individuare una volta per tutte

²¹ E.F. RICCI, *La Cassazione si pronuncia ancora sulla convenzione di arbitrato rituale: tra l'attaccamento a vecchi schemi e qualche incertezza concettuale* (nota a Cass., Sez. Un., 5 gennaio 2007, n. 35), in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1299; ACONE, voce «Regolamento, cit. 17. Mentre laddove, come nel recente passato, la questione di competenza fosse qualificata come questione di merito (con conseguente inammissibilità del regolamento di competenza), il controllo che la Corte di cassazione adita con ricorso ordinario sarebbe ovviamente limitato alla violazione di legge (e, fino al 2012, alla congruità e alla logicità della motivazione); sul punto MENCHINI, *Il controllo e la tutela della convenzione arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2013, 383; E.F. RICCI, *La Cassazione si pronuncia*, cit., 1300; BONGIORNO, *Sulla «eccezione d'incompetenza nel processo arbitrale»*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 141; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1971, 210 e 228.

²² Ciò, peraltro, non sarebbe ostacolato dalla circostanza che tale verifica si risolve nell'accertamento della validità di un contratto o nella interpretazione della comune volontà delle parti, ossia in un giudizio di fatto tendenzialmente riservato al giudice del merito e precluso in sede di legittimità, dal momento che tale giudizio è prodromico alla risoluzione di una questione processuale; cfr. Cass., 11 febbraio 1998, n. 1413, in *Foro it.*, 1998, I, 743; Cass., 25 gennaio 1997, n. 781, in *Giur. it.*, 1998, 259 e in *Riv. arb.*, 1997, 531, con nota di BOVE, *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza di un patto compromissorio*.

²³ MENCHINI, *Il controllo*, cit., 384; BOVE, *Ricadute sulla disciplina dell'arbitrato della legge n. 69/2009*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 88; LUISO, *Rapporti tra arbitro*, cit., 790; in giurisprudenza Cass., 17 luglio 2012, n. 12333; Cass., 4 agosto 2011, n. 17019. In tal senso, prima della riforma, Cass., 18 febbraio 1988, n. 1738; Cass., 14 luglio 1983, n. 4832; Cass., 11 maggio 1982, n. 2945; Cass., Sez. Un., 4 luglio 1981, n. 4360, in *Foro it.*, 1981, I, 1860, con nota senza titolo di BARONE; Cass., 9 luglio 1953, n. 2211, cit.; in dottrina VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Napoli, 1971, 653.

²⁴ Cfr. Cass., 19 dicembre 1975, n. 4189, in *Foro it.*, 1976, I, 656. Peraltro, attesa la possibilità per la Corte di cassazione adita con il regolamento di competenza di individuare il giudice competente anche al di là delle indicazioni delle parti, utilizzando cioè criteri attributivi anche diversi da quelli utilizzati dai litiganti, sembra ragionevole ritenere che, laddove la Corte dichiari che la controversia appartiene al giudice ordinario, essa possa individuare anche il giudice concretamente competente, per materia, valore e territorio, a conoscere il merito della lite.

²⁵ Naturalmente, l'annullamento della sentenza potrà essere anche solo parziale, come nel caso in cui sia stata proposta una pluralità di domande e solo alcune di esse rientrino nell'ambito della competenza arbitrale; cfr. VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 537.

l'organo, giurisdizionale o arbitrale, competente a conoscere il merito della lite.

Ove sia emessa una sentenza dichiarativa della competenza del giudice ordinario e questa venga confermata dalla Corte di cassazione, il giudizio potrà riprendere dinanzi al giudice *a quo*, secondo quanto previsto dall'art. 49 c.p.c.: se il provvedimento impugnato si sia limitato a pronunciare sull'*exceptio compromissi*, il giudizio dovrà essere riassunto e potrà proseguire a partire dal punto in cui si trovava quando è stato proposto il regolamento di competenza; se, invece, esso abbia statuito in via definitiva anche sul merito della lite, la decisione sull'istanza di regolamento determinerà la ripresa del decorso del termine per la proposizione dell'appello. Ove, invece, il regolamento di competenza porti alla cassazione della sentenza dichiarativa della competenza, le parti non potranno fare altro che instaurare la loro controversia dinanzi agli arbitri²⁶ (vedremo più avanti se e in che termini sia possibile una vera e propria riassunzione del giudizio). Analoga conclusione laddove sia emessa una sentenza a contenuto declinatorio e questa venga confermata dalla Corte di cassazione, mentre qualora tale sentenza venga annullata, le parti dovranno riassumere il giudizio dinanzi al giudice di prime cure secondo quanto previsto dagli artt. 49 e 50 c.p.c.²⁷.

Anche con riferimento alla forma della decisione resa dalla Corte di cassazione potrebbe riproporsi l'alternativa fra la sentenza, il cui mantenimento, come visto poc'anzi, sarebbe giustificato dalla maggiore complessità della questione, e l'ordinanza, la cui adozione sarebbe invece suffragata dal tenore dell'art. 49, anch'esso modificato dalla riforma del 2009, ai sensi del quale «*il regolamento è pronunciato con ordinanza*». La seconda opzione merita accoglimento: la prevista impugnabilità della decisione con regolamento di competenza determina l'integrale applicazione della disciplina di tale mezzo d'impugnazione, la quale contempla un'unica forma, quella dell'ordinanza per l'appunto, e ciò indipendentemente dalla qualificazione della questione che con essa sia decisa.

²⁶ In tal caso, la decisione della Corte è assimilabile a una cassazione senza rinvio; cfr. IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo. Studio sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, Torino, 2013, 189; CAPPONI, *Modestino Acone*, cit., 404 e E.F. RICCI, *La Cassazione si pronuncia*, cit., 1299.

²⁷ CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Antonio Briguglio e Bruno Capponi, III, 2° tomo, Padova, 2009, 881; CAPPONI, *Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria secondo il nuovo art. 819 ter c.p.c.*, in *www.Judicium.it*.

3. L'impugnazione del lodo

Passiamo ora a esaminare il regime d'impugnazione della decisione resa in sede arbitrale.

Nel nostro ordinamento, tale regime è disciplinato dall'art. 827 c.p.c. il quale, nella sua formulazione originaria, prevedeva che la sentenza arbitrale fosse «*soggetta soltanto all'impugnazione per nullità e a quella per revocazione*». In occasione della novella del 1994, il legislatore ha aggiunto al decalogo l'opposizione di terzo, mentre con l'ultimo intervento riformatore egli si è limitato a espungere dalla norma l'avverbio «*soltanto*».

Già nella vigenza del codice del 1940, gli interpreti si erano interrogati sulla tassatività dell'elencazione contenuta nell'art. 827 c.p.c. e, in particolare, sulla possibilità di annoverare, fra i mezzi d'impugnazione esperibili nei confronti della sentenza arbitrale, il regolamento di competenza. Tale interrogativo nasceva, in parte, dalla rammentata collocazione della questione inerente alla sussistenza della *potestas* arbitrale fra le questioni di competenza; in parte, dall'esigenza di delineare il regime impugnatorio del lodo con cui gli arbitri avessero declinato la propria competenza in favore dell'autorità giudiziaria, fattispecie che, all'epoca, non pareva riconducibile ad alcuno dei motivi di nullità enucleati dall'art. 829 c.p.c.

Tradizionalmente, a favore dell'esperibilità di tale mezzo d'impugnazione nei confronti delle sentenze arbitrali militava, in primo luogo, la portata generale del regolamento di competenza, quale rimedio esperibile nei confronti di tutte le pronunce aventi a oggetto questioni di competenza, fra le quali si collocava anche il lodo, una volta omologato dal pretore²⁸. Tale rimedio, del resto, trovava la propria *sedes materiae* nel libro primo del codice di procedura civile, con la conseguenza che la sua proponibilità avrebbe potuto essere limitata solo dalle norme ivi contenute, quali ad esempio l'art. 46 c.p.c., che precludeva la proposizione di tale mezzo d'impugnazione nei confronti delle sentenze rese dal conciliatore (oggi quelle rese dal giudice di pace)²⁹. In secondo luogo, rilevava la considerazione che, essendo la Corte di cassazione il giudice regolatore della

²⁸ ANDRIOLI, *Commento*, cit., 844.

²⁹ ANDRIOLI, *Commento*, cit., 844; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, 3° ed., Milano, 1988, 236 ss. Più recentemente ACONE, *Arbitrato e competenza*, in *Riv. arb.*, 1996, 260 e 261 e BOCCAGNA, *L'impugnazione del lodo per nullità*, I, Napoli, 2005, 275 e 278.

competenza, essa avrebbe potuto e dovuto conoscere di tutte la controversie riguardanti la competenza, ivi comprese quelle inerenti al rapporto fra arbitri e giudici³⁰. In terzo e ultimo luogo, si riteneva che non vi fossero valide ragioni per sottoporre la decisione arbitrale a un regime diverso rispetto a quello della sentenza pronunciata in sede ordinaria o in sede d'impugnazione per nullità del lodo³¹.

A dispetto di tali argomenti, la giurisprudenza di legittimità, con orientamento pressoché costante, è sempre stata di avviso contrario³². La posizione giurisprudenziale trovava fondamento, in primo luogo, nel disposto dell'art. 827 c.p.c., la cui formulazione originaria, rimasta inalterata anche dopo la novella del 1994, rendeva tassativo l'elenco dei mezzi d'impugnazione ivi previsti³³. In secondo luogo, nel principio di conversione della cause d'incompetenza degli arbitri in motivi di nullità della sentenza arbitrale, in forza del quale tutti i profili d'incompetenza dei giudici privati avrebbero dovuto essere

³⁰ SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 236 e 237.

³¹ BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 276; ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 260; NICOTINA, *Arbitrato rituale e giurisdizione*, Milano, 1990, *passim*; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 236 e 239.

³² Cass., 9 ottobre 1987, n. 7513; Cass., 18 dicembre 1973, n. 3433, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1110; Cass., 20 maggio 1969, n. 1752, in *Foro it.*, 1969, I, 2198, in motivazione, con nota senza titolo di BARONE; Cass., 9 luglio 1965, n. 1431, in *Foro it.*, 1966, I, 571; Cass., Sez. Un., 19 luglio 1957, n. 3050, in *Giust. civ.*, 1957, I, 1461, in motivazione.

³³ Cass., 18 dicembre 1973, n. 3433, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1113; Cass., 9 luglio 1965, n. 1431, cit.; Cass., Sez. Un., 31 luglio 1950, n. 2250, in *Giur. it.*, 1952, I, 1, 359, con nota senza titolo di FURNO; Cass., Sez. Un., 19 luglio 1957, n. 3050, cit. In dottrina NELA, *Arbitrato rituale e regolamento necessario di competenza* (nota a Cass., 1 febbraio 2001, n. 1403 e Cass., 15 settembre 2000, n. 12175), in *Giur. it.* 2001, I, 1, 2037; LEVONI, voce «Regolamento», cit., 491; LUISSO, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv. arb.*, 1995, 14; TARZIA, *Sub art. 19, in Legge 5 gennaio 1994 n. 25*, a cura di Giuseppe Tarzia, Riccardo Luzzatto ed Edoardo Flavio Ricci, Padova, 1994, 152; MIRABELLI, GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato. Nozioni generali. Aggiornato alla L. 26/1994 (nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale)*, Napoli, 1994, 88; VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 620; SATTA, *Commentario*, cit., 324; CARNACINI, *Arbitrato rituale*, in *Novissimo Dig. It.*, I, Torino, 1957, 910. A questo argomento parte della dottrina (BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 279; MIRABELLI, *Regolamento o ricorso nell'impugnazione per incompetenza dell'arbitro* (nota a Cass., 23 gennaio 1990, n. 354 e a Cass., 1 giugno 1990, n. 5154), in *Riv. arb.*, 1991, 84) replicava rilevando che, con buona probabilità, il legislatore del 1940 aveva introdotto l'avverbio «soltanto» per escludere l'accumulo di mezzi d'impugnazione che connotava la disciplina previgente (il codice del 1865 prevedeva, infatti, che il lodo potesse essere impugnato attraverso l'appello, la revocazione, il ricorso per cassazione e l'impugnazione per nullità; sul punto v. CARNACINI, *op. cit.*, 910), senza considerare un mezzo d'impugnazione di carattere generale, qual è il regolamento di competenza. Taluni (ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 261) sottolineavano infine come la tassatività dell'elencazione contenuta nell'art. 827 c.p.c. era stata già messa in discussione da quella dottrina che, nonostante il silenzio della legge, aveva sostenuto l'esperibilità nei confronti del lodo dell'opposizione di terzo.

fatti valere attraverso l'impugnazione per nullità di cui all'art. 828 c.p.c.³⁴. Infine – ma sul punto ritorneremo più diffusamente nel prosieguo – nella ritenuta inidoneità della pronuncia resa in sede di regolamento di competenza ad esplicare effetti nei confronti degli arbitri³⁵.

L'orientamento giurisprudenziale in parola sembra destinato a prevalere anche all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 40 del 2006. E' vero che la modifica dell'art. 827 c.p.c. operata in occasione dell'ultimo intervento riformatore sembrerebbe mettere in discussione il carattere tassativo dell'elencazione dei mezzi d'impugnazione contenuta nella norma³⁶. Tale circostanza, se valutata unitamente all'esplicita qualificazione del rapporto fra arbitri e giudici in termini di competenza, potrebbe indurre a ritenere che, al pari di tutti i provvedimenti aventi ad oggetto una questione di competenza, anche il lodo possa essere soggetto a regolamento³⁷. Tale conclusione sembrerebbe trovare un ulteriore elemento di riscontro nell'art. 819 *ter* c.p.c. laddove la norma esclude dai rapporti fra giudice e arbitro l'applicazione dell'art. 48 c.p.c.: come visto

³⁴ Cass., 20 maggio 1969, n. 1752, cit., in motivazione; Cass., 18 dicembre 1973, n. 3433, cit.; Cass., Sez. Un., 31 luglio 1950, n. 2250, cit. In dottrina PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, Padova, 2000, 162; BONGIORNO, *Sulla «eccezione*, cit., 136; VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 535; CARNACINI, *op. cit.*, 910.

³⁵ Cass., 18 dicembre 1973, n. 3433, cit.; App. Roma, 9 marzo 1992, n. 677, in *Riv. arb.*, 1992, 706, con nota di MARENCO, *Inammissibilità del regolamento di competenza avverso il lodo rituale*. In dottrina, VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 533 e 625.

³⁶ Nel senso che la tassatività non potrebbe più essere affermata *a priori* e in via generale, dovendosi verificare la compatibilità con il sistema arbitrale di ogni singolo mezzo d'impugnazione v. BOCCAGNA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in *La nuova disciplina*, cit., 448; BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, in AA. VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, II, 326 e, sia pur dubitativamente, ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 273. Di diverso avviso MENCHINI, *Il controllo*, cit., 388; PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2012, 495; ID., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, 2° ed., Torino, 2010, 253; VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 3° ed., Torino, 2010, 168; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 630; MENCHINI, *Impugnazioni del lodo rituale*, in *Riv. arb.*, 2005, 845, secondo i quali si tratterebbe, invece, di una modifica solamente formale, inidonea a incidere sul carattere tassativo dell'elencazione contenuta nella norma. In tal senso ha opinato, recentemente, Cass., 7 novembre 2012, n. 19268.

³⁷ BOCCAGNA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in *La nuova disciplina*, cit., 450. Ovviamente, tale conclusione vacilla laddove si ritenga che il rapporto fra arbitri e giudici non sia interamente riconducibile alla categoria della competenza, ma rappresenti un *tertium genus* a cui il legislatore ha inteso estendere parzialmente soltanto alcuni degli istituti che compongono lo statuto della competenza. In tal senso SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 688, secondo la quale l'individuazione del regolamento di competenza quale mezzo d'impugnazione della sentenza resa dal giudice ordinario avrebbe portata eccezionale e, in giurisprudenza, Cass., 7 novembre 2012, n. 19268, cit. Qui si ripropone il problema della portata del richiamo alle questioni di competenza, che consiste nel capire se ai rapporti fra arbitri e giudici siano applicabili tutte le norme in materia di competenza che non siano state espressamente escluse dal legislatore o solo quelle che egli abbia espressamente richiamato (cfr. primo capitolo).

poc'anzi, mentre tale esclusione risulta difficilmente spiegabile se riferita al regolamento di competenza proposto contro la sentenza resa dal giudice ordinario, essa lo è di più ove riferita al regolamento di competenza proposto nell'ambito del procedimento arbitrale³⁸. Anche l'argomento relativo alla presunta inefficacia nei confronti degli arbitri della statuizione resa dalla Corte di cassazione sembra aver perso buona parte della proprio peso. Senza voler qui anticipare quanto diremo occupandoci del problema legato all'efficacia della pronuncia sul patto compromissorio, ci limitiamo a rilevare che, oggi ancor più di ieri, sembra meritare condivisione il rilievo secondo il quale alla decisione della Corte regolatrice dovrebbe riconoscersi la stessa efficacia panprocessuale che l'art. 310 c.p.c. riconosce alle pronunce sulla competenza³⁹.

Più complesso il tema legato all'operatività del principio di conversione delle cause d'incompetenza degli arbitri in motivi di nullità del lodo⁴⁰. Benché non possa negarsi che anche l'incompetenza del giudice ordinario si risolve in un motivo di nullità della sentenza, senza che ciò escluda l'impugnabilità della sentenza con il regolamento di competenza⁴¹, il problema riguarda la natura tendenzialmente conclusiva del sistema delineato dagli artt. 827 ss. c.p.c. In tale sistema è sempre stato previsto che l'incompetenza degli arbitri derivante dall'invalidità dell'accordo compromissorio o dall'esorbitanza delle domande proposte dalle parti fosse deducibile attraverso l'impugnazione per nullità e in tale direzione si è mosso anche il legislatore del 2006 il quale ha confermato la disciplina dei motivi di nullità del lodo attinenti alla (in)sussistenza della *potestas iudicandi* arbitrale e ha previsto l'esperibilità del regolamento di competenza soltanto nei confronti della decisione resa dal giudice ordinario⁴².

Non solo; il legislatore dell'ultima riforma ha anche disciplinato, per la prima volta, il regime d'impugnazione della pronuncia con cui gli arbitri abbiano

³⁸ BOCCAGNA, *Appunti*, cit., 327.

³⁹ BOCCAGNA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in *La nuova disciplina*, cit., 451. In tal senso già BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 279; ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 262.

⁴⁰ Recentemente ribadito da TOMMASEO, *Le impugnazioni del lodo arbitrale nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2008, 212.

⁴¹ Cfr. Cass., 3 settembre 1998, n. 8739, in *Foro it.*, 1998, I, 2762.

⁴² Se da un lato, infatti, la previsione contenuta nell'art. 819 *ter* c.p.c. parrebbe confermare la qualificazione dell'eccezione di difetto di *potestas iudicandi* arbitrale come eccezione d'incompetenza, dall'altro il fatto che la norma consenta l'impugnabilità con regolamento di competenza solo della sentenza pronunciata dal giudice ordinario potrebbe legittimare l'applicazione del principio *ubi lex dicit voluit, ubi non dicit noluit*.

concluso il procedimento senza decidere il merito della controversia quando questo debba essere deciso dagli arbitri (*in primis*, dunque, del lodo con cui gli arbitri si siano dichiarati privi della *potestas iudicandi*), prevedendo espressamente che essa sia impugnabile per nullità ai sensi dell'art. 829, 1° comma, n. 10 c.p.c. Il che, oltre a confermare che il mezzo d'impugnazione con cui debbano farsi valere i profili d'incompetenza degli arbitri è l'impugnazione per nullità, sembra anche sottrarre uno dei principali argomenti utilizzati in passato per sostenere l'esperibilità del regolamento di competenza, ossia l'assenza di qualsivoglia disposizione che regolasse il regime d'impugnazione del lodo declinatorio⁴³.

Le considerazioni che procedono ci inducono a ritenere che, anche all'indomani dell'ultima riforma, il regolamento di competenza non sia esperibile nei confronti del lodo. Ciò non in ragione di un'incompatibilità di tipo logico fra tale mezzo d'impugnazione e il procedimento arbitrale, bensì solo perché non previsto dalla disciplina positiva⁴⁴. In effetti, in assenza di una previsione esplicita, l'ammissione di tale mezzo d'impugnazione finirebbe o con il "mutilare" sensibilmente l'impugnazione per nullità⁴⁵ o con il determinare un dubbio concorso di mezzi d'impugnazione destinati a far valere il medesimo vizio⁴⁶.

3.1. L'impugnazione per nullità

Esclusa l'esperibilità del regolamento di competenza nei confronti del lodo arbitrale, non resta che esaminare la disciplina dell'impugnazione per nullità, sia pur limitatamente ai profili rilevanti ai fini della presente trattazione. A differenza del regime d'impugnazione della sentenza che prevede un mezzo d'impugnazione

⁴³ VERDE, *Lineamenti*, cit., 176; RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *La nuova disciplina*, cit., 381; MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, Milano, 2009, 206. In senso contrario v. però BOCCAGNA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in *La nuova disciplina*, cit., 450; BOCCAGNA, *Appunti*, cit., 328, secondo il quale il motivo di nullità di cui al numero 10 dell'art. 829 c.p.c. sarebbe comunque invocabile in tutti quei casi in cui l'omessa decisione di merito sia dettata da ragioni diverse dall'incompetenza.

⁴⁴ NELA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di Sergio Chiarloni, 2° tomo, Bologna, 2006, 1860; in tal senso già ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 245.

⁴⁵ Così VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 535.

⁴⁶ In effetti, in assenza di indicazioni da parte del legislatore, il regolamento dovrebbe ritenersi esperibile sia nei confronti del lodo declinatorio sia nei confronti del lodo dichiarativo della competenza arbitrale.

attraverso il quale le parti possono dolersi dell'accertamento compiuto in primo (o in secondo) grado in ordine alla sussistenza (o all'insussistenza) della competenza del giudice adito, l'impugnazione per nullità è uno strumento a critica vincolata che si declina in una serie di motivi, tassativamente elencati dall'art. 829 c.p.c., alcuni dei quali utilizzabili per censurare la decisione compiuta dagli arbitri in ordine alla propria competenza e corrispondenti, *mutatis mutandis*, ai diversi casi d'incompetenza delineati dall'art. 817 c.p.c., sui quali ci siamo intrattenuti nel secondo capitolo.

3.1.1. Il lodo reso in presenza di una convenzione arbitrale invalida o inefficace

La prima ipotesi su cui occorre soffermarsi è quella del lodo reso in presenza di un accordo compromissorio invalido o inefficace; fattispecie, questa, regolata dall'art. 829, 1° comma, n. 1, c.p.c.

Nella sua formulazione originaria, rimasta invariata anche dopo la novella del 1994, la norma consentiva l'impugnazione del lodo per nullità quando «*il compromesso*» fosse stato «*nullo*». Benché il richiamo all'istituto della nullità avesse indotto taluno a ritenere che dall'ambito di applicazione della norma esulassero istituti quali quello dell'annullabilità o quello dell'inefficacia⁴⁷, si riteneva generalmente che alla previsione in parola dovessero essere ricondotte tutte le ipotesi in cui il negozio compromissorio non fosse in grado di esplicare i propri effetti, a prescindere dal vizio che lo affliggeva e che, pertanto, nell'ambito del motivo di nullità di cui al n. 1 potessero essere convogliate anche le ipotesi di annullabilità o inefficacia della convenzione arbitrale⁴⁸. Fino all'ultima riforma, la deduzione di tale motivo di nullità non era però condizionata alla previa

⁴⁷ Dubitativamente ANDRIOLI, *Commento*, cit., 774.

⁴⁸ Cass., 29 aprile 2004, n. 8206; Cass., 25 gennaio 1997, n. 781, cit. e Cass., 30 agosto 1995, n. 9162; Cass., 5 giugno 1998, n. 5528. In dottrina ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in *Arbitrato. Commento al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile (artt. 806 – 840)*, a cura di Federico Carpi, Bologna, 2001, 603; PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2000, 198; FAZZALARI, voce «Arbitrato nel diritto processuale civile», in *Digesto Civ., Aggiornamento*, 1, Torino, 2000, 110; FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, 98; GIACOBBE, D'ALESSANDRO, *L'arbitrato*, Milano, 1999, 190; TARZIA, *Sub art. 21*, in *Legge 5 gennaio 1994 n. 25*, cit., 165; MIRABELLI, GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato. Nozioni generali. Aggiornato alla L. 26/1994 (nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale)*, Napoli, 1994, 111; FAZZALARI, *Sub art. 829 c.p.c.*, in *La riforma dell'arbitrato*, a cura di Antonio Briguglio, Elio Fazzalari e Roberto Marengo, Milano, 1994, 206.

contestazione della *potestas iudicandi* degli arbitri nel corso del procedimento arbitrale. Alla parte convenuta in arbitrato era infatti consentito non solo eccepire l'invalidità del patto compromissorio per tutto il corso del procedimento arbitrale, ma anche far valere tale invalidità per la prima volta con l'impugnazione per nullità⁴⁹; in tal contesto, la parte destinataria della domanda di arbitrato avrebbe quindi anche potuto decidere di non costituirsi nel procedimento *apud arbitros*, riservandosi la possibilità di contestare la competenza arbitrale in un secondo momento, *secundum litis eventum*.

In occasione della recente riforma il legislatore è intervenuto sull'art. 829, 1° comma, n. 1, c.p.c., prevedendo che l'impugnazione del lodo sia proponibile quando «*la convenzione d'arbitrato*» sia «*invalida*». La novellata formulazione risponde all'esigenza di considerare, oltre al compromesso e alla clausola compromissoria⁵⁰, anche la convenzione stipulata in materia extracontrattuale⁵¹, nonché alla volontà del legislatore di fugare ogni dubbio in ordine alla sussumibilità entro la previsione dell'art. 829, 1° comma, n. 1, c.p.c., di tutti i casi di invalidità (*i.e.* nullità e annullabilità) del patto compromissorio, come ricavabili dalla disciplina contenuta nel codice di rito e nel codice di diritto sostanziale⁵². Invero, come visto del precedente capitolo, all'art. 817 c.p.c. il legislatore distingue fra invalidità e inefficacia, mentre un'analoga distinzione non è presente nell'art. 829, 1° comma, n. 1, c.p.c.; il richiamo all'art. 817 c.p.c. contenuto nella

⁴⁹ MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, cit., 11; RIGHETTI, *L'eccezione di compromesso*, in AA. VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, II, 639; BOVE, *Resta la confusione sulle liti transnazionali*, in *Guida dir.*, 2006, numero 8, 104; CALIFANO, *Le vicende del lodo: impugnazione e correzione*, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di Giovanni Verde, 3° ed., Torino, 2005, 429; DANOVÌ, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999, 110; MIRABELLI, GIACOBBE, *op. cit.*, 84; ANDRIOLI, *Commento*, cit., 914; REDENTI, voce «Compromesso», in *Novissimo Dig. It.*, III, Torino, 1957, 795; CARNACINI, *op. cit.*, 915. Secondo un certo orientamento (FAZZALARI, voce «Arbitrato», cit., 110 e, in giurisprudenza, Cass., 26 gennaio 2001, n. 1086; Cass., 2 marzo 2000, n. 2307, in *Riv. arb.*, 2001, 221, con nota di RUFFINI, *Motivi di impugnazione per nullità del lodo arbitrale e poteri della Corte d'appello*), la nullità della convenzione arbitrale sarebbe stata addirittura suscettibile di rilievo officioso da parte del giudice dell'impugnazione, per lo meno nel caso in cui la questione non fosse stata affrontata e decisa in sede arbitrale. Va tuttavia segnalato che i casi nei quali la giurisprudenza ha affermato tale principio riguardavano fattispecie in cui il vizio che affliggeva il patto compromissorio era più simile all'inesistenza che alla mera invalidità

⁵⁰ CALIFANO, *Le vicende del lodo*, cit., 429.

⁵¹ PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2012, 530; MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, cit., 17.

⁵² Ovviamente, come rileva IZZO, *La convenzione*, cit., 111, la deduzione del profilo d'invalidità in sede d'impugnazione del lodo sarà slegata dalle limitazioni di cui agli artt. 1421 e 1441 c.c., rilevando unicamente le disposizioni contenute nella disciplina processuale.

norma (di cui appresso) induce però gli interpreti a non dubitare della riconducibilità dell'inefficacia al motivo di nullità in parola⁵³.

Decisamente più significativo è però l'inserimento nella norma di un espresso richiamo alla disposizione di cui all'art. 817, 3° comma, c.p.c.⁵⁴, che, come visto nel precedente capitolo, impone alle parti di far valere l'incompetenza arbitrale (per inesistenza, invalidità o inefficacia del patto compromissorio) entro la prima difesa successiva all'accettazione degli arbitri, pena l'impossibilità di impugnare il lodo per tali motivi, con la sola eccezione dell'inarbitrabilità della controversia⁵⁵. Attraverso tali disposizioni, il legislatore ha determinato il superamento del sistema previgente, nel quale l'invalidità dell'accordo arbitrale poteva essere dedotta per la prima volta in sede d'impugnazione del lodo⁵⁶, con la conseguenza che, ove la parte convenuta in arbitrato si sia astenuta dal contestare tempestivamente la *potestas* arbitrale, la competenza del collegio non sarà suscettibile di ulteriori contestazioni, mentre laddove essa abbia formulato l'eccezione d'incompetenza e gli arbitri l'abbiano respinta, davanti alla Corte d'appello potranno essere fatte valere solo le medesime censure già dedotte in sede arbitrale⁵⁷.

3.1.2. Il lodo reso *extra compromissum*

Il secondo caso a dover essere esaminato è quello del lodo reso *extra compromissum*, ossia della decisione con cui gli arbitri abbiano pronunciato su

⁵³ CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, 3° ed., Padova, 2012, 548; AA. VV., *Arbitrato*, cit., 211; PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2012, 531; LA CHINA, *L'arbitrato: il sistema e l'esperienza*, 4° ed., Milano, 2011, 253 e 254; MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, cit., 76 e 100; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 718; NELA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in *Le recenti riforme*, cit., 1868 e 1869.

⁵⁴ Sulla numerazione dei commi v. sempre i rilievi di E.F. RICCI, *L'arbitrato e il tipografo legislatore (elogio della rientranza)*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 632.

⁵⁵ E.F. RICCI, *Clausola compromissoria "vessatoria" e impugnazione del lodo* (nota a CGE, 26 ottobre 2006, C-168/05), in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1086; MENCHINI, *Impugnazioni*, cit., 848 e 849.

⁵⁶ PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2012, 532; BOCCAGNA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in *Commentario alle riforme*, cit., 1023. In verità, come si è avuto modo di osservare nel secondo capitolo, non è chiaro se l'art. 817 c.p.c. imponga un onere di costituzione in capo alle parti o se la preclusione prevista dalla norma sia destinata a operare solo nel caso in cui la parte convenuta in arbitrato abbia deciso di partecipare al procedimento. E' evidente, dunque, che laddove si acceda a questa seconda interpretazione, la parte che non sia costituita nel procedimento arbitrale sarà comunque libera di impugnare successivamente il lodo deducendo l'incompetenza degli arbitri.

⁵⁷ BOVE, *L'impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2009, 28; ID., *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.*, 2007, 367.

una domanda che originariamente non era compresa nell'accordo compromissorio; fattispecie, questa, che trovava e trova tuttora la propria regolamentazione nell'art. 829, 1° comma, n. 4, c.p.c. In origine, tale norma disciplinava tre diverse ipotesi di nullità: quella della sentenza arbitrale che avesse «*pronunciato fuori dai limiti del compromesso*», quella della sentenza che non avesse pronunciato «*su alcuno degli oggetti del compromesso*» e, infine, quella della sentenza che contenesse «*disposizioni contraddittorie*»⁵⁸.

Oggi la norma continua a sanzionare la nullità del lodo pronunciato fuori dai limiti della convenzione d'arbitrato e sanziona altresì la nullità del lodo che abbia deciso il merito della controversia in ogni altro caso in cui il merito non poteva essere deciso (dunque il caso in cui gli arbitri abbiano reso una pronuncia di merito nonostante la sussistenza di un impedimento di carattere processuale); sono state invece espunte l'ipotesi del lodo contenente disposizioni contraddittorie (che è andato a costituire il motivo di nullità di cui al n. 11 e quella del lodo che non abbia pronunciato su una o più domande o eccezioni proposte dalle parti in conformità alla convenzione d'arbitrato (collocato al motivo di nullità di cui al n. 12⁵⁹). Diversa sorte è toccata all'ipotesi del lodo con cui gli arbitri abbiano chiuso il procedimento senza decidere il merito della lite (quando il merito debba invece essere deciso) che trova oggi la propria disciplina nel neonato motivo di cui al n. 10, di cui appresso.

In queste sede, esamineremo solo il caso del lodo esorbitante.

Da un punto di vista logico, la pronuncia di un lodo su una controversia non ricompresa nell'accordo arbitrale appare assimilabile alla pronuncia resa in assenza di patto compromissorio (su cui *infra*); affermare che un lodo è esorbitante rispetto alla convenzione d'arbitrato significa, infatti, affermare che, per una parte di esso, detta convenzione è inesistente⁶⁰. Attesa la previsione di cui

⁵⁸ PUNZI, voce «Arbitrato: arbitrato rituale e irrituale», in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1995, 46.

⁵⁹ PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2012, 545; MENCHINI, *Impugnazioni*, cit., 850; ODORISIO, *op. cit.*, 270.

⁶⁰ LUDOVICI, *Il lodo (rituale) inesistente nell'ordinamento processualcivilistico italiano: una figura sospesa tra mito giuridico e realtà normativa* (nota Cass., 12 maggio 2011, n. 13246), in *Riv. arb.*, 2012, 590; NELA, *L'inesistenza della convenzione arbitrale rituale dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 982; VECCHIONE, *Questioni in tema di arbitrato* (nota a Cass., 13 luglio 1954, n. 2453, Cass., 7 aprile 1954, n. 1076 e Cass., 9 luglio 1953, n. 2211), in *Giur. It.*, 1955, I, 1, 164.

all'art. 829, 1° comma, n. 4, c.p.c., la fattispecie è stata però sempre ricondotta alla categoria della nullità e non a quella, diversa, dell'inesistenza⁶¹.

Tanto nella sua versione originaria, quanto in quella attuale, l'art. 829, 1° comma, n. 4, c.p.c., condiziona l'impugnabilità del lodo alla circostanza che nel corso del giudizio arbitrale la parte che intende proporre l'impugnazione eccepisca l'esorbitanza delle conclusioni rassegnate dalle altre parti rispetto all'accordo compromissorio (l'attuale norma fa infatti salvo il disposto del «quarto comma» dell'art. 817 c.p.c.⁶²). Per cui, laddove una parte abbia formulato una conclusione estranea al contenuto dell'accordo compromissorio, l'altra⁶³ sarà tenuta a far rilevare tale estraneità, pena la decadenza dalla facoltà di impugnare il lodo per tale motivo. Naturalmente, la preclusione imposta dall'art. 817, 3° comma, c.p.c. è destinata ad operare solo nel caso in cui la pronuncia *extra compromissum* consegua effettivamente ad un domanda di parte; laddove, invece, essa sia il frutto di un errore degli arbitri, l'incompetenza degli arbitri sarà comunque deducibile in sede d'impugnazione senza che a tal fine sia necessaria alcuna preventiva eccezione⁶⁴.

Nonostante la possibile assimilazione della fattispecie in parola a quella del lodo reso su patto compromissorio inesistente, l'impugnazione per nullità si pone quale strumento necessario per far valere l'esorbitanza della decisione

⁶¹ NELA, *L'inesistenza*, cit., 981.

⁶² Come evidenziato da E.F. RICCI, *L'arbitrato e il tipografo*, cit., 632, non esiste un quarto comma dell'art. 817 c.p.c. o, più precisamente, quello che avrebbe dovuto essere il quarto comma della norma è in realtà il terzo, essendo gli originari commi secondo e terzo stati uniti in unica previsione.

⁶³ S'intende che, in forza del generale principio per cui la nullità non può essere opposta dalla parte che via ha dato causa (sancito in generale dall'art. 157 c.p.c. e, con specifico riferimento al giudizio arbitrale, dal nuovo secondo comma dell'art. 829 c.p.c., a mente del quale «*la parte che ha dato causa a un motivo di nullità ... non può per questo motivo impugnare il lodo*»), l'impugnazione in parola deve ritenersi preclusa alla parte che abbia formulato le conclusioni esorbitanti; cfr. MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, cit., 152; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 624.

⁶⁴ PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2012, 547; LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., 2011, 257; BOVE, *L'impugnazione*, cit., 27; MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, cit., 153; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 724; DELLA PIETRA, *Il procedimento*, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di Giovanni Verde, 3° ed., Torino, 2005, 228; DANOVI, *La pregiudizialità*, cit., 310; PUNZI, voce «Arbitrato», cit., 46; MIRABELLI, GIACOBBE, *op. cit.*, 115; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 625; CARNACINI, *op. cit.*, 917; VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 1971, 538 e 655; ID., *Questioni*, cit., 163. Secondo G.F. RICCI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 472, ANDRIOLI, *Commento*, cit., 833; In tal caso il lodo potrebbe ritenersi impugnabile anche ai sensi dell'art. 829, 3° comma, c.p.c. ossia per violazione di un principio, quale quello di corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato, espressione dell'ordine pubblico processuale, o ai sensi dell'art. 829, 1° comma, n. 9, c.p.c. per violazione del principio del contraddittorio; cfr. VERDE, *Lineamenti*, cit., 173.

arbitrale, con la conseguenza che ove l'impugnazione non venga proposta nei termini previsti dall'art. 828 c.p.c., la parte perderà la possibilità di far rilevare il motivo di nullità del lodo⁶⁵.

Considerazioni diverse devono compiersi con riferimento al caso in cui la pronuncia esorbitante abbia a oggetto una materia non suscettibile di compromesso; in tal caso, infatti, il lodo soggiacerà al regime impugnatorio proprio del lodo inesistente e sarà quindi impugnabile indipendentemente dall'acquiescenza presta dalle parti nel corso del procedimento⁶⁶ (in argomento v. *infra*).

Da ultimo, merita ricordare che la preclusione prevista dall'art. 817 c.p.c. viene ritenuta inoperante nel caso in cui il lodo abbia pronunciato su materia esplicitamente esclusa dalla convenzione arbitrale⁶⁷.

Ciò detto, occorre tuttavia ricordare come, sulla scia del *revirement* del 2000, la Corte di cassazione abbia recentemente affermato che laddove gli arbitri abbiano provveduto all'interpretazione del patto compromissorio al fine di individuare quali controversie vi siano ricomprese, il lodo non sarebbe impugnabile ai sensi dell'art. 829, 1° comma, n. 4 c.p.c., bensì unicamente ai sensi del combinato disposto degli artt. 829 1° comma, n. 5 e 823, 2° comma, n. 3 c.p.c., vale a dire nel solo caso in cui la motivazione sul punto risulti radicalmente inidonea a comprendere l'*iter* logico seguito dal giudice arbitrale o la *ratio decidendi* del lodo, oppure ai sensi dell'art. 829, 2° comma, c.p.c. (nella formulazione antecedente all'ultima riforma) per violazione o falsa applicazione delle norme di diritto sostanziale che presiedono all'interpretazione dei contratti⁶⁸. Per la Corte di cassazione, tale conclusione sarebbe imposta dalla natura sostanziale della questione relativa alla sussistenza della *potestas* arbitrale, la quale renderebbe la pronuncia su tale questione a tutti gli effetti una pronuncia di

⁶⁵ RUFFINI, Sub *art. 827 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Claudio Consolo e Francesco Paolo Luiso, 2° ed., Milano, 2000, 3498.

⁶⁶ Cfr. secondo capitolo, nota 53.

⁶⁷ Cfr. secondo capitolo, nota 54.

⁶⁸ Cass., 9 gennaio 2008, n. 178, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 221, con nota di MARINUCCI, *L'impugnazione per nullità del lodo esorbitante dalla convenzione di arbitrato*; Cass., 5 giugno 2007, n. 13161; Cass., 21 settembre 2004, n. 18917, cit. Ricordiamo che, nel regime precedente alla riforma del 2006, l'art. 829, 2° comma, c.p.c. consentiva l'impugnazione per nullità del lodo per violazione delle norme di diritto da parte degli arbitri, salvo che le parti non avessero dichiarato il lodo non impugnabile. Oggi, la previsione è stata traslata al terzo comma dell'art. 829 c.p.c. il quale però consente l'impugnazione per violazione delle norme sostanziali relative al merito della controversia solo se espressamente disposta dalle parti o prevista dalla legge.

merito e l'errore che gli arbitri abbiano commesso interpretazione del patto compromissorio un *error in iudicando*, la cui deducibilità in sede d'impugnazione del lodo soggiacerebbe ai limiti propri di tale tipologia di vizi.

Tale orientamento non appare condivisibile.

Esso sconta – evidentemente – la sovrapposizione fra il concetto di questione di merito e il merito vero e proprio della controversia che costituisce uno degli effetti collaterali del *revirement* giurisprudenziale del 2000 ed appare contrario alla lettera dell'art. 829, 1° comma, n. 4, c.p.c., che commina la nullità del lodo in ragione del fatto che esso sia stato reso fuori dai limiti del patto compromissorio, senza distinguere a seconda che tale esorbitanza sia o meno il frutto di un'attività ermeneutica esplicitata nella motivazione⁶⁹; del resto, opinando nel senso voluto dalla Corte di cassazione, la previsione di cui all'art. 829, 1° comma, n. 4, c.p.c. rischierebbe di divenire lettera morta⁷⁰. Inoltre, posto che la *potestas iudicandi* degli arbitri costituisce il presupposto di validità del giudizio arbitrale e del lodo, è evidente che colui che contesta la decisione esorbitante non contesta il suo contenuto, ma la sua stessa esistenza, mentre chi formula l'impugnazione ai sensi dell'art. 829, 1° comma, n. 5 e comma 3, c.p.c. censura il merito della decisione degli arbitri sul presupposto che essi avessero il potere di decidere il merito della lite⁷¹. Infine, esso rischia di collidere con il disposto dell'art. 829, 1° comma, c.p.c. nella parte in cui la norma sancisce l'irrinunciabilità preventiva dell'impugnazione per nullità ai sensi dei motivi in essa indicati: aderendo all'orientamento giurisprudenziale in esame, si finirebbe infatti per riconoscere alla Corte d'appello una cognizione della questione relativa alla sussistenza della *potestas* arbitrale filtrata dalla decisione impugnata e, dunque, per attribuire agli arbitri una signoria quasi assoluta sulla questione di competenza, realizzando così un risultato non molto lontano da quello che si

⁶⁹ LUISSO, *Rapporti tra arbitro*, cit., 781. Stante la formulazione della norma, condizione sufficiente e necessaria per la declaratoria di nullità del lodo è soltanto la corrispondenza fra la decisione arbitrale e il patto compromissorio, indipendentemente dalle ragioni che hanno determinato l'esorbitanza della decisione.

⁷⁰ Come osserva MARINUCCI, *L'impugnazione per nullità del lodo esorbitante dalla convenzione di arbitrato* (nota a Cass., 9 gennaio 2008, n. 178), in *Riv. dir. proc.*, 2008, 229 e 231, nel rendere un lodo esorbitante, gli arbitri potrebbero non fornire motivazione alcuna (soprattutto laddove la questione non sia stata oggetto di contesa fra le parti); ciò nondimeno, tale lodo meriterebbe di essere annullato.

⁷¹ MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, cit., 151; MARINUCCI, *L'impugnazione per nullità del lodo esorbitante*, cit., 226 e 228.

realizzerebbe – in ipotesi – se le parti stipulassero una clausola di *Kompetenz-Kompetenz*, la quale, stante l’irrinunciabilità preventiva dell’impugnazione di cui all’art. 829 c.p.c., deve ritenersi inammissibile⁷².

3.1.3. Il lodo declinatorio

L’ultima fattispecie su cui dobbiamo soffermarci è quella del lodo con cui gli arbitri abbiano declinato la propria competenza in favore dell’autorità giudiziaria, in ragione dell’inesistenza o invalidità del patto compromissorio, dell’esorbitanza delle domande rispetto alla convenzione arbitrale o della ritenuta inarbitrabilità della lite.

Fino alla riforma del 2006, la fattispecie è rimasta priva di una regolamentazione specifica; a fronte di tale lacuna, una parte della dottrina aveva ipotizzato la possibilità di impugnare il lodo declinatorio con il regolamento di competenza, mentre altri si erano spinti ad affermare che, in tal caso, non sarebbe stato possibile esperire alcuna impugnazione e che, pertanto, le parti non avrebbero potuto fare altro che adire l’autorità giudiziaria o “trovare” nuovi arbitri disposti a pronunciarsi sul merito della lite⁷³. Esclusa la possibilità di esperire nei confronti il regolamento di competenza, nel silenzio della legge la fattispecie in esame veniva sussunta nella previsione di cui all’art. 829, 1° comma, n. 4, c.p.c., che comminava la nullità del lodo con il quale gli arbitri avessero omesso di pronunciare su alcuno degli oggetti del compromesso⁷⁴. Benché questa norma comminasse la nullità il lodo con cui gli arbitri fossero incorsi in un’omissione di pronuncia⁷⁵, dunque una fattispecie diversa da quella in cui gli arbitri, in accoglimento di un’eccezione d’incompetenza, si fossero spogliati della controversia in favore dell’autorità giudiziaria, la giurisprudenza riteneva che non vi fosse alcuna differenza fra l’ipotesi in cui gli arbitri avessero omesso semplicemente di esaminare una o più domande e quella in cui essi si fossero

⁷² BOVE, *L’impugnazione*, cit., 28; LUISSO, *Rapporti tra arbitro*, cit., 782.

⁷³ VECCHIONE, *L’arbitrato*, cit., 534 e 535, che assimila la pronuncia declinatoria a una rinuncia all’incarico per giustificato motivo.

⁷⁴ Cass., 9 ottobre 1987, n. 7513; Cass., 18 dicembre 1973, n. 3433, cit.; fra le sentenze di merito App. Roma, 9 marzo 1992, n. 677, cit. Sul punto PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2012, 561.

⁷⁵ SCHIZZEROTTO, *Dell’arbitrato*, cit., 626. Si trattava cioè di una previsione destinata a operare in caso di violazione del principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato.

deliberatamente astenuti dal prenderle in esame perché ritenutisi incompetenti⁷⁶.

La questione è stata oggetto di specifico intervento in occasione dell'ultima riforma. Il legislatore del 2006 ha introdotto la disposizione di cui all'art. 829, 1° comma, n. 10, c.p.c., che consente l'impugnazione del lodo che abbia concluso il procedimento «*senza decidere il merito della controversia*» quando «*il merito della controversie doveva essere deciso dagli arbitri*», così apprestando un motivo di nullità atto a coprire tutte le ipotesi in cui gli arbitri abbiano omesso di decidere il merito della lite ravvisando un impedimento di carattere processuale, fra cui deve collocarsi anche il caso della pronuncia declinatoria⁷⁷.

3.2. Il giudizio di nullità e il suo esito

Quando il lodo venga impugnato per motivi attinenti alla insussistenza (o alla sussistenza) della *potestas* arbitrale, la Corte d'appello dovrà procedere a un nuovo e diretto esame della convenzione arbitrale al fine di accertarne l'esistenza, la validità e l'ampiezza (ricostruendo, cioè, la volontà dei compromittenti), così come l'arbitrabilità della controversia. In altre parole, attraverso l'impugnazione per nullità alla Corte d'appello non si chiederà un giudizio in ordine alla correttezza della decisione che gli arbitri abbiano reso sull'eccezione d'incompetenza, ma una decisione *ex novo* sulla medesima questione, senza filtri di sorta⁷⁸. Il che appare conforme al tenore dell'art. 829, 1° comma, nn. 1, 4 e 10,

⁷⁶ Così Cass., 18 dicembre 1973, n. 3433, cit. e App. Roma, 9 marzo 1992, n. 677, cit. In dottrina PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2000, 209; DANOVI, *La pregiudizialità*, cit., 111; LUISO, *Le impugnazioni del lodo*, cit., 14.

⁷⁷ SANGIOVANNI, *Brevi note sulle eccezioni d'incompetenza sollevate nel corso dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2013, 563; AA. VV., *Arbitrato*, cit., 219; MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, cit., 205; MENCHINI, *Impugnazioni*, cit., 851; BOVE, *L'impugnazione*, cit., 26. In senso contrario BOCCAGNA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in *Commentario alle riforme*, cit., 1030; BOCCAGNA, *Appunti*, cit., 329, secondo il quale da tale motivo dovrebbe ritenere esclusa l'ipotesi del lodo declinatorio, in cui il mezzo d'impugnazione dovrebbe essere ravvisato nel regolamento di competenza. Su posizioni diverse anche LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., 2011, 252, secondo il quale il lodo con cui gli arbitri si dichiarino incompetenti in ragione di un vizio che affligga la convenzione d'arbitrato sarebbe impugnabile ai sensi dell'art. 829, 3° comma, c.p.c. per violazione delle regole di diritto sostanziale che presiedono alla formazione del negozio compromissorio. In senso difforme, infine, SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 906, secondo la quale il lodo erroneamente declinatorio dovrebbe essere impugnato comunque ai sensi dell'art. 829, 1° comma, n. 1, c.p.c.

⁷⁸ BOVE, *Ricadute sulla disciplina*, cit., 90; RUFFINI, BOCCAGNA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, a cura di Massimo V. Benedettelli, Claudio Consolo e Luca Radicati di Brozolo, Padova, 2010, 340; LUISO, SASSANI, *La*

c.p.c. nonché alla previsione del novellato art. 817 c.p.c., che, collocando l'eccezione di difetto di *potestas iudicandi* arbitrale fra le questioni di rito, implicitamente conferma che la sussistenza del potere decisorio degli arbitri costituisce il presupposto per la decisione del merito della lite. Nessun dubbio, quindi, sul fatto che nell'attuale contesto normativo il vizio consistente nell'errata decisione sull'eccezione d'incompetenza vada collocato fra gli *errores in procedendo* e, dunque, che il motivo d'impugnazione del lodo non sia l'errata decisione degli arbitri circa la sussistenza del proprio potere decisorio, ma in assoluto la mancanza di tale potere⁷⁹. Ne consegue il definitivo superamento dell'orientamento giurisprudenziale richiamato poc'anzi sui limiti d'impugnabilità del lodo con cui gli arbitri abbiano definito i contorni del patto compromissorio e, dunque, la restituzione di piena operatività alla previsione di cui all'art. 829, 1° comma, n. 4, c.p.c.⁸⁰.

Il giudizio di nullità può concludersi con la reiezione dell'impugnazione o con il suo accoglimento, totale o parziale, da cui conseguirà la declaratoria di totale o parziale nullità della decisione arbitrale. Rispetto ai motivi di nullità prima esaminati, è evidente come una declaratoria di nullità parziale del lodo potrà essere pronunciata solo in caso di accoglimento dell'impugnazione per il motivo di cui al numero 4, laddove il processo arbitrale abbia avuto a oggetto una pluralità di domande, delle quale soltanto alcune riguardavano rapporti soggetti al patto compromissorio⁸¹, oppure nell'ipotesi opposta, in caso di accoglimento dell'impugnazione per il motivo di cui al numero 10, qualora di fronte a un

riforma del processo civile: commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile, Milano, 2006, 299, LUISO, *Rapporti tra arbitro*, cit., 781, per il quale la questione di competenza dovrebbe presentarsi alla Corte d'appello «vergine»; così già Cass., 13 ottobre 1986, n. 5983.

⁷⁹ MENCHINI, *Il controllo*, cit., 390; MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, cit., 97; BOVE, *L'impugnazione*, cit., 27 e 28; BOVE, *Ancora*, cit., 366; RIGHETTI, *op. cit.*, 638; LUISO, *Rapporti tra arbitro*, cit., 782.

⁸⁰ RUFFINI, BOCCAGNA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, cit., 344; MARINUCCI, *L'impugnazione per nullità del lodo esorbitante*, cit., 227.

⁸¹ MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, cit., 173; BOVE, *L'impugnazione*, cit., 43; GIORGETTI, *Sub art. 830 c.p.c.*, in *Commentario alle riforme*, cit., 1042. Si noti che, prima delle modifiche apportate dalla novella del 1994, con cui il legislatore abbandonò il c.d. principio di indivisibilità del lodo, consentendo la declaratoria di parziale nullità della decisione arbitrale, l'accoglimento dell'impugnazione ex art. 829, 1° comma, n. 4, c.p.c. determinava la caducazione dell'intera pronuncia e non solo di quella resa *extra compromissum*; cfr. Cass., 13 luglio 1954, n. 2435, in *Giur. it.*, 1955, I, 1, 162, con nota di VECCHIONE, *Questioni in tema di arbitrato*. Sul punto VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 537.

pluralità di domande, gli arbitri ne abbiano declinate alcune ritenendole non comprese nella convenzione arbitrale⁸².

Quanto all'esito ultimo del giudizio di nullità, nella sua formulazione originaria l'art. 830 c.p.c. prevedeva che «*il pretore, il tribunale o la Corte d'appello, quando accoglie l'impugnazione, dichiara con sentenza la nullità del giudizio arbitrale e della sentenza e, se la causa è in condizione di essere decisa, pronuncia sul merito*»; in tale contesto, la decisione sul merito della lite si poneva dunque come il naturale epilogo del giudizio d'impugnazione, senza che fosse possibile ravvisare eccezioni a tale regola. Solo con la riforma del 1994 il legislatore è intervenuto sulla formulazione del secondo comma dell'art. 830 c.p.c., consentendo alle parti di sottrarre alla Corte d'appello il giudizio sul merito della controversia.

Già prima di tale intervento, però, gli interpreti avevano individuato una serie di deroghe alla disciplina positiva, che consentivano di escludere l'automatismo del passaggio alla fase rescissoria e la cui *ratio* risiedeva nell'esigenza di evitare la perdita di un grado di giudizio rispetto ad una controversia che pur essendo stata (erroneamente) decisa dagli arbitri, non era mai devoluta in arbitrato. Rientravano in tale categoria, in primo luogo, l'ipotesi di annullamento del lodo per inarbitrabilità della controversia o inesistenza del patto compromissorio⁸³; in secondo luogo, l'ipotesi di annullamento di un lodo con cui gli arbitri avessero pronunciato su domande non comprese nel patto compromissorio (che sotto questo profilo era tradizionalmente assimilata alla precedente)⁸⁴; infine, l'ipotesi in cui il giudice dell'impugnazione avesse dichiarato la nullità di un lodo a contenuto declinatorio⁸⁵. In tutti questi casi, all'annullamento del lodo sarebbe conseguita la rimessione della controversia

⁸² Nel regime antecedente alla novella del 1994, il principio d'indivisibilità del lodo avrebbe invece fatto sì che all'eventuale accoglimento di tale motivo d'impugnazione conseguisse la caducazione dell'intera decisione arbitrale e non solo della parte con cui gli arbitri avessero declinato la propria competenza; cfr. VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 656.

⁸³ PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2000, 248; Cass., 18 dicembre 1973, n. 3433, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1112. Sull'argomento ritorneremo comunque *infra*.

⁸⁴ Cass., 13 luglio 1954, n. 2453, in *Giur. it.*, 1955, I, 1, 159, con nota di VECCHIONE, *Questioni in tema di arbitrato*.

⁸⁵ Cass., 11 febbraio 1998, n. 1413, cit., dove la Corte afferma che l'accesso alla fase rescissoria postulerebbe sempre la sussistenza di un lodo che, pur essendo nullo, sia sempre promanante da arbitri muniti di *potestas iudicandi*; Cass., 18 dicembre 1973, n. 3433, cit. In dottrina PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2000, 248; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 830 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2001, 683.

dinanzi al giudice ordinario che, in primo grado, fosse stato competente a conoscere la lite. Più discussa, invece, l'ipotesi in cui ad essere annullato fosse stato un lodo emesso sulla base di una convenzione d'arbitrato non inesistente, ma semplicemente invalida, sulla quale si registrava un contrasto fra la giurisprudenza, la quale riteneva che anche in tale caso alla Corte d'appello fosse preclusa la decisione sul merito della causa⁸⁶ e la dottrina, restia a derogare al disposto dell'art. 830 c.p.c.⁸⁷.

Anche quest'ultima norma è stata oggetto di intervento da parte del legislatore dell'ultima riforma, al quale la legge delega aveva affidato il compito di disciplinare «*le ipotesi di pronuncia rescissoria da parte del giudice dell'impugnazione per nullità*»⁸⁸. Prevedendo che «*se il lodo è annullato per i motivi di cui all'art. 829, commi primo, numeri 5), 6), 7), 8), 9), 11) o 12), terzo, quarto o quinto, la corte d'appello decide la controversia nel merito salvo che le parti non abbiano stabilito diversamente nella convenzione di arbitrato o con accordo successivo*», i conditores hanno escluso dal novero dei casi in cui la Corte d'appello può decidere il merito della lite tutte quelle ipotesi in cui l'accoglimento dell'impugnazione sia fondato su un motivo attinente alla sussistenza della *potestas iudicandi* arbitrale, con ciò facendo proprio l'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato⁸⁹. E disponendo che «*quando la corte d'appello non decide nel merito, alla controversia si applica la convenzione d'arbitrato, salvo che la nullità (del lodo, n.d.r.) dipenda dalla sua invalidità o inefficacia*», il legislatore ha esplicitamente confermato che ogni qual volta l'impugnazione conduca all'accertamento dell'inesistenza o dell'invalidità del

⁸⁶ Cass., 3 settembre 2013, n. 20128; Cass., 15 settembre 2000, n. 12175, cit.; Cass., 4 febbraio 1993, n. 1407.

⁸⁷ Cfr. CARPI, ZUCCONI GALLI FONSECA, Sub art. 806 c.p.c. e ZUCCONI GALLI FONSECA, Sub art. 830 c.p.c., in *Arbitrato*, cit., 2001, 63 e 681, nonché NELA, *Arbitrato rituale*, cit., 2039, i quali rilevavano che, contrariamente al caso dell'inesistenza della convenzione arbitrale, in quello della semplice invalidità la volontà compromissoria sarebbe stata comunque espressa, sia pur in modo inadeguato; donde la necessità di far seguire all'annullamento del lodo una decisione sul merito della lite. Nello stesso senso anche CALIFANO, *Le vicende del lodo*, cit., 449, il disposto dell'art. 830 c.p.c. sarebbe stato suscettibile di deroga solo nel caso del lodo pronunciato su materia non compromettibile o in totale carenza di patto compromissorio.

⁸⁸ Sul punto si rinvia a BOVE, *L'impugnazione*, cit., 43 ss.

⁸⁹ Critico sulla scelta legislativa è BOVE, *L'impugnazione*, cit., 47, per il quale sarebbe stato meglio, in tali ipotesi, prevedere un meccanismo che consentisse alle parti di chiedere alla Corte d'appello una decisione immediata del la lite.

patto compromissorio, il giudizio non potrà che tornare al giudice ordinario competente, in primo grado, a conoscere della controversia⁹⁰.

Fra i motivi in cui il giudizio della Corte d'appello deve arrestarsi alla fase rescindente devono quindi essere annoverati, in primo luogo, il motivo di cui all'art. 829, 1° comma, n. 1, c.p.c.⁹¹; in secondo luogo, il motivo di cui all'art. 829, 1° comma, n. 4, c.p.c.⁹²; infine, il motivo di cui all'art. 829, 1° comma, n. 10 c.p.c.⁹³. Con riferimento a quest'ultima ipotesi, occorre tuttavia rilevare che, mentre prima della riforma la perdita di efficacia del patto compromissorio conseguente alla conclusione del giudizio arbitrale avrebbe fatto sì che l'annullamento del lodo declinatorio determinasse la rimessione delle parti al giudice che fosse stato competente a conoscere della controversia in primo grado⁹⁴, oggi in caso di annullamento del lodo il giudizio non potrà che ritornare, in forza della medesima convenzione d'arbitrato (di cui la Corte d'appello avrà accertato la piena operatività), al giudice privato⁹⁵.

⁹⁰ Dal momento che l'oggetto del giudizio di nullità è costituito dalla validità del lodo, appare ragionevole ritenere che, laddove la Corte d'appello annulli il lodo ravvisando l'incompetenza degli arbitri, essa non possa procedere anche all'individuazione del giudice concretamente competente a conoscere il merito della controversia. tale accertamento sarà infatti riservato al giudice di prime cure, dinanzi al quale sia eventualmente instaurato il nuovo giudizio.

⁹¹ MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, cit., 105; GIORGETTI, *Sub art. 830 c.p.c.*, in *Commentario alle riforme*, cit., 1042; LUISO, SASSANI, *op. cit.*, 328; MENCHINI, *Impugnazioni*, cit., 871 e 872; BOVE, *L'impugnazione*, cit., 47; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 830 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 802. In tal caso, la parte che voglia ottenere la decisione della controversia dovrà instaurare *ex novo* un giudizio dinanzi all'autorità giudiziaria.

⁹² MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, cit., 171; MARINUCCI, *L'impugnazione per nullità del lodo esorbitante*, cit., 228, la quale rileva come dalla natura squisitamente rescindente dell'impugnazione proposta ai sensi dell'art. 829, 1° comma, n. 4, c.p.c. possa trarsi un'ulteriore conferma del carattere processuale del vizio deducibile con tale motivo di nullità e, dunque, un ulteriore argomento per abbandonare l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale l'interpretazione dell'accordo compromissorio operata dagli arbitri sarebbe censurabile unicamente per violazione di legge o per vizi motivazionali; MENCHINI, *Impugnazioni*, cit., 870; LUISO, SASSANI, *op. cit.*, 328 e, sia pur criticamente, BOVE, *L'impugnazione*, cit., 47; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 830 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 805. In tal caso, dunque, il soggetto che abbia proposto la domanda esorbitante non potrà che coltivare le proprie pretese dinanzi al giudice ordinario, attraverso l'instaurazione, in primo grado, di un nuovo giudizio.

⁹³ GIORGETTI, *Sub art. 830 c.p.c.*, in *Commentario alle riforme*, 1042; LUISO, SASSANI, *op. cit.*, 328; BOVE, *L'impugnazione*, cit., 47, sia pur criticamente.

⁹⁴ Cass., 18 dicembre 1973, n. 3433, cit. In tal caso, infatti, se le parti avessero voluto a tutti i costi devolvere la controversia in arbitrato, avrebbero dovuto stipulare un nuovo patto compromissorio, mentre nel regime successivo alla novella del 1994, tale risultato avrebbe potuto essere conseguito prevedendo, in sede di stipula della convenzione arbitrale, che il giudizio rescissorio fosse devoluto alla cognizione degli arbitri; cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2001, 515.

⁹⁵ MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale*, cit., 207; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 632; NELA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in *Le recenti riforme*, cit., 1873. Giudice privato che, come rilevato da BOVE, *L'impugnazione*, cit., 49 e da PUNZI, *Luci ed ombre*

Tale conclusione risponde alla necessità di assicurare il pieno rispetto della scelta compiuta dalle parti con la stipula del patto compromissorio⁹⁶. Sul piano strettamente normativo, essa è suffragata dal combinato disposto dei commi primo e terzo dell'art. 830 c.p.c.: la prima disposizione, come visto poc'anzi, esclude l'ipotesi di accoglimento dell'impugnazione per il motivo di cui all'art. 829, 1° comma, n. 10, c.p.c. dai casi in cui la Corte d'appello possa procedere alla decisione del merito della lite, mentre la seconda, nel prevedere che alla controversia debba applicarsi la convenzione d'arbitrale, salvo che l'accoglimento dell'impugnazione sia dovuto alla sua invalidità o inefficacia, fa sì che ove l'impugnazione conduca all'affermazione della validità, dell'efficacia o comunque dell'operatività del patto compromissorio, la decisione sul merito della controversia non possa che ritornare agli arbitri⁹⁷.

Quanto alle modalità con cui la controversia dovrebbe tornare agli arbitri, secondo alcuni il carattere processuale dell'impugnazione per nullità legittimerebbe la Corte d'appello a fissare un termine per la costituzione del collegio arbitrale, la cui osservanza consentirebbe alle parti di fare salvi gli effetti dell'originaria domanda arbitrale; così opinando, il secondo giudizio arbitrale avrebbe natura evidentemente restitutoria⁹⁸. Per altri, invece, la fase rescissoria

nella riforma dell'arbitrato, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 437, potrà essere lo stesso che ha reso il lodo successivamente dichiarato nullo o anche un giudice diverso.

⁹⁶ MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, cit., 206; SATTA, *Commentario*, cit., 339.

⁹⁷ MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, cit., 207; TOMMASEO, *op. cit.*, 2008, 204; CONSOLO, *Le impugnazioni*, cit., 540 e MENCHINI, *Impugnazioni*, cit., 869. Secondo questi ultimi due A., in tal caso alle parti dovrebbe però essere consentito accordarsi (attraverso una risoluzione consensuale del vincolo compromissorio) per deferire la decisione di merito alla Corte d'appello. Da tale opinione ci permettiamo di dissentire. In primo luogo perché essa contrasta con il tenore dell'art. 830 c.p.c. che sembra limitare l'autonomia delle parti ai soli casi ivi elencati (con esclusione di quelli non contemplati); cfr. LUISO, SASSANI, *op. cit.*, 328. In secondo luogo, perché un eventuale accordo risolutivo del patto compromissorio avrebbe l'effetto di provocare la riespansione della competenza del giudice ordinario che sarebbe stato competente a conoscere della controversia in primo grado e non già di quella della Corte d'appello; diversamente opinando, infatti, a quest'ultima finirebbe per essere attribuita la cognizione di una controversia in unico grado. Tali considerazioni trovano un indiretto riscontro nel disposto dell'art. 353 c.p.c. che, con riferimento all'erronea declinatoria di giurisdizione da parte del giudice ordinario (ipotesi vagamente assimilabile a quella in parola), limita la cognizione del giudice dell'impugnazione alla sola fase rescindente e prevede la rimessione del giudizio al giudice del grado precedente. Infine, occorre tenere conto anche della giurisprudenza della Corte di cassazione relativa all'interpretazione dell'art. 384 c.p.c., la cui operatività viene tendenzialmente esclusa ogni qual volta il giudice che abbia emesso la sentenza impugnata si sia astenuto dal celebrare il giudizio ravvisando la sussistenza di un ostacolo di carattere processuale (Cass., 26 febbraio 1998, n. 2123, in *Giur. it.*, 1999, I, 16).

⁹⁸ RUFFINI, BOCCAGNA, *Sub art. 830 c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, cit., 356.

conseguente alla declaratoria di nullità del lodo costituirebbe un mero accidente consentito dal legislatore, separato e distinto dalla giudizio di nullità, il quale si concluderebbe comunque con la declaratoria di nullità del lodo, essendo irrilevante la successiva instaurazione del giudizio dinanzi agli arbitri piuttosto che davanti al giudice⁹⁹. L'opzione per l'una o per l'altra soluzione sembra oggi meno dirimente rispetto al passato, dal momento che, avendo la *translatio iudicii* fatto il proprio ingresso anche nei rapporti fra arbitri e giudici, quand'anche si accedesse alla seconda tesi, l'istituto ora richiamato dovrebbe garantire la salvezza degli effetti prodottisi in forza della prima domanda d'arbitrato.

3.3. I rimedi esperibili nei confronti della sentenza resa dalla Corte d'appello

La decisione resa dalla Corte d'appello è impugnabile attraverso il ricorso per cassazione, il regolamento di competenza, l'opposizione di terzo e la revocazione¹⁰⁰.

Sul regolamento di competenza appare necessario compiere un breve approfondimento. Se nessun dubbio sembra infatti sussistere in ordine alla possibilità di far valere con tale mezzo d'impugnazione da parte l'incompetenza del giudice adito per l'impugnazione del lodo¹⁰¹ ed appaia ragionevole ipotizzare altresì che esso possa essere utilizzato per censurare la sentenza con cui la Corte d'appello abbia deciso il merito della lite pur non avendone il potere¹⁰², decisamente più controversa è la possibilità di esperirlo per censurare la decisione che la Corte d'appello abbia reso in ordine alla sussistenza (o all'insussistenza) della *potestas iudicandi* arbitrale. La risposta al quesito dipende, ancora una volta, dalla qualificazione in termini di competenza della questione inerente alla sussistenza della *potestas* arbitrale della sentenza, ma anche dalla qualificazione del giudizio di nullità come giudizio di secondo grado rispetto al procedimento

⁹⁹ IZZO, *La convenzione*, cit., 234.

¹⁰⁰ PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2012, 594; GIORGETTI, *Sub art. 830 c.p.c.*, in *Commentario alle riforme*, cit., 1046.

¹⁰¹ RUFFINI, *Sub art. 830 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile*, cit., 3559; DANOVÌ, *La pregiudizialità*, cit., 451; VECCHIONE, *Questioni*, cit., 168. In tal caso il regolamento sarà necessario o facoltativo a seconda che la Corte d'appello abbia o meno deciso l'impugnazione proposta.

¹⁰² PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2012, 595; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 830 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2001, 712.

arbitrale piuttosto che come giudizio in unico grado avente a oggetto la validità del lodo.

Fino al *revirement* giurisprudenziale del 2000 il quesito non ha trovato risposte univoche in giurisprudenza¹⁰³. Tradizionalmente, l'opinione favorevole all'esperibilità del regolamento di competenza si fondava sulla convinzione che la decisione resa dalla Corte d'appello in sede d'impugnazione del lodo avesse ad oggetto una questione di competenza e, come tale, essa dovesse essere sottoposta al regime impugnatorio di tutti i provvedimenti sulla competenza¹⁰⁴, con la conseguenza che, indipendentemente dal contenuto della decisione, la Corte di cassazione sarebbe stata chiamata a statuire sulla competenza ed individuare chi, giudice o arbitro, sarebbe stato competente a conoscere della controversia, esattamente come nel caso in cui a essere soggetta a regolamento fosse stata la sentenza resa dal giudice di primo grado¹⁰⁵. Tale prospettazione trovava un elemento di riscontro nel fatto che all'eventuale annullamento del lodo per incompetenza degli arbitri sarebbe seguita non già una decisione sul merito della controversia, bensì la rimessione della causa all'organo competente in primo grado¹⁰⁶.

La tesi contraria faceva invece leva sul principio di conversione delle cause d'incompetenza degli arbitri in motivi di nullità del lodo (lo stesso che, come visto sopra, precludeva l'esperibilità del regolamento di competenza nei confronti del lodo arbitrale), in forza del quale l'oggetto del giudizio celebrato dal

¹⁰³ In seguito a tale evento, la qualificazione della decisione sull'eccezione di patto compromissorio come decisione di merito imponeva di escludere *ab origine* l'utilizzabilità del regolamento di competenza, rendendo obbligatoria la via del ricorso ordinario per cassazione; cfr. Cass., 3 febbraio 2005, n. 2379, in *Riv. arb.*, 2006, 469, con nota di D'AMBROSIO, *Sull'impugnazione della sentenza dichiarativa della nullità del lodo per invalidità del patto compromissorio*; Cass., 21 luglio 2004, n. 13516, in *Corr. giur.*, 2005, 651, con nota di MURONI, *La litispendenza arbitrale prima e dopo la novella del 1994: rapporto processuale e rapporto negoziale parti-arbitri*; in *Riv. arb.*, 2005, 523, con nota di SANTAGADA, *Rapporti tra giurisdizione ordinaria e arbitrato: una peculiare questione di diritto intertemporale*. In dottrina RUFFINI, *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione?* (nota a Cass., 3 agosto 2000, n. 527), in *Corr. giur.*, 2001, 62.

¹⁰⁴ Cass., 15 settembre 2000, n. 12175, cit.; Cass., 3 settembre 1998, n. 8739, cit.; Cass., 23 gennaio 1990, n. 354, in *Riv. arb.*, 1991, 79, con nota di MIRABELLI, *Regolamento o ricorso nell'impugnazione per incompetenza dell'arbitro*; Cass., 22 dicembre 1988, n. 7018; Cass., 21 luglio 1979, n. 4380; Cass., 13 dicembre 1969, n. 3981, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, 127, con nota di SEGRE⁷, *Connessione di cause e incompetenza di arbitri*; Cass., 9 luglio 1953, n. 2211, cit.; Cass., Sez. Un., 31 luglio 1950, n. 2250, cit. In dottrina BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 275 e 276; MIRABELLI, GIACOBBE, *op. cit.*, 88; MIRABELLI, *op. cit.*, 85.

¹⁰⁵ Cass., 16 luglio 1953, n. 2329, in *Foro It.*, 1954, I, 19, con nota senza titolo di ANDRIOLI.

¹⁰⁶ GIACOBBE, D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 133.

giudice dell'impugnazione sarebbe stato costituito dalla validità del lodo e non già da una questione di competenza e che tale sarebbe dovuto rimanere anche in sede d'impugnazione della sentenza resa al termine di questo giudizio; sicché, nei confronti della sentenza resa dal giudice dell'impugnazione, il regolamento di competenza avrebbe dovuto ritenersi precluso così come lo era nei confronti del lodo. Secondo tale orientamento, la sentenza resa in sede d'impugnazione del lodo sarebbe quindi stata impugnabile solo con lo strumento del ricorso per cassazione¹⁰⁷.

Le conseguenze dell'adesione all'uno piuttosto che all'altro orientamento sono molteplici e attengono principalmente al tipo di censure che possono essere svolte nei confronti della sentenza¹⁰⁸, ai termini e alle modalità di proposizione dell'impugnazione¹⁰⁹, nonché al suo esito¹¹⁰.

¹⁰⁷ Cass., 1 giugno 1990, n. 5154, in *Riv. arb.*, 1991, 81, con nota di MIRABELLI, *Regolamento o ricorso nell'impugnazione per incompetenza dell'arbitro*; Cass., 20 maggio 1969, n. 1752, cit. In dottrina BOVE, *Sul regime dell'eccezione di patto compromissorio rituale*, in *Riv. arb.*, 2004, 250; ID., *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza di un patto compromissorio* (nota a Cass., 25 gennaio 1997, n. 781), in *Riv. arb.*, 1997, 535 e 546; PUNZI, *Disegno*, cit., I, 2000, 146 e 147; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 830 c.p.c., in Arbitrato*, cit., 2001, 712; MARENGO, *Inammissibilità del regolamento di competenza avverso il lodo rituale* (nota ad App. Roma, 9 marzo 1992, n. 677), in *Riv. arb.*, 1992, 708; BONGIORNO, *Sulla «eccezione*, cit., 137 e 140; COLESANTI, *Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri* (nota a Cass., 27 luglio 1957), in *Riv. dir. proc.*, 1958, 262. Alla stessa conclusione perviene NELA, *Arbitrato rituale*, cit., 2040, il quale però argomenta sulla base della considerazione che il ricorso per cassazione sarebbe lo strumento più adatto per decidere le controversie aventi ad oggetto la valida esistenza di un patto compromissorio, le quali, a differenza delle vere e proprie questioni di competenza, comportano accertamenti di fatto e di diritto piuttosto complessi.

¹⁰⁸ Se si qualifichi la decisione resa dalla Corte d'appello come decisione di merito, essa sarà impugnabile unicamente ai sensi dell'art. 360, 1° comma, nn. 3 e 5, c.p.c. e la cognizione che la Corte di cassazione potrebbe esercitare nei confronti della questione relativa alla sussistenza della *potestas* arbitrale sarebbe inevitabilmente filtrata dalla ricostruzione fattuale operata in sede d'impugnazione per nullità, con la conseguenza che ai giudici di legittimità sarebbe precluso l'esame diretto dal patto compromissorio, dovendosi essi limitare a verificare che la Corte d'appello abbia fatto corretta applicazione della legge e che essa non abbia omissso di rilevare un fatto decisivo per il giudizio che sia stato oggetto di contraddittorio fra le parti. Se invece si consideri tale pronuncia alla stregua di una decisione sulla competenza, la Corte di cassazione potrebbe esercitare una cognizione diretta sul patto compromissorio (BOCCAGNA, *Appunti*, cit., 330 e 331; in giurisprudenza Cass., 14 luglio 1983, n. 4832, cit.; Cass., 5 febbraio 1983, n. 963; Cass., 11 maggio 1982, n. 2945).

¹⁰⁹ A differenza del ricorso per cassazione che, come noto, è proponibile nel termine di sei mesi dalla pubblicazione della sentenza (prima delle modifica introdotte con la legge n. 69 del 2009, il termine era annuale) o di sessanta giorni dalla sua notificazione, il regolamento di competenza deve essere proposto entro il termine perentorio trenta giorni dalla comunicazione della sentenza e, per il regolamento facoltativo, dalla notificazione dell'impugnazione. Inoltre, contrariamente a quanto previsto per il giudizio di legittimità, l'atto d'impugnazione può essere sottoscritto anche dal procuratore non iscritto all'albo speciale dei cassazionisti (o dalla parte ove si sia costituita personalmente) e sulla base della procura originaria (sempre che questa non sia espressamente limitativa al giudizio di merito), senza necessità di una procura *ad hoc* rilasciata successivamente al deposito del provvedimento impugnato. Sul punto LEVONI, voce «Regolamento», cit., 493 ss.

Purtroppo, in occasione dell'ultimo intervento riformatore il legislatore non si è fatto carico del problema.

Invero, il primo orientamento giurisprudenziale sembrerebbe trovare conferma nella qualificazione della questione relativa alla sussistenza della *potestas* arbitrale in termini di competenza e nella conseguente, tendenziale applicabilità di tutta la disciplina delle questioni di competenza (con la sola eccezione delle norme espressamente escluse), nonché nell'accentuazione del carattere meramente eventuale della fase rescissoria operata dall'art. 830 c.p.c. Assumendo tale prospettiva, anche la portata del principio di conversione verrebbe limitata, posto che, quand'anche si continuasse a ritenere tassativa l'elencazione dei mezzi d'impugnazione di cui all'art. 827 c.p.c., tale tassatività varrebbe, tutt'al più, con riferimento all'impugnativa del lodo e non anche rispetto a quella della sentenza resa dalla Corte d'appello, la quale, in assenza di diversa indicazione, dovrebbe ritenersi comprensiva di tutti gli strumenti previsti dall'ordinamento con riferimento alle decisioni sulla competenza¹¹¹.

Per giustificare l'impugnabilità della sentenza resa dalla Corte d'appello con regolamento di competenza sarebbe inoltre necessario assimilare il giudizio d'impugnazione del lodo a un giudizio di secondo grado rispetto a quello

All'indomani della riforma del giudizio di cassazione introdotta con la legge n. 69 del 2009, un ulteriore elemento di distinzione è rappresentato dalla soggezione del ricorso per cassazione al filtro di cui all'art. 360 *bis* c.p.c., che invece non trova applicazione con riferimento al regolamento di competenza, nonché alla forma del provvedimento con cui la Corte dovrà decidere sull'impugnazione che, nel caso del regolamento di competenza, è oggi costituito dall'ordinanza. In proposito BOVE, *Ricadute sulla disciplina*, cit., 87 ss.

¹¹⁰ E' evidente, infatti, che il regolamento di competenza non può che chiudersi con l'individuazione del soggetto, arbitro o giudice, competente a conoscere della controversia (anche attraverso la declaratoria di nullità del lodo), mentre il ricorso per cassazione, se accolto, determinerebbe il rinvio del giudizio alla Corte d'appello affinché questa provveda al giudizio di fatto, salva soltanto l'applicazione dell'art. 384 c.p.c. Inoltre, nel caso del regolamento di competenza, la dichiarazione della competenza del giudice ordinario non sarebbe limitata a una generica affermazione della sua competenza, ma imporrebbe alla Corte di individuare anche l'organo concretamente competente a decidere il merito della lite (secondo i criteri della competenza per materia, valore e territorio); nel caso del ricorso, tale individuazione dovrebbe ritenersi preclusa, non rientrando tale compito nemmeno fra le funzioni proprie della Corte d'appello. Infine, un ulteriore differenza fra i due strumenti è costituita dalla forma del provvedimento che decide l'impugnazione: sentenza in caso di ricorso ordinario; ordinanza in caso di regolamento.

¹¹¹ In tal senso già Cass., 3 settembre 1998, n. 8739, cit.; Cass., 13 dicembre 1969, n. 3981, cit.; nonché Cass. 9 luglio 1953, n. 2211, in *Giur. it.*, 1955, I, 1, 183, con nota di VECCHIONE, *Questioni in tema di arbitrato*. In dottrina MIRABELLI, *op. cit.*, 84. Del resto, come rileva BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 276, anche la sentenza pronunciata da un giudice privo di competenza è nulla, ma non per questo è sottratta al regime proprio delle decisioni sulla competenza.

celebrato dagli arbitri; così opinando, infatti, sarebbe legittimo affermare che il regolamento di competenza possa essere esperito nei confronti della sentenza resa al termine del giudizio di nullità nei medesimi termini in cui esso sarebbe proponibile avverso la sentenza d'appello, ossia per censurare la decisione che il giudice di secondo grado abbia reso tanto sulla propria competenza funzionale quanto sulla competenza del giudice di prime cure (nel nostro caso degli arbitri)¹¹².

Aderendo a questa ricostruzione, si dovrebbe opinare nel senso che laddove la Corte d'appello si sia limitata a respingere l'impugnazione per nullità, confermando la sussistenza della *potestas* arbitrale, od accoglierla, dichiarando nullo il lodo per difetto di competenza degli arbitri, la decisione dovrà essere impugnata con il regolamento di competenza ai sensi dell'art. 42 c.p.c. Qualora la Corte abbia statuito anche su profili diversi da quello, la parte soccombente potrà scegliere se proporre regolamento facoltativo o se impugnare tutti i capi con ricorso per cassazione, nel qual caso le censure riguardanti il tema della sussistenza della *potestas* arbitrale dovranno essere formulate ai sensi dell'art. 360, 1° comma, n. 2, c.p.c.¹¹³. E trattandosi di un'impugnazione volta a far valere un *error in procedendo*, la Corte di cassazione potrebbe esercitare un controllo diretto sul patto compromissorio al fine di individuare il soggetto cui spetti la decisione della controversia¹¹⁴.

In senso ostativo alla proponibilità del regolamento di competenza militano però due circostanze: da un lato, la difficoltà di ricondurre i rapporti fra arbitri e giudici alla categoria della competenza e la contestuale attribuzione alla previsione relativa al regolamento di competenza di una portata eccezionale; circostanza, questa, che potrebbe trovare riscontro nella formulazione dell'art. 819 *ter* c.p.c. che parrebbe circoscrivere l'esperibilità del regolamento di competenza alla sola pronuncia resa dal giudice ordinario in primo grado¹¹⁵. Dall'altro,

¹¹² MENCHINI, *Il controllo*, cit., 389 e 391. Con riferimento all'esperibilità del regolamento di competenza nei confronti delle sentenze d'appello in sede ordinaria v. Cass., 14 aprile 1993, n. 4442, cit.

¹¹³ MENCHINI, *Il controllo*, cit., 391.

¹¹⁴ MENCHINI, *Il controllo*, cit., 390.

¹¹⁵ SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 691; IZZO, *La convenzione*, cit., 237; PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2012, 595; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 830 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 838; D'AMBROSIO, *Sull'impugnazione della sentenza dichiarativa della nullità del lodo per invalidità del patto compromissorio* (nota a Cass., 3 febbraio 2005, n. 2379), in *Riv. arb.*, 2006, 474. Si

l'identificazione dell'oggetto del giudizio d'impugnazione *ex art. 828 c.p.c.* nella validità del lodo e, dunque, la qualificazione della decisione resa dalla Corte d'appello in termini di decisione di merito, benché sottendente una questione processuale¹¹⁶.

Tale ultimo rilievo, in particolare, dovrebbe indurre a considerare l'errore commesso dalla Corte d'appello nella decisione sulla questione di competenza come un *error in iudicando*, denunciabile attraverso il ricorso per cassazione negli stessi limiti in cui può essere denunciata l'erroneità di qualsiasi decisione di merito, cioè ai sensi dell'art. 360, 1° comma, nn. 3 e 5, c.p.c. La peculiarità di questa ricostruzione è rappresentata dal fatto che la questione relativa alla sussistenza della *potestas* arbitrale, pur potendo essere sottoposta alla cognizione della Corte di cassazione, possa essere decisa in modo diverso a seconda che essa le giunga dal lato del processo ordinario piuttosto che da quello dell'arbitrato: nel primo caso, infatti, la Corte, adita con regolamento di competenza o con ricorso ordinario ai sensi dell'art. 360, 1° comma, n. 2, c.p.c., potrà apprezzare direttamente il contenuto del patto compromissorio (e potrà dunque individuare direttamente l'organo titolare del potere di decidere la controversia), mentre nel secondo caso, la sua cognizione sarà limitata alla legittimità della sentenza resa dalla Corte d'appello.

Ad oggi non constano precedenti in cui la Corte di cassazione abbia affrontato *ex professo* la questione. In tale situazione di incertezza, un approccio cautelativo dovrebbe indurre a privilegiare la tesi favorevole all'impugnabilità della sentenza con il regolamento di competenza, eventualmente confidando nel principio di conservazione degli atti processuali¹¹⁷.

consideri, infatti, che la norma assoggetta a regolamento di competenza la sentenza con cui il giudice affermi o neghi la «*propria competenza*», mentre in sede d'impugnazione per nullità la Corte d'appello statuisce non sulla propria competenza, bensì su quella degli arbitri.

¹¹⁶ BOVE, *Ricadute sulla disciplina*, cit., 90.

¹¹⁷ Sul punto ACONE, voce «Regolamento», cit., 8; SEGRE, *Connessione di cause e incompetenza di arbitri* (nota a Cass., 13 dicembre 1969, n. 3981), in *Giur. it.*, 1971, I, 1, 128. In giurisprudenza, v. Cass., 15 settembre 2000, n. 12175, cit., nonché la risalente Cass. 9 luglio 1953, n. 2211, cit.

4. Le eccezioni al regime delineato dagli artt. 817 e 829 c.p.c.

Sulla base delle considerazioni che precedono possiamo affermare che, secondo la disciplina attualmente in vigore, il rilievo dell'incompetenza arbitrale è rimesso alla volontà delle parti, attraverso lo strumento dell'eccezione d'incompetenza, la cui formulazione costituisce la *condicio sine qua non* per la successiva proposizione dell'impugnazione per nullità, che costituisce a sua volta lo strumento necessario per valere il difetto di *potestas iudicandi* arbitrale e, se non proposta, determina il consolidamento della decisione resa dagli arbitri. Il sistema delineato dal combinato disposto degli artt. 817 e 829 c.p.c. conosce tuttavia alcune eccezioni¹¹⁸, nelle quali la particolare gravità del motivo d'incompetenza arbitrale determina la rilevabilità officiosa del vizio e rende non necessario il rimedio dell'impugnazione per nullità¹¹⁹.

4.1. L'impugnazione del lodo reso su materia non arbitrabile

La prima eccezione è rappresentata dal caso dell'arbitrato instaurato (e dal lodo pronunciato) su materia non suscettibile di compromesso¹²⁰. Rimasta a lungo priva di una disciplina positiva, tale fattispecie è stata oggetto di intervento solo in occasione della recente riforma, allorché il legislatore, nel disciplinare l'eccezione d'incompetenza arbitrale, ha previsto che il meccanismo decadenziale di cui l'art. 817, 2° comma, c.p.c. non operi nel «*caso di controversia non arbitrabile*». Attraverso tale disposizione egli ha sottratto il vizio derivante dall'indisponibilità del diritto controverso al regime proprio dell'invalidità della convenzione arbitrale, sia sotto il profilo del rilievo dell'incompetenza sia sotto quello dell'impugnazione del lodo, spezzando il tradizionale legame fra la non compromettibilità della lite e l'invalidità del patto compromissorio¹²¹¹²².

¹¹⁸ RUFFINI, Sub art. 827 c.p.c., in *Codice di procedura civile*, cit., 3497; LUISO, *Le impugnazioni del lodo*, cit., 16.

¹¹⁹ ZUCCONI GALLI FONSECA, Sub art. 827 c.p.c., in *Arbitrato*, cit., 2001, 517.

¹²⁰ In questa sede non intendiamo soffermarci sulla nozione di non compromettibilità. Sul punto ci limitiamo a ricordare che il legislatore dell'ultima riforma ha modificato l'art. 806 c.p.c. prevedendo che le parti possano far decidere ad arbitri le controversie fra lodo insorte «*che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge*». Sulla nozione di disponibilità e in generale sui limiti alla compromettibilità delle controversie rinviamo a MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, cit., 25 ss.

¹²¹ Laddove la quasi totalità degli interpreti considerava la non compromettibilità della lite come una causa di nullità della convenzione arbitrale; cfr. SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 881;

La previsione dell'art. 817 c.p.c. fa sì non solo che l'omessa formulazione dell'eccezione d'incompetenza in sede arbitrale non precluda la possibilità di far valere l'inarbitrabilità della lite in un momento successivo¹²³, ma che l'eccezione d'incompetenza degli arbitri per incompromettibilità della lite sia anche sottratta alla disponibilità delle parti, nel senso che tale incompetenza dovrebbe ritenersi rilevabile d'ufficio dagli arbitri, così come in qualsiasi altra sede¹²⁴. Una simile

MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, cit., 23; IZZO, *Mutamenti dello stato di fatto o di diritto vigente al momento della domanda e litispendenza arbitrale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 133 ss. e 136, secondo la quale la sopravvenuta incompromettibilità della lite determinerebbe la nullità (sopravvenuta) dell'accordo compromissorio e ciò indipendentemente dalla pendenza del procedimento arbitrale. L'A. sostiene tale tesi assimilando il procedimento arbitrale a un contratto ad esecuzione continuativa. Analogamente, l'A. sostiene che l'intervento di norme attributive della *potestas* arbitrale non consenta di sanare un'originaria carenza di *potestas* arbitrale. In giurisprudenza, tale opinione trova conforto nei numerosi precedenti in tema di deferibilità ad arbitri di controversie appartenenti alla giurisdizione esclusiva, nei quali la Corte di cassazione ha più volte ribadito che le norme regolatrici della compromettibilità delle controversie (nel caso di specie la legge n. 206 del 2000, il cui articolo 6 aveva consentito la devoluzione in arbitrato delle controversie attribuite alla giurisdizione amministrativa inerenti ai diritti soggettivi) operano sul piano della validità dell'accordo compromissorio medesimo; cfr. per tutte Cass., Sez. Un., 20 settembre 2013, n. 21585. Del resto, l'assimilazione dell'incompromettibilità della lite all'invalidità del patto compromissorio era tale da indurre taluni (ANDRIOLI, *Commento*, cit., 833 e 914) a considerare il lodo reso su materia non arbitrabile alla stregua di un solo pronunciato in presenza di una convenzione arbitrale invalida, come tale impugnabile per nullità ai sensi dell'art. 829, 1° comma, n. 1, c.p.c. (indipendentemente dalla previa deduzione dell'incompetenza in sede arbitrale), ma suscettibile di consolidarsi (al pari di qualsiasi altra decisione resa in forza di un patto compromissorio invalida), ove non tempestivamente impugnato; così Cass., 7 febbraio 1963, n. 194, in *Foro it.*, 1964, I, 678, nella quale la Corte ha rilevato come, a differenza del processo ordinario, nella disciplina dell'arbitrato non vi fosse alcun indice normativo sui cui fondare la categoria dell'inesistenza della sentenza arbitrale.

¹²² Secondo MURONI, *La pendenza*, cit., 204, 205 ss. e 208, la compromettibilità della controversia integra un requisito della convenzione arbitrale distinto da quelli inerenti alla sua validità. Il che consentirebbe di affrontare i mutamenti (di diritto, più che di fatto) che riguardino tale requisito non già in base al principio del *tempus regit actum*, ma sulla base della *perpetuatio iurisdictionis*. Il giudizio sull'arbitrabilità della lite dovrebbe quindi essere compiuto con riferimento al momento in cui sia stato introdotto il giudizio arbitrale. Più precisamente, nel caso in cui l'incompromettibilità sopravvenga alla conclusione dell'accordo compromissorio prima dell'instaurazione del procedimento, quest'ultimo non potrà che chiudersi con una declaratoria d'incompetenza da parte degli arbitri (laddove se l'arbitrabilità della lite fosse considerata quale requisito della validità dell'accordo compromissorio, il giudizio dovrebbe essere formulato sulla base della disciplina applicabile all'epoca della sua conclusione); ove, invece, l'inarbitrabilità sopravvenga alla notifica della domanda di arbitrato, il principio della *perpetuatio iurisdictionis* dovrebbe consentire la prosecuzione del procedimento. Allo stesso modo, ove nel corso del giudizio sopravvenga un mutamento normativo che renda arbitrabile una controversia che originariamente non era tale, il medesimo principio dovrebbe consentire agli arbitri di decidere la controversia. Su posizioni analoghe sembrerebbe essere orientato anche VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico* (nota a Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2013, n. 24153), in *Corr. giur.*, 2014, 96, secondo il quale l'ipotesi in cui si discuta in ordine alla compromettibilità della lite sarebbe l'unica in cui la questione relativa alla sussistenza della *potestas iudicandi* possa essere considerata come questione di competenza.

¹²³ MENCHINI, *Impugnazioni*, cit., 850; LUISO, *Rapporti tra arbitro*, cit., 779.

¹²⁴ Per la rilevabilità d'ufficio del vizio in ogni tempo PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2000, 201; RUFFINI, *Sub art. 827 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile*, cit., 3499. Così pure GIACOBBE,

cautela appare il giusto contrappeso dell'assimilazione del lodo arbitrale alla sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, a cui però non si è accompagnata l'introduzione della revocazione di cui all'art. 397 c.p.c.; diversamente opinando, infatti, si consentirebbe alle parti di aggirare il divieto di cui all'art. 806 c.p.c.

Quanto all'individuazione dello strumento attraverso il quale aggredire la pronuncia che gli arbitri abbiano reso su una controversia non compromettibile, benché l'omessa indicazione, fra i motivi di nullità della decisione arbitrale di tale fattispecie¹²⁵, possa legittimare l'idea che l'unico strumento con cui far valere l'inesistenza del lodo sia l'*actio nullitatis*, è pur vero che l'art. 817 c.p.c., nell'escludere l'applicazione del meccanismo decadenziale ivi disciplinato, sembrerebbe presupporre l'esperibilità dell'impugnazione di cui all'art. 828 c.p.c. Del resto, considerata la gravità del vizio in parola, sembrerebbe irragionevole limitare gli strumenti con il quale esso possa essere denunciato¹²⁶.

Tale conclusione appare confortata anche dal principio in base al quale il regime d'impugnazione di un atto deve essere determinato sulla base della qualificazione a esso data dal giudice *a quo*, che, come visto nelle pagine precedenti, recentemente ha trovato applicazione anche con riferimento all'impugnazione del lodo arbitrale nell'ambito di una fattispecie (quella del lodo erroneamente qualificato) anch'essa tradizionalmente ricondotta alla categoria dell'inesistenza. Per cui, se gli arbitri abbiano celebrato il procedimento e abbiano reso un lodo in violazione dell'art. 806 c.p.c. appare ragionevole sottoporre tale pronuncia al normale regime d'impugnazione proprio di ogni lodo, riconducendo la fattispecie al motivo di cui al numero 1¹²⁷ o, al motivo di cui all'art. 829, 3°

D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 134 e Cass., 2 maggio 2006, n. 10132, che individuano limite di tale potere nel giudicato.

¹²⁵ Sul punto MENCHINI, *Impugnazioni*, cit., 850.

¹²⁶ NELA, Sub art. 829 c.p.c., in *Le recenti riforme*, cit., 1870. Ovviamente, la disciplina dell'impugnazione per nullità dovrà essere temperata dalla rilevanza officiosa del vizio, nel senso che, in questo caso, si assiste a un'deroga del tradizionale principio in forza del quale al giudice della nullità è precluso l'esame dei vizi non dedotti dalla parte con l'atto d'impugnazione (sulla portata di principio Cass., 22 gennaio 1986, n. 398); così OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri sui presupposti dell'arbitrato*, Torino, 2011, 74 e 117; BOVE, *L'impugnazione*, cit., 20; BOVE, *Ancora*, cit., 2007, 364; ZUCCONI GALLI FONSECA, Sub art. 827 c.p.c., in *Arbitrato*, cit., 2007, 636; NELA, Sub art. 829 c.p.c., in *Le recenti riforme*, cit., 1869; BOVE, CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006, 80; BOVE, *Resta la confusione*, cit., 104. Prima della riforma, in giurisprudenza, v. Cass., 19 maggio 1986, n. 3333; Cass., 10 aprile 1984, n. 2300; Cass., 24 settembre 1982, n. 4934.

¹²⁷ PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2012, 531; AA. VV., *Arbitrato*, cit., 212; MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, cit., 23. In tal senso, prima della riforma, LUISO, *Le impugnazioni del lodo*, cit., 17;

comma, c.p.c., considerando cioè il lodo emesso su materia non arbitrabile come pronuncia resa in violazione dell'ordine pubblico¹²⁸. Ben inteso che, attesa l'usurpazione di potere perpetrata dagli arbitri a danno del giudice ordinario, il giudizio di nullità si arresterà alla fase rescindente¹²⁹.

Infine, la gravità del vizio in esame autorizza a dare seguito all'opinione, consolidatasi prima della riforma, secondo la quale l'impugnazione per nullità non costituirebbe strumento necessario per il rilievo del vizio, con la conseguenza che l'inesistenza del lodo per inarbitrabilità della lite dovrebbe ritenersi deducibile anche oltre i termini decadenziali previsti dall'art. 828 c.p.c., attraverso un'azione di accertamento o l'opposizione all'esecuzione, in modo non dissimile da quanto accade rispetto all'inesistenza della sentenza¹³⁰. Più precisamente, entro il termine annuale sarà proponibile l'impugnazione per nullità, oltre tale termine l'azione autonoma di accertamento¹³¹. Anche in questo caso, l'esigenza è quella di evitare che le parti possano conseguire un risultato vietato dalla legge, semplicemente

SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 232; VECCHIONE, *Inesistenza del compromesso o del procedimento per arbitri e inefficacia del lodo* (nota a Cass., 6 maggio 1953), in *Riv. dir. proc.*, 1954, 185.

¹²⁸ MURONI, *La pendenza*, cit., 206. In senso contrario v. però MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, cit., 25. L'invocazione dell'uno piuttosto che dell'altro motivo di nullità potrebbe forse dipendere dal fatto che la decisione sulla lite non arbitrabile sia stata resa in forza di un patto compromissorio che già contemplava tale controversia (nel qual caso, seguendo l'orientamento tradizionale, dovrebbe invocarsi il motivo di cui al n. 1 dell'art. 829 c.p.c.) o oppure no (nel qual caso, potrebbe invece invocarsi la previsione di cui al terzo comma della norma). La diversità fra le due fattispecie è colta anche da SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 881 e 882, la quale opina tuttavia in entrambi i casi nel senso dell'utilizzabilità del motivo di cui all'art. 829, 1° comma, n. 1, c.p.c.

¹²⁹ LUIO, *Diritto processuale civile*, IV, 5° ed., Milano, 2009, 421; MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, cit., 70; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 830 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 802. Prima della riforma, la natura meramente rescindente del giudizio di nullità è stata confermata da Cass., 16 luglio 1953, n. 2329, cit.; in dottrina v. VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 692 e, successivamente, LUIO, *Le impugnazioni del lodo*, cit., 17, secondo il quale la limitazione del giudizio alla fase rescindente sarebbe stata suffragata anche dal tenore dell'art. 354 c.p.c., che annovera fra i casi di rimessione al giudice di prime cure l'ipotesi di inesistenza della sentenza.

¹³⁰ In tal caso non dovrebbe cioè operare il principio di conversione delle cause d'incompetenza arbitrale in motivi di nullità del lodo; cfr. CONSOLO, *Le impugnazioni*, cit., 552; PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2012, 534 ss. e 537; LUDOVICI, *op. cit.*, 595; RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in *La nuova disciplina*, cit., 295; VERDE, *Lineamenti*, cit., 170 e 171; LUIO, *Diritto processuale*, cit., 2009, 344 e 420; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 636; LUIO, SASSANI, *op. cit.*, 298; NELA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in *Le recenti riforme*, cit., 1869; LUIO, *Rapporti tra arbitro*, cit., 5, 780; BOVE, *Resta la confusione*, cit., 104; BOVE, CECHELLA, *op. cit.*, 80; MENCHINI, *Impugnazioni*, cit., 850. Nel medesimo senso, prima della riforma, PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2000, 201; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2001, 517; RUFFINI, *Sub art. 827 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile*, cit., 3499; LUIO, *Diritto processuale civile*, Milano, 1997, 352; LUIO, *Le impugnazioni del lodo*, cit., 17; NICOTINA, *op. cit.*; SATTA, *Commentario*, cit., 33; REDENTI, voce «Compromesso», in *Novissimo Dig. It.*, cit., 800; MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, III, 4° ed., Milano, 1922, 66.

¹³¹ SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 845.

astenedosi dal proporre impugnazione nei termini previsti dalla disciplina di riferimento.

4.2. Il lodo reso in assenza di patto compromissorio

La seconda (possibile) eccezione al sistema sopra descritto è rappresentata dal caso dell'arbitrato avviato (e del lodo pronunciato) in assenza di un patto compromissorio. Tale fattispecie, benché tradizionalmente annoverata fra le ipotesi d'inesistenza del lodo e assimilata a quella del lodo reso su materia non compromettibile¹³², nell'attuale contesto sembra destinata a trovare una diversa soluzione.

L'esigenza di distinguere l'inesistenza dell'accordo arbitrale dalla mera invalidità è sempre stata ben presente agli interpreti. Tale distinzione, tuttavia, non è mai stata agevole: in linea di massima possiamo affermare che alla categoria della nullità erano ricondotte tutte quelle ipotesi in cui, pur mancando uno o più elementi richiesti per la perfezione del negozio compromissorio, non fosse possibile disconoscere l'esistenza, in capo alle parti, della volontà (anche viziata o manifestata in modo inefficace) di devolvere la lite in arbitrato, mentre nella categoria dell'inesistenza venivano fatte rientrare quelle ipotesi in cui manchi completamente la volontà di una delle parti di conferire agli arbitri il potere di decidere la controversia¹³³. Ciò nondimeno, l'inesistenza del patto

¹³² ZUCCONI GALLI FONSECA, Sub art. 827 c.p.c., in *Arbitrato*, cit., 2001, 518; LUISO, *Le impugnazioni del lodo*, cit., 16; in giurisprudenza Cass., 22 aprile 1963, n. 1026, in *Giust. civ.*, 1963, I, 1063. In senso contrario VOCINO, *Inesistenza del compromesso e sentenza arbitrale*, in AA. VV., *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, II, Padova, 1950, 643 ss.

¹³³ SANGIOVANNI, *op. cit.*, 566 e LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., 2011, 254; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 208 ss. e 616; VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 692 e 693. A titolo meramente esemplificativo, rientrano nella categoria della nullità le ipotesi dell'accordo compromissorio che non sia redatto per iscritto o che non sia approvato specificamente ai sensi dell'art. 1341 c.c. o, ancora, che sia sottoscritto da un mandatario non munito di mandato scritto. Vanno annoverati fra le ipotesi di inesistenza il caso del la convenzione materialmente inesistente (Cass., 22 aprile 1963, n. 1026, cit.) o quello del compromesso la cui sottoscrizione sia stata apposta da un terzo; inesistenti sono stati considerati, in passato, anche il patto compromissorio stipulato dall'amministratore di società senza la previa autorizzazione dell'assemblea, nonché la convenzione arbitrale conclusa dal mandatario senza rappresentanza in eccesso di mandato. Più discusso, invece, il caso del compromesso concluso da un soggetto privo della capacità di agire o incapace naturale. Secondo la disciplina civilistica, gli atti conclusi da tale soggetto sono sottoposti alla disciplina sull'annullabilità; per cui, a rigore, essi dovrebbero essere ricondotti al *genus* dell'invalidità e, dunque, alle previsioni di cui agli artt. 817 e 829, 1° comma, n. 1, c.p.c., con la conseguenza che, rispetto a tale vizio, dovrebbe ipotizzarsi un onere di tempestiva eccezione nel procedimento arbitrale ed un conseguente onere d'impugnazione. Una parte della dottrina ha

compromissorio è sempre rimasta priva di una disciplina positiva e anche con l'ultimo intervento riformare il legislatore, che pur ha dimostrato di avere una certa consapevolezza del problema, si è ben guardato dal dettare una disciplina organica.

Nella disciplina positiva la categoria dell'inesistenza viene infatti menzionata all'art. 817, 2° comma, c.p.c., che nel disciplinare l'eccezione d'incompetenza in sede arbitrale, annovera fra i motivi d'incompetenza che la parte convenuta in arbitrato ha l'onere di far valere pena l'impossibilità riproporli quale motivi d'impugnazione del lodo anche «*l'inesistenza*» della convenzione d'arbitrato, nonché all'art. 810 c.p.c., che nel disciplinare il meccanismo suppletivo di nomina giudiziale degli arbitri, prevede che detta nomina possa essere rifiutata quando la convenzione d'arbitrato appaia «*manifestamente inesistente*». Nessun riferimento a tale categoria è invece contenuto nelle norme che regolano l'impugnazione del lodo, ossia nell'art. 829, 1° comma, n. 1, c.p.c., che regola l'impugnazione per nullità del lodo quando la convenzione d'arbitrato sia «*invalida*» (ossia nulla e annullabile, secondo la tradizionale nozione di invalidità) e nell'art. 829, 1° comma, n. 4, c.p.c., che disciplina esclusivamente le fattispecie del lodo esorbitante, nonché del lodo reso in presenza di altro impedimento di carattere processuale, le quali non appare riconducibile l'inesistenza del patto compromissorio¹³⁴. Il che, se da un lato legittima l'idea che tale categoria abbia una propria autonomia concettuale, oltre che sotto il profilo ontologico, anche sotto quello che giuridico, dall'altro rende piuttosto difficile all'interprete l'individuazione del regime suo proprio.

invece ricondotto tale fattispecie alla categoria dell'inesistenza e, conseguentemente, ha sostenuto che il vizio inerente alla capacità di agire del compromittente possa essere rilevato anche d'ufficio dagli arbitri e che il lodo emesso sulla base di una convenzione arbitrale stipulata da un incapace possa essere non solo impugnato per nullità a prescindere dal rilievo dell'incapacità nel corso del procedimento arbitrale (SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 162 e 606), ma possa essere aggredito anche attraverso un'azione autonoma di accertamento, esperibile anche oltre il termine d'impugnazione del lodo. Ancora diverso il caso del patto compromissorio stipulato da un soggetto la cui volontà sia stata viziata da errore, dolo o violenza. Secondo i canoni civilistici, anche questa fattispecie dovrebbe rientrare nell'ambito dell'invalidità; tuttavia, è evidente il grave vizio che affligge la volontà compromissoria, specie nel caso della violenza, che – per ipotesi – potrebbe sussistere al momento della stipula dell'accordo arbitrale e perdurare anche nel corso del procedimento. Per una parte della dottrina (SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 159), in tal caso, il vizio del consenso sarebbe stato sollevabile da entrambe le parti, in deroga a quanto previsto dall'art. 1441 c.c. e sarebbe stato altresì rilevabile d'ufficio.

¹³⁴ NELA, *L'inesistenza*, cit., 983.

Ora, l'attuale formulazione dell'art. 829, 1° comma, n. 1, c.p.c., parrebbe legittimare l'idea che la carenza di un patto compromissorio non dia origine a una semplice ipotesi di nullità del lodo, ma a un qualcosa di diverso¹³⁵, come tale non rilevabile attraverso l'impugnazione di cui all'art. 828 c.p.c., ma attraverso uno strumento diverso, quale l'*actio nullitatis*¹³⁶. Sennonché, il tenore dell'art. 817 c.p.c. (che richiama esplicitamente anche l'inesistenza) induce a ritenere che tale vizio sia invece deducibile attraverso l'impugnazione per nullità di cui all'art. 828 c.p.c.¹³⁷. Anzi, il disposto dell'art. 817 c.p.c. sembrerebbe assimilare sotto ogni profilo l'inesistenza del patto compromissorio alla sua invalidità, con la conseguenza che l'impugnazione per nullità dovrebbe ritenersi l'unico strumento per far valere la nullità del lodo¹³⁸ e la sua esperibilità sarebbe necessariamente condizionata dalla previa contestazione del vizio in sede arbitrale¹³⁹.

¹³⁵ NELA, *L'inesistenza*, cit., 984.

¹³⁶ Cfr. CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 1991, 212; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 609 e 613; CARNACINI, *op. cit.*, 913. i quali, constatando la carenza nella disciplina positiva di qualsivoglia riferimento alla categoria dell'inesistenza dell'accordo arbitrale, ritenevano che da essa conseguisse l'inesistenza del lodo, la quale sarebbe stata deducibile non già con l'impugnazione per nullità, ma unicamente attraverso un'azione di accertamento, proponibile senza limiti di tempo, oppure in sede di opposizione all'esecuzione.

¹³⁷ SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 880; BOCCAGNA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in *La nuova disciplina*, cit., 463; BOCCAGNA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in *Commentario alle riforme*, cit., 1023; NELA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in *Le recenti riforme*, cit., 1869; MENCHINI, *Impugnazioni*, cit., 849. Così anche LUDOVICI, *op. cit.*, 582 e OCCHIPINTI, *La cognizione*, cit., 86. Del resto, come rileva AMADEI, *Note in tema di inesistenza di accordo compromissorio per arbitrato rituale e impugnazione per nullità del lodo*, in *Riv. arb.*, 2002, 307 e 308, a suffragio di tale conclusione milita anche l'esigenza di individuare con certezza lo strumento con il quale possa essere rimossa la pronuncia resa dagli arbitri incompetenti: essendo gli arbitri giunti, nonostante l'inesistenza del patto compromissorio, alla pronuncia di un lodo, quest'ultimo dovrebbe infatti soggiacere al regime impugnatorio proprio di tale pronuncia, secondo il principio in forza del quale il mezzo d'impugnazione deve essere individuato sulla scorta della qualificazione data al giudice *a quo*. Opinando diversamente, le situazioni più dubbie (quelle dove fosse stata incerta la riconduzione alla categoria dell'invalidità piuttosto che a quella dell'inesistenza) rischierebbero di rimanere prive di tutela, posto che il medesimo vizio potrebbe essere qualificato in termini di nullità dal Tribunale e in termini di inesistenza dalla Corte d'appello, con la conseguenza che dalla declaratoria di inammissibilità delle iniziative proposte nelle due sedi potrebbe conseguire il definitivo consolidamento della decisione arbitrale.

¹³⁸ BOVE, *Ancora*, cit., 367. In tal senso, prima della riforma, Cass., 27 gennaio 2001, n. 1191, in *Riv. arb.*, 2002, 303, con nota di AMADEI, *Note in tema di inesistenza di accordo compromissorio per arbitrato rituale e impugnazione per nullità del lodo*; Cass., 25 gennaio 1997, n. 781, cit.; Cass., 22 aprile 1963, n. 1026, cit.; Cass., 7 febbraio 1963, n. 194, cit. In dottrina VOCINO, *op. cit.*, 641 ss.; ANDRIOLI, *Commento*, cit., 914; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 1988, 607. Nello stesso senso BOVE, *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 440 e 441 e BOVE, *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza*, cit., 538 e 539, per il quale l'unica ipotesi di inesistenza del lodo sarebbe stata quella in cui il vizio avesse inficiato direttamente il lodo, come nel caso di pronuncia su materia non arbitrabile; inoltre, secondo l'A., il ricorso alla categoria della nullità (in luogo dell'inesistenza) sarebbe stato imposto dal fatto che l'ordinamento considerasse nullo (e non inesistente) il lodo reso *extra compromissum*. Del resto, l'arbitro che avesse pronunciato in assenza di un patto compromissorio sarebbe stato più assimilabile al giudice

Ovviamente, anche in tal caso il giudizio d'impugnazione sarà limitato alla sola fase rescindente, in considerazione dell'inesistenza di una rinuncia delle parti al giudizio dinanzi al giudice di primo grado¹⁴⁰ e del disposto dell'art. 830 c.p.c. che, escludendo il giudizio rescissorio in caso di annullamento del lodo per i motivi di cui all'art. 829, 1° comma, nn. 1 e 4, c.p.c. consente di annoverare fra tali ipotesi anche quella del lodo reso in assenza di un patto compromissorio.

In un simile contesto non parrebbe residuare alcuno spazio per un rilievo officioso della questione né in sede arbitrale né in sede d'impugnazione del lodo¹⁴¹. Non solo; l'assimilazione fra le due fattispecie dovrebbe indurre a ritenere

che avesse deciso pur non essendo munito di giurisdizione, dunque ad un ipotesi di nullità piuttosto che di inesistenza della decisione.

¹³⁹ BOVE, *L'impugnazione*, cit., 29; BOVE, *Ancora*, cit., 362. In tal senso sembrano orientati anche ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 719; MENCHINI, *Impugnazioni*, cit., 849; D'ALESSANDRO, *Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell'art. 824 bis c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2007, 542 e LUDOVICI, *op. cit.*, 589. In tal senso, prima della riforma, si era mossa quella parte della dottrina (VECCHIONE, *Questioni*, cit., 164 e più recentemente MOTTO, *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti* (nota Cass., 21 settembre 2004, n. 18917, cit.; AMADEI, *op. cit.*, 310 e 312; BOVE, *Il patto compromissorio*, cit., 440 e 441; BOVE, *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza*, cit., 536; VOCINO, *Inesistenza*, cit.), la quale, ritenendo che il lodo reso su domanda esorbitante altro non fosse che una pronuncia emessa in parziale carenza di patto compromissorio, assimilava la fattispecie *de qua* a quella di cui all'art. 829, 1° comma, n. 4, c.p.c. *Contra* Cass., 15 settembre 2000, n. 12175, cit., secondo la quale, a differenza dell'ipotesi in cui una parte avesse formulato una domanda esorbitante rispetto al patto compromissorio (nella quale il contegno della controparte avrebbe consentito di superare i limiti della convenzione arbitrale), il vizio rappresentato dall'inesistenza della convenzione non avrebbe potuto essere sanato dall'inerzia della parte convenuta in arbitrato; donde l'insussistenza di alcun ostacolo all'impugnativa del lodo reso su patto compromissorio inesistente per la parte che dinanzi agli arbitri non avesse formulato alcuna eccezione. Sull'impossibilità di sottoporre il caso di totale inesistenza del patto compromissorio al meccanismo previsto dall'art. 817 c.p.c. v. G.F. RICCI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2001, 334; LUISO, *Diritto processuale*, cit., 1997, 353 e ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2001, 519, secondo la quale la diversità di regime fra le due ipotesi sarebbe stata spiegabile in ragione del fatto che, nel caso della domanda esorbitante, avendo optato a monte per la via arbitrale, alle parti sarebbe stata rimessa la scelta se porre o meno in essere il contegno necessario ad invalidare il lodo. In tal senso, dopo la riforma, anche NELA, *L'inesistenza*, cit., 981.

¹⁴⁰ Coi già Cass., 15 settembre 2000, n. 12175, cit.; Cass., 27 gennaio 2001, n. 1191, cit.; Cass., 11 febbraio 1998, n. 1413, cit.; Cass., 25 gennaio 1997, n. 781, cit.; Cass., 22 aprile 1963, n. 1026, cit.; Cass., 6 maggio 1953, in *Riv. dir. proc.*, 1954, 180, con nota di VECCHIONE, *Inesistenza del compromesso o del procedimento per arbitri e inefficacia del lodo*. In dottrina BOVE, *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza*, cit., 545 (che assimila la fattispecie in esame a quella della sentenza pronunciata da un giudice privo di giurisdizione e, dunque, soggetta alla previsione di cui all'art. 353 c.p.c.) e SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 607.

¹⁴¹ Come invece opinato, prima della riforma, da Cass., 25 agosto 1998, n. 8410, in *Riv. arb.*, 1999, 455, con nota di GIORGETTI, *Il difetto di potestas iudicandi degli arbitri rituali* (dove si sancisce in capo al giudicante un vero e proprio dovere di rilevare d'ufficio l'assenza del patto compromissorio); Cass., 22 aprile 1963, n. 1026, cit.; Cass., 6 maggio 1953, cit. e, in dottrina, da SOTGIU, *Natura e regime dell'eccezione di nullità del patto compromissorio nel giudizio di impugnazione avverso il lodo arbitrale* (nota a Cass., Sez. Un., 6 giugno 2003, n. 9070), in *Riv. arb.*, 2004, 317 e da G.F. RICCI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2001, 333.

che la parte destinataria di una domanda d'arbitrato proposta in assenza della relativa convenzione sarebbe comunque onerata dal partecipare al procedimento arbitrale, pena la preclusione dalla possibilità di impugnare il lodo per tale motivo (tale conclusione potrebbe essere disattesa soltanto accedendo alla tesi che circoscrive *tout court* il meccanismo decadenziale di cui all'art. 817 c.p.c. al solo in cui la parte si sia costituita in arbitrato¹⁴²).

Il combinato disposto degli artt. 817 e 829 c.p.c. sembrerebbe aver quindi determinato il definitivo superamento della *consecutio* fra l'inesistenza della convenzione d'arbitrato e l'inesistenza del lodo; conclusione, questa, che ad alcuni è però parsa difficilmente conciliabile con il fondamento volontaristico dell'arbitrato¹⁴³.

Sicuramente, nessuna deroga al modello tratteggiato dalle predette norme appare configurabile nel caso in cui la parte convenuta in arbitrato pur in assenza di un patto compromissorio si costituisca in giudizio; in tal caso essa sarà gravata dall'onere eccepire l'incompetenza arbitrale ai sensi dell'art. 817 c.p.c. e, ove tale eccezione non venga formulata, essa decadrà dalla facoltà di impugnare il lodo per tale motivo¹⁴⁴. Ovviamente, questa preclusione avrà natura e portata squisitamente processuali; in altre parole, non trattandosi di una manifestazione tacita di una volontà compromissoria, essa non impedirà alla parte di eccepire l'inesistenza del patto compromissorio in eventuali altri procedimenti¹⁴⁵. Qualora, invece, la parte

¹⁴² Cfr. PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2012, 498; OCCHIPINTI, *La cognizione*, cit., 87 e 118; LUISSO, *Diritto processuale*, cit., 2009, 389, secondo il quale la limitazione del meccanismo decadenziale ai soli casi in cui le parti siano costituite sarebbe giustificata proprio dall'esigenza di evitare che la parte convenuta in arbitrato in forza di una clausola compromissoria inesistente sia comunque tenuta a partecipare al procedimento, sostenendo le relative spese, pena l'impossibilità di far valere l'inesistenza in sede d'impugnazione. Sul punto si rinvia al secondo capitolo.

¹⁴³ Secondo NELA, *L'inesistenza*, cit., 990, un simile scenario non sarebbe lontano dal configurare addirittura una sorta di arbitrato obbligatorio.

¹⁴⁴ SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 563; PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2012, 498; OCCHIPINTI, *La cognizione*, cit., 87; RUFFINI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in *La nuova disciplina*, cit., 293; MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, cit., 77. Non vi è infatti alcuna ragione per impedire alla parte convenuta di sottoporsi al giudizio arbitrale, astenendosi da ogni contestazione della competenza arbitrale, così come al convenuto dinanzi al giudice italiano è consentito, ai sensi degli artt. 4 e 11 della legge n. 318 del 1995, accettare tacitamente la giurisdizione italiana costituendosi in giudizio e astenendosi dal formulare alcuna eccezione. La mancata proposizione dell'eccezione d'incompetenza dovrà quindi essere letta quale rinuncia della parte a far valere il difetto di *potestas iudicandi* degli arbitri. In senso contrario v. però G.F. RICCI, *Sub art. 817 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 475 e 476, secondo il quale in caso di totale assenza del patto compromissorio gli arbitri sarebbero legittimati a emettere un lodo declinatorio anche in assenza di eccezione di parte.

¹⁴⁵ CONSOLO, *Le impugnazioni*, cit., 549; MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, cit., 78; NELA, *L'inesistenza*, cit., 985 e 986.

eccepisca l'incompetenza arbitrale e questa venga rigettata dagli arbitri, l'impugnazione per nullità costituirà l'unico strumento attraverso cui aggredire la decisione arbitrale¹⁴⁶.

Più incerto il caso in cui la parte destinataria della domanda decida di non costituirsi. In tal caso, un contemperamento fra la tutela dell'esigenze di certezza e di speditezza poste cui è ispirato l'art. 817 c.p.c. e la necessità di garantire la volontarietà dell'opzione arbitrale potrebbe essere realizzato attraverso l'attribuzione agli arbitri del potere di rilevare officiosamente l'inesistenza dell'accordo compromissorio o nell'attribuzione a tale parte del potere di impugnare per nullità il lodo nonostante la mancata partecipazione al giudizio¹⁴⁷.

Ora, il fatto che l'inesistenza della convenzione arbitrale possa costituire oggetto di rilievo officioso sembra confortato dal disposto dell'art. 810 c.p.c. che consente al giudice di rifiutare la nomina dell'arbitro in caso di manifesta infondatezza del patto compromissorio¹⁴⁸. Tale disposizione sembra dettata proprio dalla preoccupazione di evitare la celebrazione di procedimenti "contumaciali" in carenza di un patto compromissorio; preoccupazione che – stando alle scelte compiute dal legislatore – parrebbe talmente avvertita da consentire all'autorità giudiziaria di sindacare l'esistenza della clausola compromissoria in una sede diversa da quella che tradizionalmente l'è propria, ossia quella del giudizio di nullità del lodo. Se, dunque, il legislatore ha attribuito all'autorità giudiziaria il potere di impedire, di fatto, la celebrazione del procedimento arbitrale in ragione della ravvisata inesistenza dell'accordo compromissorio, non appare peregrino ipotizzare che, alle condizioni sopra indicate, anche gli arbitri possano rilevare officiosamente l'inesistenza dell'accordo compromissorio. Da un punto di vista sistematico, tale ricostruzione appare in linea anche con la previsione contenuta nell'art. 11 della legge n. 218 del 1995 che dopo aver imposto alla parte convenuta l'onere di contestare la

¹⁴⁶ MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, cit., 84.

¹⁴⁷ IZZO, *La convenzione*, cit., 210; MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, cit., 82; NELA, *L'inesistenza*, cit., 990 e 991. Favorevole alla rilevabilità officiosa dell'inesistenza del patto compromissorio anche LA CHINA, *L'arbitrato*, cit., 2011, 255. In senso contrario SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 570; BOVE, *Ancora*, cit., 2007, 366, secondo i quali la formulazione dell'art. 817 c.p.c. non legittimerebbe distinzioni di sorta.

¹⁴⁸ NELA, *L'inesistenza*, cit., 987.

giurisdizione italiana, ammette il rilievo officioso del difetto di giurisdizione nel caso in cui la parte non si sia costituita in giudizio.

Quanto alla proponibilità di un'azione autonoma di accertamento volta ad accertare l'inesistenza del patto compromissorio, dovrebbero trovare applicazione i limiti previsti dall'art. 819 *ter*, ult. comma, c.p.c., che (come vedremo nel quinto capitolo) precludendo la proposizione di azioni volte ad accertare l'inesistenza e l'inefficacia della convenzione arbitrale dopo l'introduzione del procedimento arbitrale, sembrerebbe ammetterla prima di tale momento¹⁴⁹. Più incerta è, invece, la possibilità di proporre una simile azione successivamente all'emanazione del lodo e addirittura una volta che siano decorsi i termini d'impugnazione della decisione arbitrale o se l'inesistenza della convenzione possa essere dedotta in sede di opposizione all'esecuzione¹⁵⁰.

4.3. La clausola compromissoria stipulata con un consumatore

Nell'ambito di questa indagine circa le possibili deroghe al regime delineato dagli artt. 817 e 829 c.p.c. sembra doveroso soffermarsi sul caso della convenzione arbitrale contenuta in un contratto in cui una parte rivesta la qualifica di consumatore, che è stato recentemente oggetto di intervento da parte della Corte di giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza del 26 ottobre 2006 (C-

¹⁴⁹ Come rilevato da una parte della dottrina (NELA, *L'inesistenza*, cit., 987; ID., *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *Le recenti riforme*, cit., 1821), la norma fa divieto, in pendenza di arbitrato, di proporre domande aventi ad oggetto l'invalidità e l'inefficacia e nulla dire con riferimento all'inesistenza della convenzione; il che potrebbe indurre a ritenere che quest'ultimo vizio possa comunque essere dedotto attraverso tale strumento anche ad arbitrato pendente.

¹⁵⁰ Come ritenevano, in passato, PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2000, 203; RUFFINI, *Sub art. 829 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile*, cit., 3527; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2001, 517; GIACOBBE, D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 190; GIORGETTI, *Il difetto di potestas iudicandi degli arbitri rituali*, in *Riv. arb.*, 1999, 468 e 469; NELA, *Il lodo rituale emesso da arbitri usurpatori e l'insegnamento della Corte di cassazione sulla natura della questione di patto compromissorio*, in *Giur. it.*, 2006, 882 ss.; SOTGIU, *op. cit.*, 317; LUISO, *Diritto processuale*, cit., 1997, 353, sul presupposto che, rispetto al vizio in esame, l'impugnazione per nullità di cui all'art. 828 c.p.c. non avesse carattere necessario. Dopo la riforma, in senso favorevole alla rilevanza *sine die* del vizio CONSOLO, *Le impugnazioni*, cit., 552; NELA, *L'inesistenza*, cit. 987. *Contra* LUISO, *Diritto processuale*, cit., 420 e ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 638. A fronte delle considerazioni compiute in precedenza, ci sembra che la proponibilità di una simile azione debba essere esclusa nell'ipotesi in cui la parte convenuta in arbitrato abbia deciso di partecipare al procedimento; nel qual caso, infatti, l'unico strumento con cui può essere aggredito il lodo è rappresentato dall'impugnazione per nullità. In tal caso, quindi, l'*actio nullitatis* potrebbe esplicare effetti soltanto per il futuro.

168/05; sentenza *Mostaza Claro*) e con quella del 6 ottobre 2009 (C-40/08; sentenza *Asturcom*).

Con la prima pronuncia i giudici comunitari hanno affermato che la direttiva n. 93/13/CEE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori deve essere interpretata nel senso che il giudice nazionale adito in sede d'impugnazione di un lodo arbitrale debba rilevare la nullità della convenzione arbitrale abusiva anche laddove tale nullità non sia stata dedotta nel procedimento arbitrale¹⁵¹. Chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla compatibilità fra legge processuale spagnola che imponeva alla parte convenuta in arbitrato l'onere di eccepire l'incompetenza degli arbitri nell'atto iniziale del procedimento e la suddetta direttiva, la Corte europea è giunta alla conclusione di cui sopra muovendo dalla considerazione che, pur essendo la tutela processuale delle situazioni giuridiche sostanziali facenti capo ai cittadini dell'Unione rimessa in linea di massima alle scelte del legislatore nazionale, al giudice comunitario deve ritenersi comunque consentito sindacare tali scelte quando esse rendano particolarmente difficoltoso (se non impossibile) l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento comunitario, enunciando altresì la regola processuale che, a suo avviso, meglio consenta tale tutela¹⁵².

Sulla base di tale presupposto, i giudici comunitari sono pervenuti alla conclusione che, nell'imporre al convenuto l'onere di contestare la competenza arbitrale, il sistema arbitrale spagnolo avrebbe leso il diritto di difesa del consumatore, rendendo il lodo contrario all'ordine pubblico processuale comunitario¹⁵³. Detto in altri termini, secondo la Corte, alla norma che prevede la non vincolatività delle clausole abusive presenti in un contratto concluso fra un

¹⁵¹ CGCE, 26 ottobre 2006 (C-168/05), in *Riv. arb.*, 2006, 673, con nota di D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli artt. 817, comma 2, ed 829, n. 1, c.p.c.*; in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1083, con nota di E.F. RICCI, *Clausola compromissoria "vessatoria" e impugnazione del lodo*.

¹⁵² Simili considerazioni erano già state compiute nella sentenza del 27 giugno 2000 nelle cause riunite C-240/98 e C-244/98 (sentenza *Océano Grupo Editorial*), edita in *Foro it.*, 2000, IV 413, in occasione della quale i giudici comunitari avevano ritenuto rilevabile d'ufficio la nullità (conseguente ad abusività ai sensi della direttiva 93/13/CEE) della clausola derogativa della competenza territoriale. In proposito D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli artt. 817, comma 2, ed 829, n. 1, c.p.c.* (nota a CGE, 26 ottobre 2006, C-168/05), in *Riv. arb.*, 2006, 686 ss.

¹⁵³ Per una critica a tale argomentazione v. D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro*, cit. 689, secondo la quale il giudizio sulla violazione del diritto di difesa del consumatore non potrebbe essere compiuto *a priori*, necessitando lo stesso di una valutazione *ex post* sul caso concreto.

consumatore e un professionista dovrebbe riconoscersi il rango di norma imperativa volta a garantire l'uguaglianza delle parti e idonea a incidere direttamente sull'equilibrio formale di diritti e obblighi determinato dal contratto e la natura e l'importanza dell'interesse su cui si fonda la tutela che la direttiva garantisce ai consumatori dovrebbe consentire al giudice nazionale di valutare d'ufficio l'abusività delle clausole contrattuali, ivi compresa la clausola arbitrale¹⁵⁴.

Con la seconda pronuncia¹⁵⁵, la Corte europea ha ripreso gli argomenti già impiegati nella sentenza *Mostaza Claro* per affermare che il giudice nazionale al quale sia rivolta domanda di esecuzione forzata di un lodo arbitrale reso al termine di un procedimento svoltosi in assenza del consumatore e già passato in giudicato può valutare d'ufficio l'abusività della clausola arbitrale inserita nel contratto ogni qual volta la disciplina processuale nazionale consenta in casi analoghi un simile controllo. Nel caso di specie, il rinvio pregiudiziale era stato formulato dal giudice nazionale spagnolo al quale era stata proposta domanda di esecuzione di un lodo condannatorio reso in forza di una clausola compromissoria abusiva al termine di un procedimento in cui il consumatore non aveva preso parte e non più suscettibile d'impugnazione. A fondamento della propria decisione, i Giudici comunitari rilevano la contrarietà all'ordine pubblico comunitario della clausola compromissoria conclusa in violazione delle norme poste a tutela dei consumatori, nonché la facoltà, attribuita dall'ordinamento processuale spagnolo al giudice dell'esecuzione, di rilevare la non conformità del lodo all'ordine pubblico interno; facoltà che, stando al *dictum* della Corte, dovrebbe essere esercitata anche rispetto ai quei profili di contrarietà all'ordine pubblico comunitario.

Le pronunce in esame pongono un problema di compatibilità fra la disciplina comunitaria e quella nazionale contenuta negli artt. 817 e 829 c.p.c. la quale, come più volte affermato nel corso della trattazione, condiziona

¹⁵⁴ Secondo D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro*, cit., 693 e 694, il risultato cui sono pervenuti i giudici comunitari poteva essere raggiunto ugualmente muovendo da un diverso presupposto, ossia riconoscendo all'omessa contestazione della competenza arbitrale una valenza sostanziale (quale momento di convalida o di stipula di una convenzione arbitrale nulla o inesistente) e, contempo, qualificando tale contegno processuale come inadeguato a integrare il requisito del consenso esplicito e specifico previsto dalla disciplina di riferimento.

¹⁵⁵ CGCE, 6 ottobre 2009, C-40/08, in *Riv arb.*, 2009, 675, con nota di D'ALESSANDRO, *La Corte di giustizia sancisce il dovere, per il giudice, di rilevare d'ufficio l'invalidità della clausola compromissoria stipulata tra il professionista ed il consumatore rimasto contumace nel processo arbitrale*.

l'impugnazione del lodo per invalidità del patto compromissorio alla previa deduzione della questione in sede arbitrale¹⁵⁶. Accedendo all'opinione espressa della Corte nella sentenza *Mostaza Claro* si dovrebbe concludere che, ove l'accordo arbitrale possa considerarsi abusivo secondo le previsioni contenute nel Codice del Consumo, il consumatore sia libero di far valere l'incompetenza arbitrale con l'impugnazione per nullità anche laddove egli non abbia formulato la relativa eccezione dinanzi agli arbitri¹⁵⁷; in questo modo, la questione di competenza tornerebbe ad essere deducibile *secundum eventum litis*, esattamente come lo era prima della riforma. Quanto alla sentenza *Asturcom*, dal momento che (contrariamente a quanto accade nell'ordinamento spagnolo) il nostro codice di procedura civile non sembra lasciare spazio in sede di *exequatur* a un controllo sulla conformità del lodo all'ordine pubblico (il quale è invece rimesso specificamente al giudice dell'impugnazione), non sembra ipotizzabile che il giudice dinanzi al quale il lodo sia stato depositato al fine di conseguire la declaratoria di esecutorietà provveda a un simile controllo.

Infine, entrambe le pronunce inducono a interrogarsi sulla possibilità di configurare l'abusività della clausola arbitrale quale motivo di nullità del lodo suscettibile di rilievo officioso da parte del giudice dell'impugnazione (e, nel caso, anche dagli arbitri). Benché nel nostro ordinamento viga la regola per cui (salvo il caso dell'inarbitrabilità della lite) alla Corte d'appello è precluso il rilievo officioso di motivi di nullità diversi da quelli posti a fondamento dell'impugnazione¹⁵⁸, all'interrogativo taluni hanno dato una risposta affermativa, ritenendo che l'esigenza di tutela del contraente debole posta valorizzata dalla sentenza *Mostaza Claro* e della sentenza *Astrucom* possano giustificare la

¹⁵⁶ Perché possa porsi tale problema è però necessario che la clausola arbitrale venga ricondotta nell'ambito di operatività dell'art. 33 del d.lgs. 206 del 2005 che contiene l'elenco delle clausole per cui opera la presunzione di abusività. La norma nulla dice con riferimento alla clausola compromissoria, ma considera abusiva la clausola elettiva di un foro diverso da quello corrispondenza alla residenza o al domicilio del consumatore. In senso favorevole all'inclusione del patto compromissorio fra le clausole presunte abusive potrebbe deporre il fatto che, nel nostro ordinamento, l'opzione per la via arbitrale sia tradizionalmente considerata alla stregua di una deroga alla competenza del giudice ordinario, come risulta confermato dal tenore degli artt. 817 e 819 *ter* c.p.c., nonché dalla previsione contenuta negli artt. 1341 e 1342 c.c. Del resto, se il legislatore si è preoccupato di circondare di cautele la semplice individuazione di un giudice territorialmente diverso, a maggior ragione deve ritenersi che tali cautele debbano operare in caso di stipula di un patto compromissorio (che rappresenta una deroga a tutto l'ordine giudiziario)

¹⁵⁷ D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro*, cit., 695; E.F. RICCI, *Clausola compromissoria "vessatoria"*, cit., 1087.

¹⁵⁸ Cass., 2 marzo 2000, n. 2307, cit.; Cass., 22 gennaio 1986, n. 398.

declaratoria di nullità del lodo ai sensi dell'art. 829, 3° comma, c.p.c. in via officiosa, nel caso d'impugnazione del lodo da parte del professionista soccombente e di contumacia del consumatore¹⁵⁹ e, alla luce di quanto stabilito nella sentenza *Mostaza Claro*, fors'anche nel caso d'impugnazione proposta dal consumatore¹⁶⁰.

5. Il regime d'impugnazione del lodo e la natura della convenzione arbitrale

Prima di proseguire ci sembra doveroso compiere un'ultima riflessione. I rilievi fin qui compiuti in ordine all'impugnazione della sentenza e del lodo hanno come presupposto che il patto compromissorio della cui operatività si sia discusso davanti al giudice o davanti agli arbitri contenesse una previsione per arbitrato rituale.

Nel caso in cui la contestazione della sua *potestas iudicandi* sia fondata su una convenzione d'arbitrato irrituale, l'orientamento tradizionale insegna che, dando essa origine a un'eccezione di merito, la relativa decisione dovrebbe ritenersi impugnabile con l'appello e con il ricorso per cassazione. Nell'attuale contesto normativo, la differenziazione dell'arbitrato irrituale da quello rituale operata dall'art. 808 *ter* c.p.c. ha dato origine a un significativo dibattito in ordine alla disciplina applicabile all'arbitrato c.d. contrattuale¹⁶¹; dibattito che, stando ai più recenti arresti della Corte di cassazione, dovrebbe risolversi nel senso dell'inapplicabilità a tale tipologia di arbitrato della pressoché totalità della

¹⁵⁹ D'ALESSANDRO, *La Corte di giustizia sancisce il dovere, per il giudice, di rilevare d'ufficio l'invalidità della clausola compromissoria stipulata tra il professionista e il consumatore rimasto contumace nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2009, 675 ss.

¹⁶⁰ Così IZZO, *La convenzione*, cit., 218; OCCHIPINTI, *La cognizione*, cit., 119; D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro*, cit., 694.

¹⁶¹ Da un lato, vi sono infatti coloro che, muovendo dalla natura contrattuale dell'istituto, escludono l'applicabilità delle norme contenute nel Titolo VIII del Libro IV e opinano nel senso della necessità di risolvere tutte le questioni procedurali facendo applicazione analogica delle norme sui contratti e in particolare di quelle sul mandato (VERDE, *Arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 2005, 670 ss.; BOVE, *Sub art. 808 ter c.p.c.*, in *La nuova disciplina*, cit., 65 ss.). Dall'altro, coloro i quali, valorizzando il contenuto della legge delega, ritengono che le disposizioni codicistiche siano tendenzialmente applicabili anche all'arbitrato irrituale, con la sola eccezione delle norme che disciplinano il lodo, le impugnazioni e il riconoscimento dei lodi stranieri (PUNZI, *Il processo civile*, cit., 278 ss.; SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *Riv. arb.*, 2007, 37; CANALE, *Arbitrato e «collegato lavoro»*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 570; TOTA, *Sub art. 808 ter c.p.c.*, in *Commentario alle riforme*, cit., 550 ss., in tal senso, con riferimento all'applicazione dell'art. 816 *ter* c.p.c., v. Trib. Venezia, 10 aprile 2008 e Coll. Arb., Venezia, 19 febbraio 2008, entrambi editi in *Contratti*, 2008, 869 ss., con nota di SANGIOVANNI, *Natura contrattuale o processuale dell'arbitrato irrituale?*).

disposizioni contenute nel Titolo VIII e, conseguentemente, nel senso della non impugnabilità con regolamento di competenza della sentenza con cui il giudice abbia pronunciato, accogliendola o respingendola, su un'eccezione di patto compromissorio irrituale¹⁶². Ove, invece, s'intenda impugnare un lodo arbitrale irrituale per far valere l'incompetenza degli arbitri, l'impugnazione dovrà essere rivolta a un giudice diverso da quello individuato dall'art. 828 c.p.c. e seguirà regole diverse da quelle previste per il giudizio d'impugnazione del lodo rituale.

In tale contesto, viene da chiedersi quale sia il regime impugnatorio della pronuncia dichiarativa o declinatoria della competenza con cui il giudice o l'arbitro abbia errato nella qualificazione dell'arbitrato o, detto in altre parole, se ai fini dell'individuazione del mezzo d'impugnazione sia vincolante la qualificazione data dal giudice *a quo* oppure se il giudice adito in sede d'impugnazione possano, d'ufficio, valutare il tenore della clausola compromissoria al fine di verificare l'ammissibilità dell'iniziativa impugnatoria.

Secondo l'orientamento tradizionale, ai fini dell'individuazione del regime d'impugnazione della pronuncia sull'*exceptio compromissi* sarebbe stata irrilevante la qualificazione dell'eccezione di patto compromissorio data dal giudice *a quo*, rilevando unicamente la formulazione della clausola compromissoria, la quale avrebbe potuto essere apprezzata dal giudice dell'impugnazione al fine di decidere sulla stessa ammissibilità dell'impugnazione proposta¹⁶³. Tale posizione era del resto conforme all'orientamento seguito dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento al regime d'impugnazione del lodo che fosse stato qualificato dagli arbitri in senso difforme rispetto alla volontà espressa dalle parti nel patto compromissorio, il quale regime avrebbe dovuto essere determinato non già sulla base della qualificazione data dagli arbitri, ma in ragione del contenuto del patto compromissorio¹⁶⁴.

¹⁶² Cass., 13 maggio 2014, n. 10300; Cass., 17 gennaio 2013, n. 1158; Cass., 5 dicembre 2012, n. 21869, in *Juris data*, con cui i giudici di legittimità hanno dichiarato inammissibile il regolamento di competenza proposto avverso la sentenza con cui il giudice di prime cure aveva declinato la propria competenza in ragione di un arbitrato irrituale.

¹⁶³ Cass., 25 ottobre 1982, n. 5568, cit.; Cass., 7 aprile 1954, n. 1076, in *Giur. it.*, 1955, I, 1, 177, con nota di VECCHIONE, *Questioni in materia di arbitrato*.

¹⁶⁴ Fra le molte Cass., 22 novembre 2000, n. 15070, in *Foro it.*, 2001, I, 479; Cass., 12 giugno 1999, n. 5814, in *Foro it.*, 2000, I, 327; Cass., 28 maggio 1998, n. 5280, in *Riv. arb.*, 1999, 445, con nota di LEPRI, *Spunti in tema di erronea impugnazione del lodo non rituale*.

Ora, quest'ultimo orientamento è stato recentemente rimeditato: la Corte di cassazione ha affermato, infatti, che laddove gli arbitri abbiano qualificato, benché erroneamente, l'arbitrato come rituale, il regime impugnatorio del lodo deve essere determinato sulla base di questa pur errata qualificazione e solo laddove tale qualificazione manchi, al giudice dell'impugnazione e alla Corte di cassazione può essere consentito accertare d'ufficio la natura dell'arbitrato onde valutare l'ammissibilità dell'impugnazione proposta¹⁶⁵. Facendo applicazione del criterio di prevalenza della qualificazione data dal giudice *a quo*, parrebbe dunque corretto opinare nel senso che il regime d'impugnazione della sentenza che abbia pronunciato sull'*exceptio compromissi* vada individuato sulla base dell'interpretazione della clausola compromissoria data dal giudice di prime cure e che, solo ove quest'ultimo abbia omissso di qualificare il patto compromissorio, l'autorità dinanzi alla quale sia impugnata la sentenza di primo grado possa procedere alla sua diretta valutazione onde verificare l'ammissibilità dell'impugnazione proposta. In questo modo, si renderebbe più agevole la determinazione del regime d'impugnazione della decisione e si scongiurerebbe il rischio rappresentato dalla possibilità che tutte le iniziative intraprese nei suoi confronti vadano incontro ad una *absolutio ab instantia*.

Le stesse considerazioni valgono con riferimento all'impugnazione della decisione arbitrale. Con un'ulteriore precisazione, però, che ci è imposta proprio dalle pronunce sopra richiamate. Con tali pronunce, infatti, oltre ad aver stabilito che il regime d'impugnazione del lodo deve essere determinato sulla base della qualificazione dell'arbitrato data dagli arbitri e che solo ove tale qualificazione sia del tutto manchevole al giudice dell'impugnazione può essere concesso esaminare il patto compromissorio onde verificare l'ammissibilità dell'impugnazione medesima, la Corte di cassazione ha precisato che l'errata qualificazione dell'arbitrato costituisce un motivo di nullità del lodo da farsi valere ai sensi dell'art. 829, 1° comma, n. 4, c.p.c., dunque un vizio il cui rilievo è rimesso all'iniziativa delle parti, che, ove accolto, conduce alla caducazione della

¹⁶⁵ Cass., 24 marzo 2011, n. 6842, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 454, con nota di CANALE, *Errore nella qualificazione dell'arbitrato ed impugnazione del lodo*; *Riv. arb.*, 2013, 931, con nota di DEBERNARDI, *Sull'impugnazione del lodo reso in seguito ad un accordo compromissorio per arbitrato irrituale ed erroneamente qualificato come rituale dagli arbitri*; Cass., 6 settembre 2006, n. 19129.

decisione arbitrale e che, soprattutto, ha carattere preliminare rispetto a ogni altra censura¹⁶⁶.

Da ciò derivano due conseguenze. La prima è che l'indagine sulla natura dell'arbitrato da parte del giudice dell'impugnazione sarà condizionata alla deduzione di una specifica censura da parte dell'impugnante (il quale, in ipotesi, potrebbe anche decidere di accettare la qualificazione data dagli arbitri nonostante la diversa volontà espressa in sede di stipula del patto compromissorio); la seconda è che ogni qual volta gli arbitri, pronunciandosi sull'eccezione d'incompetenza, abbiano qualificato l'arbitrato, l'eventuale censura inerente all'errore qualificatorio dovrà essere esaminata prima delle censure riguardanti il difetto di *potestas* arbitrale e, se accolta, essa condurrà di per sé sola alla declaratoria di nullità del lodo.

6. La natura parziale o non definitiva della pronuncia sul patto compromissorio

A completamento di questo *excursus* sul regime d'impugnazione della pronuncia resa sul patto compromissorio è necessario affrontare un ultimo tema, quello relativo alla qualificazione di tale pronuncia in termini di decisione parziale piuttosto che di decisione non definitiva su questione. L'esito dell'indagine rileva sotto due profili: ai fini dell'individuazione del suo regime d'impugnazione e ai fini della sua idoneità a sopravvivere in caso di estinzione del giudizio nel quale è pronunciata.

In sede ordinaria, il problema appare poco irrilevante. In primo luogo, perché la disciplina attualmente in vigore prevede che il provvedimento con cui il giudice decide l'*exceptio compromissi* sia impugnabile unicamente con regolamento di competenza. Come anticipato *supra*, tale strumento non ammette l'istituto della riserva d'impugnazione, con la conseguenza che, tanto nel caso di provvedimento dichiarativo della competenza (non definitivo), quanto nel caso di provvedimento declinatorio (chiaramente definitivo), la statuizione del giudice

¹⁶⁶ Cass., 24 marzo 2011, n. 6842, cit.

dovrà essere impugnata immediatamente¹⁶⁷. Per cui, la parte soccombente dovrà decidere, entro il termine di trenta giorni dal deposito della sentenza, se proporre o meno l'impugnazione. In secondo luogo, perché quand'anche s'ipotizzasse l'esperibilità dei mezzi ordinari d'impugnazione, la decisione sarebbe di per sé immediatamente impugnabile, pur essendo l'impugnazione riservabile ai sensi degli artt. 340 e 361 c.p.c.; possibilità, questa, che potrebbe essere esclusa solo laddove il giudice, nel decidere sull'*exceptio compromissi*, qualificasse il provvedimento come decisione parziale, disponendo la separazione delle cause e provvedendo alla liquidazione delle spese¹⁶⁸.

Il problema qualificatorio si pone invece ai fini dell'impugnazione della decisione arbitrale. Ovviamente, tale problema sussiste solo in relazione alla pronuncia a contenuto dichiarativo; l'accoglimento dell'eccezione d'incompetenza comporta, infatti, l'emanazione di un lodo dal contenuto declinatorio, dunque di un lodo definitivo, come tale immediatamente impugnabile ai sensi dell'art. 827, 3° comma, c.p.c. Inoltre, qualora si ammetta la possibilità che gli arbitri possano scegliere se rendere tale decisione sotto forma di ordinanza revocabile o di lodo, il problema in questione si porrebbe solo in questo secondo caso, non essendo l'ordinanza *ex art. 816 bis c.p.c.* suscettibile d'impugnazione¹⁶⁹.

¹⁶⁷ MIRABELLI, GIACOBBE, *op. cit.*, 87. La riserva d'impugnazione è ammissibile, infatti, solo laddove il giudice emetta una sentenza con la quale vengano decise, oltre alla questioni di competenza, domande o altre questioni attinenti al processo o questioni preliminari di merito, ma tale riserva avrebbe ad oggetto non già il regolamento di competenza (in questo facoltativo), bensì l'appello e il ricorso per cassazione.

¹⁶⁸ Nel processo ordinario prevale, infatti, un orientamento formalista che considera come non definitiva (e dunque suscettibile di riserva d'impugnazione) anche la sentenza con cui il giudice, pur decidendo una delle domande cumulate, non disponga la formale separazione della cause e rinvii la liquidazione delle spese alla pronuncia della sentenza definitiva; cfr. Cass., 28 aprile 2011, n. 9441; Cass., 27 febbraio 2007, n. 4618; Cass., Sez. Un., 8 ottobre 1999, n. 711; Cass., Sez. Un., 1 marzo 1990, n. 1577, in *Foro it.*, 1990, I, 836. Sul punto v. COMOGLIO, *Lodo parziale e lodo non definitivo dopo l'ultima riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 607 e 608.

In tal caso, l'unico problema che verrebbe a porsi sarebbe quello di stabilire se il lodo (di merito) che venisse reso dopo l'emanazione di una o più ordinanze sia scomponibile in tante parti quante sono le questioni esaminate dagli arbitri e se, onde evitare il passaggio in giudicato di tutta la decisione, la parte soccombente sia comunque onerata dall'impugnare ogni singola pronuncia su questione, anche se resa con l'ordinanza poi confluita nel lodo definitivo o parziale (in tal senso RUFFINI, *La divisibilità del giudizio arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1999, 443 e 444), oppure se la minima unità strutturale in grado di dar vita ad un autonomo potere (e quindi ad un onere) d'impugnazione sia sempre e solo il lodo (CONSOLO, *Le impugnazioni*, cit., 540); in tal caso, infatti, la Corte d'appello potrebbe riesaminare la questione tutte le volte in cui essa sia decisa con semplice ordinanza, essendo il riesame precluso solo laddove sulla questione sia pronunciato un lodo. Sul punto BOCCAGNA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in *La nuova disciplina*, cit., 452 e 453.

Laddove gli arbitri emettano un lodo con cui si dichiarino competenti a conoscere della controversia, disponendo la prosecuzione del giudizio, occorre chiedersi se, stante la previsione contenuta nell'art. 827, 3° comma, c.p.c., tale decisione vada considerata quale lodo che decide parzialmente il merito della lite, come tale impugnabile immediatamente e senza alcuna possibilità di differimento dell'impugnazione¹⁷⁰, oppure quale lodo non definitivo su questione, impugnabile solo unitamente alla pronuncia definitiva o al successivo lodo parziale¹⁷¹.

Ora, sulla nozione di lodo non definitivo su questione e su quella di lodo parziale di merito è noto il contrasto fra la posizione assunta dalla quasi totalità della dottrina e quella assunta dalla giurisprudenza.

La prima ritiene che alla distinzione operata dal terzo comma dell'art. 827 c.p.c. fra questi due tipi di pronunce corrisponda la distinzione fra questione e domanda, nel senso che la qualifica di lodo parziale di merito dovrebbe essere riferita ai lodi con cui gli arbitri decidano una o più domande o uno o più capi di

¹⁷⁰ Ricordiamo, infatti, che in sede arbitrale non è configurabile l'istituto della riserva facoltativa d'impugnazione. Benché in passato la dottrina si sia divisa sul punto (in senso contrario PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2000, 166 e 168; RUFFINI, *La divisibilità*, cit., 440; MONTESANO, *Sui lodi parziali di merito*, in *Riv. arb.*, 1994, 252; TARZIA, *Sub art. 19*, in *Legge 5 gennaio 1994*, n. 25, cit., 156; in senso favorevole FAZZALARI, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1994, 10; ID., *Sub art. 827 c.p.c.*, in *La nuova disciplina*, cit., 194 e 195; LUISO, *Le impugnazioni del lodo*, cit., 20; CALIFANO, *Il sistema d'impugnazione dei lodi non definitivi della nuova disciplina dell'arbitrato*, *Riv. arb.*, 1995, 41, 42 e 56), la giurisprudenza è sempre stata tetragona nel negare l'ammissibilità di tale istituto, argomentando sulla base della asserita mancanza dei presupposti pratici funzionali all'applicabilità dell'istituto predetto, quali la comunicazione della sentenza parziale da parte della cancelleria e la fissazione di un'udienza successiva al deposito di detta sentenza, utile a segnare il termine finale per la formulazione della riserva, nonché dall'assenza di disposizioni di tenore analogo a quelle contenute negli artt. 340 e 361 c.p.c. (Cass., 6 aprile 2012, n. 5634, in *Riv. arb.*, 2014, 133, con nota di DEBERNARDI, *Sull'impugnazione del lodo dichiarativo della competenza arbitrale*; Cass., 3 febbraio 2006, n. 2444; Cass., 22 febbraio 2002, n. 2566, in *Riv. arb.*, 2002, 691, con nota di BOCCIOLETTI, *Note sul divieto d'impugnazione immediata del lodo parziale*; Cass., 28 agosto 1995, n. 9028 e Cass., Sez. Un., 9 giugno 1986, n. 3835, in *Foro it.*, 1986, I, 1525 con nota senza titolo di BARONE). Tale orientamento sembra destinato a permanere anche all'indomani della recente riforma, in occasione della quale il legislatore si è limitato a confermare il disposto dell'art. 827 c.p.c., inserendo anzi una previsione di tenore analogo nella disciplina del ricorso per cassazione; cfr. SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 855; PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2012, 503 e 504; ID., *Il processo civile. Sistema e problematiche*, III, 2° ed., Torino, 2010, 224; CONSOLO, *Le impugnazioni*, cit., 526; COMOGLIO, *Lodo parziale e lodo non definitivo dopo l'ultima riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 610 ss. e 615 e, sia pur dubitativamente, VERDE, *Lineamenti*, 187 e 188. Per l'applicazione dell'istituto della riserva d'impugnazione v. invece ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 667 ss.

¹⁷¹ Naturalmente, l'interrogativo di cui al testo presuppone che il lodo in questione sia esclusivamente dichiarativo, cioè sia un lodo con cui gli arbitri si limitino a pronunciare sull'eccezione d'incompetenza senza decidere, neppure parzialmente, il merito della lite; in caso contrario, infatti, la decisione avrebbe un contenuto "misto" e dovrebbe ritenersi immediatamente impugnabile; cfr. COMOGLIO, *op. cit.*, 614 e, in giurisprudenza, Cass., 19 agosto 2004, n. 16205, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2004, 265.

domanda (dunque a lodi attributivi di un bene della vita, produttivi di effetti giuridici nella sfera giuridica delle parti e idonei a essere portati in esecuzione nei confronti della parte soccombente¹⁷²), mentre quella di lodo non definitivo su questione dovrebbe essere attribuita alle pronunce con cui gli arbitri risolvano in senso non ostativo alla prosecuzione del giudizio una o più questioni pregiudiziali di rito o preliminari di merito, come tali astrattamente idonee a definire il giudizio (ossia a lodi la cui emanazione, pur non esaurendo il potere decisorio degli arbitri rispetto alla controversia, impedisce loro di “ripensare” quanto deciso¹⁷³)¹⁷⁴. Secondo tale orientamento, nella nozione di lodo parziale di merito ricadrebbero quindi le pronunce rese ai sensi degli artt. 277, 2° comma e 279, 2° comma, n. 5,

¹⁷² LUISO, *Le impugnazioni del lodo*, cit., 20; TARZIA, *Sub art. 19*, in *Legge 5 gennaio 1994, n. 25*, cit., 154; CALIFANO, *Il sistema d'impugnazione dei lodi*, cit., 41; ID., *Le vicende del lodo*, cit., 468; RASCIO, *La decisione*, in *Diritto dell'arbitrato*, a cura di Giovanni Verde, 3° ed., Torino, 2005, 401.

¹⁷³ Tali lodi sono infatti vincolanti nella prosecuzione del procedimento arbitrale, nel senso che con il lodo parziale o il lodo definitivo che vengano resi successivamente gli arbitri non potrebbero andare contro quanto statuito in precedenza; cfr. LUISO, *Le impugnazioni del lodo*, cit., 13; ID., *Intorno agli effetti dei lodi non definitivi o parzialmente definitivi* (nota a Arbitro Unico, Vercelli, 20 febbraio 1997), in *Riv. arb.*, 1998, 594; CAVALLINI, *Questioni preliminari di merito e lodo non definitivo nelle riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 1159 e, da ultimo, DALFINO, *Lodi non definitivi su questioni preliminari di merito*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 318. Inoltre, laddove essi non siano impugnati unitamente alla pronuncia definitiva (o laddove l'impugnazione venga rigettata), il giudice di questa (quand'anche pronunci la nullità del lodo definitivo per vizi suoi propri) non potrebbe compiere un nuovo esame delle questioni decise con la pronuncia non definitiva, la cui efficacia conformativa si estende anche all'eventuale fase rescissoria; cfr. RUFFINI, *La divisibilità*, cit., 443 e, più recentemente, ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 670.

¹⁷⁴ FAZZALARI, *Sub art. 827 c.p.c.*, in *La nuova disciplina*, cit., 194 e 195; PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2000, 72; LUISO, *Le impugnazioni del lodo*, cit., 18; CIPRIANI, *Sentenze non definitive e diritto di impugnare (a proposito dell'art. 827 c.p.c.)*, in *Riv. arb.*, 1999, 239; RUFFINI, *La divisibilità*, cit., 437; RASCIO, *op. cit.*, 402; CALIFANO, *Il sistema d'impugnazione dei lodi*, cit., 40; ID., *Le vicende del lodo: impugnazione e correzione*, cit., 468. Tale classificazione è stata confermata anche nel vigore dell'attuale disciplina, la quale, come anticipato poc'anzi, non ha inciso sulla formulazione dell'art. 827 c.p.c.; in tal senso v. PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2012, 387; MARINUCCI, *Note sul contrasto*, cit., 970; BOVE, *L'impugnazione*, cit., 21; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 659 e 662.

c.p.c.¹⁷⁵, mentre nella nozione di lodo non definitivo su questioni quelle riconducibili all'art. 279, 2° comma, n. 4, c.p.c.¹⁷⁶.

La seconda, invece, riconduce alla nozione di lodo parziale di merito non solo le pronunce rese ai sensi degli artt. 277, 2° comma e 279, 2° comma, n. 5, c.p.c. (ossia le decisioni su domande oggettivamente o soggettivamente connesse), ma anche le decisioni rese ai sensi dell'art. 279, 2° comma, n. 4, c.p.c., più precisamente quelle aventi ad oggetto «*questioni preliminari di merito*» di cui all'art. 279, 2° comma, n. 2, c.p.c. (cioè decisioni che, se rese in sede ordinaria, sarebbero sottoposte al regime delle pronunce non definitive), e finisce dunque per circoscrivere la categoria del lodo non definitivo su questioni alle sole decisioni sulle pregiudiziali di rito¹⁷⁷. Tale conclusione rappresenta il portato della formulazione dell'art. 827 c.p.c., che, nel riferirsi alle decisioni parziali di merito, sembrerebbe non consentire alcuna distinzione fra lodo su domanda e lodo su questione; essa è stata viene giustificata, in talune recenti pronunce, con il mancato riferimento da parte del legislatore del 1994 (ma anche di quello del 2006) alla nozione di non definitività¹⁷⁸.

Stante l'ampia – ancorché discussa¹⁷⁹ – nozione di lodo parziale di merito adottata dalla giurisprudenza di legittimità, è evidente che laddove l'eccezione

¹⁷⁵ E ciò indipendentemente dal provvedimento di liquidazione delle spese e di separazione del giudizio che gli arbitri emettano contestualmente alla decisione: nessuna distinzione sarebbe configurabile fra lodi parziali non definitivi e lodi parziali definitivi; cfr. PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2000, 73 e 74; MONTESANO, *Sui lodi parziali di merito*, cit., 249 e, dopo l'ultima riforma, BOVE, *L'impugnazione*, cit., 22; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 660 e 661. Ai fini dell'impugnazione, il lodo parziale di merito non divergerebbe, quindi, dal lodo con cui gli arbitri decidano una o più domande non connesse fra loro benché rientranti nella medesima convezione arbitrale, il quale è considerato come definitivo (Cass., 18 aprile 2000, n. 4992).

¹⁷⁶ PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2000, 74; LUISO, *Le impugnazioni del lodo*, cit., 18; CALIFANO, *Il sistema d'impugnazione dei lodi*, cit., 40 e 41; RASCIO, *op. cit.*

¹⁷⁷ Cass., 6 aprile 2012, n. 5634, cit.; Cass., 7 febbraio 2007, n. 2715, in *Riv. arb.*, 2007, 581, con nota di OCCHIPINTI, *La cassazione conferma i propri orientamenti in tema di impugnazione del lodo per nullità*, e Cass., 16 maggio 2000, n. 6522, in *Giur. it.*, 2001, 254, entrambe in tema di condanna generica ex art. 278 c.c. In dottrina, sia pur limitatamente alle eccezioni di merito in senso proprio, la tesi è sostenuta da MONTESANO, *Sui lodi parziali di merito*, cit., 250 e 253, da TARZIA, *Sub art. 19*, in *Legge 5 gennaio 1994*, n. 25, cit., 152 e da LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 1999, 140 e 141. Tale orientamento evidenzia, dunque, una sensibile differenza rispetto alla disciplina del processo ordinario, in cui il regime d'impugnazione della decisione prescinde dal suo contenuto; cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 656.

¹⁷⁸ Cass., 10 aprile 2014, n. 8457; Cass., 6 aprile 2012, n. 5634, cit.; Cass., 7 febbraio 2007, n. 2715, cit.

¹⁷⁹ Per una critica alla tesi giurisprudenziale v. gli autori citati alla nota 174. Qui è sufficiente ricordare che essa non presenta alcuna utilità, nel senso che (i) non risponde alla necessità di

d'incompetenza venga qualificata come eccezione di rito il relativo lodo dovrà essere considerato quale lodo non definitivo su questione e sarà ritenuto impugnabile solo unitamente al lodo definitivo, mentre laddove detta eccezione venga ricondotta al novero delle eccezioni sostanziali la decisione arbitrale sarà qualificata come lodo parziale di merito e sarà considerata immediatamente impugnabile¹⁸⁰.

Sulla questione si è recentemente e ripetutamente pronunciata la Corte di cassazione la quale, tuttavia, non è giunta a soluzioni univoche. In un caso i giudici di legittimità hanno affermato che il lodo con cui gli arbitri risolvano la questione di competenza in senso non ostativo alla prosecuzione del giudizio, in quanto pronuncia avente a oggetto una questione processuale, dovrebbe considerarsi alla stregua di un lodo non definitivo su questione e, come tale, dovrebbe ritenersi impugnabile solo unitamente al successivo lodo di merito¹⁸¹. In

salvaguardare la posizione della parte soccombente sulla questione preliminare dal momento che, contrariamente al caso del lodo su domanda, non vi è alcun rischio che la decisione venga messa in esecuzione (LUISO, *Le impugnazioni del lodo*, cit., 19; RASCIO, *op. cit.*), e (ii) paga un prezzo molto alto in termini di economia processuale posto che, stante l'inammissibilità della riserva d'impugnazione, ogni decisione su questione preliminare di merito deve essere impugnata immediatamente, a prescindere da una concreta soccombenza della parte che tale questione abbia sollevato (PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2000, 75; così pure RUFFINI, *La divisibilità*, cit., 437, nt. 21). Inoltre, secondo LUISO, *L'oggetto del processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1996, 677 e RUFFINI, *La divisibilità*, cit., 443, imponendo l'immediata impugnazione del lodo su questione preliminare di merito, si finisce però per costringere la Corte d'appello a « cimentarsi » su di una controversia che, proprio per la sua natura, in sede giurisdizionale non potrebbe essere dedotta in via autonoma.

¹⁸⁰ In alcuni ordinamenti stranieri, quali ad esempio quello belga e quello tedesco è invece prevista esplicitamente l'immediata impugnabilità del lodo reso sull'eccezione d'incompetenza; in argomento v. CONSOLO, *Raccordi o antifonie fra arbitrato e giudizio ordinario? Profili comparatistici e transnazionali*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, V, Milano, 2004, 3844.

¹⁸¹ Cfr. Cass., 26 marzo 2012, n. 4790, relativa a un caso in cui il collegio arbitrale aveva reso un primo lodo con cui si era dichiarato regolarmente costituito nonché competente a conoscere la controversia, al quale era seguita la decisione sul merito della lite ed entrambe le decisioni erano state impugunate congiuntamente dinanzi alla Corte d'appello. Va tuttavia precisato che, dall'esame della motivazione, non è chiaro se la conclusione cui pervengono i giudici di legittimità in questa pronuncia sia il frutto della natura processuale attribuita alla questione di competenza, piuttosto che di una rimediazione della nozione di lodo su questione e di lodo parziale (su cui ci siamo intrattenuti poc'anzi), anche se il richiamo alle categorie dell'ammissibilità e della procedibilità induce a privilegiare la prima lettura. Nello stesso senso App. Roma, 11 aprile 2013, in *Riv. arb.*, 2013, 963, con nota di MARINUCCI, *Note sul contrasto fra lodo non definitivo e lodo definitivo nel giudizio di impugnazione per nullità*. Da segnalare anche Cass., 19 agosto 2004, n. 16205, cit., che trae origine da una fattispecie nella quale gli arbitri avevano reso un lodo con cui avevano rigettato l'eccezione di nullità della clausola compromissoria e, al contempo, avevano pronunciato la risoluzione del contratto sul quale era sorta la controversia. Per la Corte di cassazione, tale decisione costituiva un lodo parziale di merito (in forza del capo risolutorio), come tale immediatamente impugnabile nella sua interezza – dunque, anche nella parte con cui gli arbitri avevano rigettato l'eccezione d'incompetenza – dal momento che non era possibile riservare l'impugnazione su tale capo ad un momento successivo. Nella propria motivazione la Corte ha però specificato che detto lodo non sarebbe stato suscettibile di impugnazione immediata laddove

altri casi la Corte di cassazione ha invece affermato che tale provvedimento, avendo a oggetto una questione preliminare di merito, dovrebbe considerarsi quale lodo parziale di merito e, come tale, dovrebbe ritenersi suscettibile di impugnazione immediata¹⁸².

Tutte le pronunce da ultimo citate riguardano fattispecie concrete ancora soggette al regime precedente alla riforma del 2006; le ultime due rappresentano, in particolare, il corollario dell'orientamento inaugurato dalla Corte con il noto *revirement* nel 2000, secondo il quale la questione inerente alla sussistenza della *potestas* arbitrale integrava una questione preliminare di merito¹⁸³. Esse non tengono dunque conto delle novità introdotte in occasione dell'ultimo intervento riformatore, ossia di tutte quelle disposizioni (sulle quali ci siamo già soffermati) dalle quali sembrerebbe emergere la volontà del legislatore di ricondurre la questione relativa alla sussistenza della *potestas* arbitrale fra le questioni processuali, segnatamente fra quelle di competenza; circostanza, questa, da cui non può che seguire il riconoscimento, in capo al lodo che tale questione decida, della qualifica di lodo non definitivo su questione e l'applicazione del regime

si fosse limitato a rigettare l'eccezione di nullità: in tal caso – ha osservato la Corte – esso non avrebbe inciso sul merito della lite. Sul punto, prima della novella del 1994, si segnala anche Cass., 9 agosto 1983, n. 5311, in *Rass. avv. Stato*, 1983, I, 702 ss., nella quale l'inammissibilità dell'impugnazione proposta nei confronti del lodo dichiarativo della competenza arbitrale era stata però argomentata sulla base del principio di indivisibilità del lodo. In dottrina TARZIA, *Sub art. 19*, in *Legge 5 gennaio 1994*, n. 25, cit., 155.

¹⁸² Cass., 10 aprile 2014, n. 8457, relativa a una vicenda in cui la *ratio* dell'immediata impugnabilità della decisione arbitrale sembrerebbe doversi ricercare nella natura parzialmente definitiva del lodo con cui gli arbitri avevano dichiarato una delle domande non suscettibile di compromesso; Cass., 6 aprile 2012, n. 5634, cit., relativa a una fattispecie analoga a quella decisa con la sentenza n. 4790 del 2012 sopra citata, in cui la Corte di cassazione, qualificando la decisione resa dagli arbitri come lodo parziale di merito, ha opinato nel senso della sua immediata impugnabilità; in senso conforme App. Milano, 9 giugno 1998, in *Riv. arb.*, 2000, con nota di DANOVI, *Lodi non definitivi e limiti soggettivi di efficacia del patto compromissorio*. Non sembra invece invocabile Cass., 19 luglio 1957, n. 2050, in *Giust. civ.*, 1957, I, 1460, con la quale i giudici di legittimità avevano ritenuto suscettibile di impugnazione immediata il lodo con cui gli arbitri si erano dichiarati competenti a conoscere della domanda proposta in via principale, disponendo la sospensione del procedimento a fronte di un'eccezione di nullità di un brevetto. Tale ultimo precedente risulta però emesso all'indomani della novella del 1950 (con cui il legislatore aveva superato il principio di concentrazione delle impugnazioni), in un momento in cui parte della dottrina e della giurisprudenza di merito avevano ritenuto che, di fronte l'intervento riformatore, anche in sede arbitrale dovesse valere la regola dell'impugnazione immediata del lodo parziale. Come noto, tale orientamento è stato poi sconfessato dalla Corte di cassazione nelle celebre sentenza n. 4020 del 12 luglio 1979, con cui la Corte, argomentando sulla base dell'inapplicabilità all'arbitrato degli artt. 340 e 361 c.p.c., confermò l'operatività per tale istituto del principio di concentrazione delle impugnazioni e, conseguentemente, opinò nel senso dell'inammissibilità dell'impugnazione immediata nei confronti dei lodi parziali; cfr. Cass., 12 luglio 1979, n. 4020, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 1707 e 1708, con nota di LEVONI, *La controversa impugnabilità della sentenza arbitrale non definitiva*, e in *Foro it.*, 1979, I, 712, con nota senza titolo di BARONE.

¹⁸³ Cass., 21 novembre 2006, n. 24681; Cass., 28 luglio 2004, n. 14234.

impugnatorio proprio di tale provvedimento. Nell'attuale contesto normativo sembrerebbe dunque doversi affermare che il lodo dichiarativo della competenza arbitrale non possa essere impugnato se non unitamente al lodo definitivo o all'eventuale successivo lodo parziale¹⁸⁴.

Su questa (prima) conclusione arrestiamo il discorso, riservandoci di completarlo più avanti, allorché affronteremo il tema dell'efficacia della pronuncia sul patto compromissoria.

Quanto al regime della sentenza resa in sede d'impugnazione del lodo, è evidente che laddove tale pronuncia sia ritenuta aggredibile con regolamento di competenza, non vi saranno alternative all'impugnazione immediata della decisione. Laddove, invece, essa fosse considerata impugnabile con il ricorso ordinario per cassazione, dovrebbe trovare applicazione l'art. 361 c.p.c.¹⁸⁵, come novellato in occasione dell'intervento riformatore del 2006. Qualificando la decisione resa dalla Corte d'appello come una decisione parziale di merito (dove il merito, in questo caso, è costituito dalla validità del lodo), essa, in quanto pronuncia che decide una o più domande senza definire l'intero giudizio, dovrebbe ritenersi immediatamente ricorribile per cassazione, ma alla parte soccombente dovrebbe essere consentito di formulare riserva d'impugnazione entro il termine per la proposizione del ricorso e comunque non oltre la prima udienza successiva alla comunicazione della sentenza¹⁸⁶.

¹⁸⁴ IZZO, *La convenzione*, cit., 228; MARINUCCI, *Note sul contrasto fra lodo non definitivo e lodo definitivo nel giudizio di impugnazione per nullità*, in *Riv. arb.*, 2013, 967; AA.VV., *Arbitrato*, cit., 191; BOVE, *Ricadute sulla disciplina*, cit., 90.

¹⁸⁵ In tal senso già RUFFINI, *Sub art. 830 c.p.c.*, in *Codice di procedura civile*, cit., 3561.

¹⁸⁶ RUFFINI, BOCCAGNA, *Sub art. 830 c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, cit., 354; in giurisprudenza Cass., 16 febbraio 1993, n. 1935.

CAPITOLO IV: LA *TRANSLATIO IUDICII* NEI RAPPORTI FRA ARBITRI E GIUDICI

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Gli effetti della domanda d'arbitrato – 3. L'applicabilità della *translatio iudicii* ai rapporti fra arbitrato e processo ordinario prima della riforma – 4. La riforma del 2006: il legislatore esclude l'applicazione dell'art. 50 c.p.c. – 5. L'intervento della Consulta – 6. Le questioni lasciate aperte dalla sentenza della Corte costituzionale: *translatio iudicii* o riproposizione della domanda? – 7. L'inapplicabilità dell'art. 38, 2° comma, c.p.c.

1. Premessa

Dopo esserci soffermati sul regime impugnatorio del provvedimento con cui gli arbitri e il giudice ordinario pronunciano sull'eccezione d'incompetenza, occorre interrogarsi sugli effetti del provvedimento. Nel presente capitolo verificheremo se, in che termini, laddove detto provvedimento abbia un contenuto declinatorio, il giudizio possa proseguire dinanzi all'organo, arbitrale o giurisdizionale, indicato come titolare della *potestas iudicandi* con salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda. Nel capitolo successivo ci occuperemo dell'efficacia di tale decisione

2. Gli effetti della domanda d'arbitrato

All'avvio del procedimento arbitrale consegue, analogamente a quanto accade con l'introduzione del giudizio, la produzione di una serie di effetti che perdurano fino a che la lite non sia definita con sentenza passata in giudicato. Fra gli effetti processuali, cioè gli effetti che ineriscono a ogni domanda giudiziale in quanto atto introduttivo del rapporto giuridico processuale, si annoverano la successione a titolo particolare nella *res in iudicium deducta* di cui all'art. 111 c.p.c. (richiamato esplicitamente dall'art. 816 *quinques* c.p.c.) e la *perpetuatio iurisdictionis* di cui all'art. 5 c.p.c.; come vedremo più avanti, nei rapporti fra arbitri e giudici non opera invece l'istituto della litispendenza di cui all'art. 39 c.p.c. Fra gli effetti sostanziali, cioè gli effetti che riguardano il diritto sostanziale

dedotto in giudizio e rispondono al principio per il quale la durata del processo non può andare a detrimento della parte che ha ragione, rientrano, senza pretesa di completezza, l'effetto interruttivo istantaneo della prescrizione sancito dall'art. 2943 c.c., l'effetto interruttivo permanente regolato dall'art. 2945 c.c., l'effetto impeditivo della decadenza di cui all'art. 2966 c.c., la possibilità di giovare dell'effetto prenotativo della trascrizione ai sensi degli artt. 2652 e 2653 c.c., l'obbligo per il possessore di un bene di corrispondere al rivendicante i frutti percepiti in corso di causa, indipendentemente dal suo stato soggettivo *ex art.* 1148 c.c., la produzione di interessi sugli interessi scaduti prevista dall'art. 1283 c.c.

Tali effetti si producono in seguito alla notifica della domanda di arbitrato, che costituisce l'atto introduttivo del procedimento (i cui requisiti di forma-contenuto sono stati individuati dal legislatore con la novella del 1994¹), a partire

¹ Sul punto v. ACONE, *Arbitrato e translatio iudicii: un parere eretico*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 1 ss.; SALVANESCHI, *La domanda d'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 645 ss.; MARENGO, *Sub art. 25*, in *La riforma dell'arbitrato*, a cura di Antonio Briguglio, Elio Fazzalari e Roberto Marengo, Milano, 1994, 124 ss.). Per una panoramica sulla situazione antecedente alla riforma (nel quale non era disciplinato un atto di accesso al procedimento arbitrale il cui contenuto rispecchiasse quello della domanda giudiziale, ma vi erano solo alcune disposizioni sparse qua e là nel codice), v. MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino, 2008, 54 ss.; BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in *Arbitrato. Commento al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile (artt. 806 – 840)*, a cura di Federico Carpi, 2° ed., Bologna, 2007, 304 ss. e MURONI, *La litispendenza arbitrale prima e dopo la novella del 1994: rapporto processuale e rapporto negoziale parti-arbitri* (nota a Cass., 21 luglio 2004, n. 13516), in *Corr. giur.*, 2005, 659. In tale contesto, nel caso in cui l'arbitrato traesse origine da un compromesso contenente la nomina degli arbitri, la produzione degli effetti sostanziali della domanda veniva fatta coincidere con la conclusione del compromesso medesimo (considerato quale atto dispositivo del diritto controverso); cfr. COLESANTI, *Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 255. In caso di clausola compromissoria, la produzione di tali effetti veniva invece ricondotta all'atto con cui una parte comunicava la propria volontà di dare avvio al procedimento arbitrale. Ai fini dell'interruzione della prescrizione, tali atti erano però assimilati alla semplice messa in mora; il che restringeva la possibilità di interrompere la prescrizione ai soli rapporti obbligatori e precludeva altresì la produzione dell'effetto interruttivo permanente (SALVANESCHI, *La domanda*, cit., 657 ss.; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2° ed., Torino, 1994, 53), con la conseguenza che un risultato analogo a quello garantito dalla previsione di cui all'art. 2945 c.c. avrebbe potuto essere conseguito solo riconoscendo a quegli atti interni al procedimento arbitrale che contenessero un'affermazione o un riconoscimento del diritto controverso il medesimo effetto interruttivo attribuito all'atto di avvio del procedimento (PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, I, 2000, 526). In senso contrario, per la produzione dell'effetto interruttivo permanente v. però ANDRIOLI, *Arbitrato rituale ed effetti sostanziali della domanda giudiziale* (nota a Cass., 22 febbraio 1964, n. 384), in *Riv. dir. proc.*, 1964, 481; NICOTINA, *Arbitrato e giurisdizione*, Milano, 1990, 130 ss. In ogni caso, quand'anche si fosse acceduto a tale opinione, rimaneva dubbio se, ai fini della produzione di tale effetto, fosse sufficiente la sola domanda d'arbitrato o fosse necessaria anche la costituzione dell'organo giudicante, incumbente che, in quel contesto, determinava la pendenza del procedimento arbitrale; cfr. CARNACINI, voce «Arbitrato rituale», in *Noviss. Dig. It.*, I, Torino, 1957, 881 e, in giurisprudenza, Cass., 20 febbraio 1999, n. 1452. Sul punto BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in *Arbitrato. Commento al titolo VIII del libro IV del codice di procedura*

dal quale esso si considera pendente², e permangono fino al passaggio in giudicato del lodo o della sentenza che decide sulla sua impugnazione³.

Ora, nel regolare gli effetti sostanziali della domanda (giudiziale o arbitrale), il legislatore solitamente non stabilisce a quale esito del processo sia condizionata la loro permanenza⁴. Essi, ovviamente, divengono definitivi quando il processo si concluda con una pronuncia di accoglimento della domanda e vengono meno quando la pronuncia sia di rigetto nel merito. Laddove, invece, il processo (quello arbitrale⁵) si chiuda con una pronuncia di rito, gli effetti sostanziali vengono meno in tutte quelle ipotesi in cui la legge condizioni la loro produzione al riconoscimento del diritto sostanziale azionato in giudizio; in caso contrario, tali effetti, almeno secondo l'orientamento dominante, sono destinati a

civile (artt. 806 – 840), a cura di Federico Carpi, Bologna, 2001, 224). Era inoltre esclusa la possibilità di trascrivere la domanda di arbitrato (cfr. MONTESANO, *La tutela*, cit., 53; in senso contrario, sia pur dubitativamente, NICOTINA, *Arbitrato rituale e giurisdizione*, cit.). Come si è sopra anticipato l'attuale disciplina della domanda di arbitrato si deve alla legge n. 25 del 1994. In quella occasione il legislatore prevede la trascrivibilità dell'atto introduttivo del giudizio arbitrale ai sensi degli artt. 2652, 2653, 2690 e 2691 c.c., ricollegò alla sua notifica la produzione dell'effetto interruttivo della prescrizione di cui all'art. 2943 c.c., prevede, all'art. 2945 c.c., che il termine di prescrizione rimanesse sospeso da tale momento fino a che il lodo non fosse stato più impugnabile o non fosse passata in giudicato la sentenza resa sull'impugnazione, infine individuò nella notifica della domanda d'arbitrato l'incombente da compiersi onde evitare l'inefficacia del provvedimento cautelare ai sensi degli artt. 669 *octies* e 669 *novies* c.p.c. Per effetto di tali modifiche normative, la domanda d'arbitrato venne dunque parificata alla domanda giudiziale; con la conseguenza che, non essendo più considerata quale semplice atto di messa in mora, essa avrebbe rilevato anche ai fini dell'effetto interruttivo dell'usucapione e dell'attuazione dei diritti potestativi (MURONI, *La litispendenza arbitrale*, cit., 661).

² Cass., 21 luglio 2004, n. 13516, in *Corr. giur.*, 2005, 651, con nota di MURONI, *La litispendenza arbitrale prima e dopo la novella del 1994: rapporto processuale e rapporto negoziale parti-arbitri*; Cass., 28 maggio 2003, n. 8532; Cass., 8 aprile 2003, n. 5457. Le modifiche introdotte in occasione della novella del 1994 hanno infatti determinato il definitivo superamento dell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale non avrebbe potuto aversi pendenza del procedimento prima della costituzione del collegio giudicante; cfr. COLESANTI, *Arbitrato non attivato e «interruzione permanente» della prescrizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 827; SALVANESCHI, *La domanda*, cit., 667; BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in *Arbitrato*, cit., 2001, 227. Va tuttavia dato conto che, con riferimento all'ipotesi in cui l'arbitrato tragga origine da un compromesso contenente la nomina degli arbitri e l'individuazione della controversia, taluni continuano a opinare nel senso che gli effetti sostanziali della domanda si produrrebbero per effetto della conclusione del suddetto accordo, senza che a tal fine fosse necessaria la notifica di uno specifico e successivo atto; cfr. ORIANI, *Arbitrato rituale e prescrizione*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 583; BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 322; GIACOBBE, D'ALESSANDRO, *L'arbitrato*, Milano, 1999, 101; SALVANESCHI, *La domanda*, cit., 660.

³ L'impugnazione cui fanno riferimento le norme sopra richiamate nel testo è l'impugnazione per nullità, l'unica esperibile entro termini definibili *a priori* e rispetto alla quale si può dire con certezza che il lodo non sia più impugnabile; cfr. BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in *Arbitrato*, cit., 2001, 331 ss.

⁴ LUISSO, *Effetti sostanziali della domanda e conclusione del processo con una pronuncia di rito*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 4.

⁵ MARENCO, *Sub art. 25*, in *La riforma dell'arbitrato*, cit., 128.

permanere⁶. Il presupposto della produzione degli effetti sostanziali è in ogni caso costituito dall'effettivo svolgimento del processo; per cui, laddove il processo si estingua, essi vengono irrimediabilmente meno.

Ciò premesso, il difetto di un presupposto processuale non emendabile conduce inevitabilmente alla chiusura in rito del processo. Qualora, invece, il vizio sia suscettibile di sanatoria, il principio (di matrice chiovendiana) per il quale il processo deve tendere a una decisione sul merito impone al giudice di adottare i provvedimenti opportuni per consentire tale sanatoria⁷ e solo in caso di inerzia delle parti egli può chiudere il processo con una pronuncia di rito o con la declaratoria di estinzione⁸.

Nell'ambito del processo ordinario, qualora il vizio si sostanzi in un difetto di competenza, la salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda giudiziale è garantita dall'istituto della *translatio iudicii* di cui all'art. 50 c.p.c., che trova il proprio fondamento nel principio di unitarietà della giurisdizione ordinaria⁹. La norma prevede che in seguito alla declaratoria d'incompetenza (o alla pronuncia sulla competenza resa dalla Corte di cassazione) il processo debba essere riassunto dinanzi al giudice competente entro il termine fissato nel provvedimento (fino al 2009 una sentenza, oggi un'ordinanza) o, in mancanza, entro tre mesi dalla sua comunicazione (fino al 2009, il termine era semestrale), pena l'estinzione del giudizio. Per effetto di tale previsione, la competenza viene a

⁶ Cass., 23 ottobre 2007, n. 22238; Cass., 5 novembre 1985, n. 5353; Cass., 21 novembre 1981, n. 6227; in dottrina ORIANI, *Arbitrato rituale*, cit., 584; MURONI, *La pendenza*, cit., 22 ss.; MARENGO, Sub art. 25, in *La riforma dell'arbitrato*, cit., 127. Critico rispetto a tale orientamento LUISSO, *Effetti sostanziali della domanda*, cit., 5.

⁷ ACONE, *Arbitrato e competenza*, in *Riv. arb.*, 1996, 250. Come rileva LUISSO, *Effetti sostanziali della domanda*, cit., 7 e 8, la possibilità di riconoscere a tale sanatoria un'efficacia retroattiva dipende da una valutazione di opportunità rimessa interamente al legislatore, il quale, negli ultimi interventi riformatori, si è orientato verso l'ampliamento delle ipotesi di sanatoria retroattiva.

⁸ LUISSO, *Effetti sostanziali della domanda*, cit., 6 e 7.

⁹ Questa locuzione esprime l'idea che la giurisdizione ordinaria (ma oggi potremmo dire la giurisdizione nel suo complesso), pur esercitata da una molteplicità di giudici individuati secondo i tradizionali criteri di competenza (che della giurisdizione rappresenta solo la misura, ossia la porzione concretamente attribuita al singolo giudice) sia sostanzialmente un *unicum*, nel senso che essa, pur concretamente esercitata da diversi organi, è sempre la medesima e i predetti organi non sono estranei gli uni agli altri, con la conseguenza che l'invocazione di un giudice (anche se incompetente) vale come invocazione dell'autorità giudiziaria cui esso appartiene; cfr. ATTARDI, *Sulla traslazione del processo dal giudice incompetente a quello competente*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, 149. Sul punto BOCCAGNA, *L'impugnazione del lodo per nullità*, I, Napoli, 2005, 283; SAMMARCO, *Trasmigrazione del processo dall'arbitro al giudice ordinario* (nota a Cass., 27 maggio 1961, n. 1261), in *Giust. civ.*, 1961, I, 1837; SCHIZZEROTTO, «*Translatio iudicii*» e *giudizio arbitrale*, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 2040; ID., *Dell'arbitrato*, 3° ed., Milano, 1988, 236 e 245.

porsi, nell'attuale codice di rito, quale requisito di validità degli atti processuali, segnatamente della sentenza, essendo necessario che essa sussista non tanto al momento della instaurazione del giudizio, quanto al momento in cui venga resa la decisione finale¹⁰. Per cui, ad esempio, laddove venga adito un giudice incompetente, l'effetto interruttivo istantaneo della prescrizione si produrrà comunque per effetto della notifica della domanda giudiziale, mentre l'effetto interruttivo permanente si manterrà solo in caso di tempestiva riassunzione del giudizio dinanzi al giudice competente, con la conseguenza che in caso di estinzione del giudizio, un nuovo termine prescrizionale dovrà essere computato a partire dalla notifica della domanda giudiziale secondo quanto previsto dagli artt. 2943, 3° comma e 2945, 3° comma, c.c.¹¹. O, ancora, l'effetto impeditivo della decadenza, che si produce solo nella misura in cui il giudizio pervenga ad una decisione di merito¹², potrà mantenersi solo allorché il giudizio venga tempestivamente riassunto dinanzi al giudice competente; in caso contrario, cioè laddove il giudizio si estingua, la decadenza non si considererà impedita e la parte perderà definitivamente la possibilità di agire a tutela del proprio diritto¹³.

La peculiarità dell'istituto in parola è data dal fatto che, oltre a garantire la salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda, esso consente, in ragione della struttura unitaria che connota il processo civile, che il giudizio, se tempestivamente riassunto, prosegua nel medesimo stato in cui si trovava al

¹⁰ CAPPONI, *Modestino Acone, la competenza e l'arbitrato*, in *Il giusto processo civile*, 2009, 397; ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 249 e 250; LEVONI, voce «Competenza nel diritto processuale civile», in *Digesto Civ.*, III, Torino, 1988, 105; ATTARDI, *op. cit.* I, 160. Ciò contrariamente al codice del 1865, nel quale la competenza rappresentava una condizione di ammissibilità della domanda, la cui mancanza conduceva alla reiezione della stessa.

¹¹ Come ricorda MURONI, *La pendenza*, cit., 23, la produzione dell'effetto interruttivo istantaneo della prescrizione è riconducibile alla domanda in quanto tale, quale atto con cui si afferma in giudizio l'esistenza del diritto sostanziale (e non già quale atto di costituzione in mora) e non interagisce con la litispendenza.

¹² LUISO, *Effetti sostanziali della domanda*, cit., 6.

¹³ Cass., 27 maggio 1961, n. 1261, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, 883, con nota senza titolo di COLESANTI, e in *Giust. civ.*, 1961, I, 1836, con nota di SAMMARCO, *Trasmigrazione del processo dall'arbitro al giudice ordinario*. Sull'inapplicabilità all'istituto della decadenza delle norme sulla prescrizione e sull'inidoneità della domanda giudiziale a impedire la decadenza in caso di estinzione del giudizio v., da ultimo, Cass., 18 gennaio 2007, n. 1090. Sulla necessità di rivedere tale orientamento v. FRASCA, *Corte cost. n. 223 del 2013 e art. 819 ter c.p.c.: una dichiarazione di incostituzionalità veramente necessaria?* (nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223), in *Foro it.*, 2013, I, 2702 e 2704.

momento della declaratoria d'incompetenza, con salvezza dell'attività istruttoria eventualmente compiuta in precedenza¹⁴.

All'art. 50 c.p.c. si affiancano gli artt. 44 e 45 c.p.c. che disciplinano l'efficacia della pronuncia declinatoria e rendono materialmente possibile la prosecuzione del processo dinanzi al giudice competente¹⁵. Ai sensi dell'art. 44 c.p.c., la sentenza (oggi l'ordinanza) con cui il giudice si spoglia della controversia in favore di altro giudice, ove non impugnata con regolamento di competenza, rende incontestabile la competenza del giudice *ad quem*, a condizione che il giudizio sia riassunto tempestivamente davanti a quest'ultimo. Ciò significa che, in caso di tempestiva riassunzione e salvo il disposto dell'art. 45 c.p.c., il secondo giudice non potrà a sua volta spogliarsi della controversia, ritenendo che essa sia di competenza del giudice *a quo* o di un terzo ufficio¹⁶. Qualora, invece, il giudizio si estingua, la statuizione sulla competenza perderà ogni efficacia, secondo quanto disposto dall'art. 310 c.p.c., e il giudice davanti al quale la causa fosse riproposta sarebbe libero di riesaminare *ex novo* la questione¹⁷. L'art. 45 c.p.c. disciplina invece il c.d. conflitto di competenza e prevede che il giudice dinanzi al quale sia riassunta la causa, il quale si ritenga a sua volta incompetente sotto il profilo della materia o del territorio nelle ipotesi di cui all'art. 28 c.p.c. (ritenendo competente il giudice *a quo* o anche un terzo giudice, per lo stesso titolo di competenza o per un titolo diverso), non possa rendere una pronuncia declinatoria, ma debba sollevare d'ufficio il regolamento di competenza, al fine di provocare la decisione della Corte di cassazione¹⁸.

¹⁴ Cass., 27 maggio 1961, n. 1261, cit.

¹⁵ ACONE, *Arbitrato e translatio iudicii*, cit., 14

¹⁶ Cass., 27 febbraio 2012, n. 2973. L'art. 44 c.p.c. contiene, dunque, una disposizione lesiva del principio della *Kompetenz-Kompetenz*, introdotto nel codice del 1940, che risponde all'idea che scopo del processo sia quello di stabilire la ragione e il torto e non quello di individuare il giudice competente; sul punto SANTULLI-ACONE, voce «Competenza: diritto processuale civile», in *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma, 1988, 15.

¹⁷ MENCHINI, *Il controllo e la tutela della convenzione arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2013, 393; Cass., 14 novembre 2003, n. 17248. In tal caso, infatti, le parti saranno libere di sottoporre la causa vuoi al giudice dichiaratosi incompetente, vuoi a quello indicato come competente nel precedente giudizio, vuoi ad altro e diverso giudice, senza che le statuizioni rese nel procedimento estintosi possano esplicare alcuna efficacia.

¹⁸ Cfr. LEVONI, voce «Regolamento di competenza», in *Digesto Civ.*, XVI, Torino, 1997, 492; ACONE, voce «Regolamento di competenza: diritto processuale civile», in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1995, 9.

3. L'applicabilità della *translatio iudicii* ai rapporti fra arbitrato e processo ordinario prima della riforma

Quid nei rapporti fra arbitro e giudice?

All'indomani dell'entrata in vigore dell'attuale codice di rito la qualificazione dell'*exceptio compromissi* in termini di eccezione d'incompetenza aveva portato una parte della dottrina a postulare l'applicazione dell'art. 50 c.p.c. (e delle norme contigue) e a ritenere, pertanto, che laddove in sede arbitrale o in sede giurisdizionale fosse stata resa una pronuncia declinatoria, il processo potesse proseguire dinanzi all'organo individuato come competente in modo non dissimile da quanto accadeva nell'ambito della giurisdizione ordinaria¹⁹.

Tale orientamento trovò un'apparente conferma nella novella del 1994. L'assimilazione della domanda d'arbitrato alla domanda giudiziale compiuta dal legislatore in tale occasione aveva indotto, infatti, la maggioranza della dottrina a ritenere che l'intervento riformatore avesse definitivamente sancito l'ingresso nel nostro ordinamento della litispendenza arbitrale, cui si sarebbe accompagnata l'applicazione degli istituti di cui agli artt. 5 e 39 c.p.c., nonché l'applicazione della *translatio iudicii*²⁰; senza considerare che, prevedendo che gli effetti della domanda si mantenessero fino al passaggio in giudicato della sentenza resa in sede d'impugnazione del lodo, il legislatore del 1994 aveva di fatto ammesso una sottospecie di trasmigrazione del giudizio dalla sede arbitrale a quella ordinaria²¹.

Di opinione diversa era tuttavia la quasi totalità della giurisprudenza, la quale, pur riconducendo i rapporti fra arbitrato e processo alla categoria della competenza, riteneva che nell'ambito di tali rapporti l'istituto in parola non potesse trovare applicazione²².

¹⁹ ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, 3° ed., Napoli, 1964, 845; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 236 ss.; SCHIZZEROTTO, «*Translatio iudicii*», cit., 2040; SAMMARCO, *op. cit.*, 1842; in tal senso anche Coll. Arb., Ferrara, 21 aprile 1989, in *Riv. arb.*, 1992, 745, con nota adesiva di BUONCRISTIANI, *Efficacia nel procedimento arbitrale della sentenza del giudice ordinario declinatoria della competenza a favore del collegio arbitrale*.

²⁰ ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 255. In senso contrario v. DANOVÌ, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999, 229, secondo il quale l'equiparazione del giudizio arbitrale al processo che si svolgeva dinanzi al giudice togato non sarebbe stata di per sé sufficiente a giustificare l'applicazione dell'istituto in parola, posto che, all'epoca, detto istituto non sarebbe stato applicabile nemmeno nei rapporti fra diversi ordini di giurisdizione.

²¹ VERDE, *Ancora sulla pendenza del procedimento arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2009, 221.

²² Cass., 12 agosto 1997, n. 7521, in *Riv. arb.*, 1998, 493, con nota di D'ALESSANDRO, *Ancora una volta la Suprema corte nega la translatio iudicii nei rapporti tra giudice e arbitro*; Cass., 23 gennaio 1990, in 354, in *Riv. arb.*, 1991, 79 con nota di MIRABELLI, *Regolamento o ricorso nell'impugnazione per incompetenza dell'arbitro*; Cass., 24 giugno 1967, n. 1570, in *Foro it.*,

A suffragio di tale posizione veniva dedotta l'eterogeneità fra il procedimento arbitrale e quello ordinario, che, rendendo impossibile la configurazione di un rapporto giuridico processuale unitario, avrebbe impedito la prosecuzione del giudizio dinanzi all'organo munito di competenza²³.

Con specifico riferimento all'ipotesi alla declinatoria resa in sede ordinaria, l'esclusione della *translatio iudicii* veniva argomentata anche sulla base della convinzione che la locuzione «*giudice dichiarato competente*» di cui all'art. 50 c.p.c. indicasse solo la categoria dei soggetti appartenenti all'ordinamento giudiziario, alla quale non potevano certo essere ricondotti gli arbitri²⁴, nonché in ragione dell'assenza dell'organo (arbitrale) dinanzi al quale riassumere il giudizio²⁵.

Infine, l'esclusione della *translatio iudicii* veniva motivata con il rilievo che la declinatoria di competenza non fosse in grado di esplicare effetti al di fuori del processo in cui fosse stata resa e che, pertanto, essa non fosse in grado di vincolare chi, giudice o arbitro, fosse stato indicato come competente a conoscere della controversia (in particolare, ripugnava l'idea che, con il proprio lodo, gli arbitri potessero incidere sul potere dei giudici di valutare autonomamente la propria competenza²⁶); all'esclusione dell'art. 50 c.p.c. si accompagnava, infatti,

1967, I, 2082; Cass., 7 febbraio 1962, n. 241, in *Giust. civ.*, 1962, I, 202; Cass., 27 maggio 1961, n. 1261, cit. Come ricorda PUNZI, *Disegno*, cit., I, 2000, 123 ss., in tale contesto l'unico precedente di segno contrario era costituito da Cass., 28 giugno 1975, n. 2565, in *Foro it.*, 1976, I, 94, in motivazione, con nota senza titolo di BARONE, e in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 2043, con nota di SCHIZZEROTTO, «*Translatio iudicii*» e *giudizio arbitrale*, la quale, con riferimento alle controversie in materia di contratti pubblici, aveva affermato che il termine decadenziale previsto dall'art. 47 del D.P.R. n. 1063 del 1962 per l'introduzione del giudizio dinanzi agli arbitri o al giudice ordinario dovesse ritenersi rispettato anche laddove, nel giudizio arbitrale o nel successivo giudizio d'impugnazione del lodo, si fosse riconosciuta l'incompetenza degli arbitri (incompetenza che, nel caso di specie, era dovuta alla declinatoria formalizzata da una delle parti), a condizione che la parte interessata avesse riassunto tempestivamente il giudizio davanti all'autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 50 c.p.c.

²³ Cass., 27 maggio 1961, n. 1261, cit.

²⁴ Cass., 24 giugno 1967, n. 1570, cit. In dottrina DE SANTIS, *In tema di rapporti tra giudice ordinario e arbitri* (nota a Cass., 8 febbraio 1999, n. 1079), in *Foro it.*, I, 2313; BONGIORNO, *Sulla «eccezione d'incompetenza nel processo arbitrale»*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 142

²⁵ DE SANTIS, *op. cit.*, 2313; BONGIORNO, *op. cit.*, 142.

²⁶ Cass., 27 maggio 1961, n. 1261, cit. In argomento v. DANOVÌ, *La pregiudizialità*, cit., 232 e BUONCRISTIANI, *Efficacia nel procedimento arbitrale della sentenza del giudice ordinario declinatoria della competenza a favore del collegio arbitrale* (nota a Coll. Arb., Ferrara, 21 aprile 1989), in *Riv. arb.*, 1992, 750. Con particolare riferimento alla declinatoria pronunciata dagli arbitri, si riteneva addirittura che essa, risolvendosi in una negazione da parte degli arbitri della propria qualità di giudici, determinasse l'inesistenza di qualsivoglia attività processuale e dunque l'inesistenza di una decisione omologabile ai sensi dell'art. 825 c.p.c.; cfr. Cass., 27 maggio 1961, n. 1261, cit. In senso conforme VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Napoli, 1971, 546, per il quale la declinatoria sarebbe stata assimilabile ad una rinuncia al mandato.

l'inapplicabilità degli artt. 44 e 45 c.p.c. che nel processo ordinario regolano l'efficacia della pronuncia d'incompetenza²⁷.

Per cui, laddove la pronuncia declinatoria fosse stata resa in sede arbitrale e le parti avessero instaurato un nuovo giudizio dinanzi all'autorità giudiziaria, quest'ultima avrebbe potuto esaminare la propria competenza senza essere vincolata alla decisione resa dagli arbitri; analogamente, nell'ipotesi in cui la declinatoria fosse stata resa in sede ordinaria e il nuovo giudizio fosse stato incardinato dinanzi agli arbitri, questi non avrebbero dovuto attenersi alla declinatoria emessa dal giudice²⁸. Né una maggiore efficacia veniva riconosciuta alla decisione resa dalla Corte d'appello in sede d'impugnazione del lodo o alla Corte di cassazione, adita in sede di regolamento di competenza: in numerose occasioni i giudici di legittimità avevano infatti affermato che le loro statuizioni in ordine alla sussistenza di un valido patto compromissorio non sarebbero state vincolanti per gli arbitri successivamente investiti della questione, i quali avrebbero potuto a loro volta dichiararsi incompetenti²⁹.

A fondamento di tale posizione, veniva posta un'interpretazione rigorosa (o per meglio dire, assolutista) del principio della *Kompetenz-Kompetenz*, in forza del quale il giudice e l'arbitro sarebbero rimasti sempre e comunque liberi di valutare, in piena autonomia, la propria competenza³⁰. In un simile contesto, le parti sarebbero quindi rimaste esposte al pericolo che fra arbitri e giudice ordinario si verificasse un conflitto negativo di competenza³¹.

Aderendo ad una simile impostazione si sarebbe dovuto concludere che, di fronte alla declinatoria arbitrale, le parti avrebbero potuto andare alla ricerca di nuovi arbitri disposti a giudicare nel merito; cfr. VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 533 e 534, e, criticamente, BOVE, *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.*, 1999, 421.

²⁷ VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 626.

²⁸ App. Roma, 9 marzo 1992, n. 677, in *Riv. arb.*, 1992, 706, con nota di MARENGO, *Inammissibilità del regolamento di competenza avverso il lodo rituale*.

²⁹ Cass., 7 aprile 1997, n. 3001, in *Riv. arb.*, 1997, 517, con nota di LUISO, *Ancora sui rapporti tra arbitri e giudice*; in *Giust. civ.*, 1997, II, 2451, con nota di GIACOBBE, *Questioni di litispendenza tra giudizio ordinario e giudizio arbitrale*; Cass., 8 luglio 1996, n. 6205, in *Corr. giur.*, 1996, 1007, con nota di CARBONE, *I ripensamenti sulla potestas judicandi degli arbitri nel corso del procedimento arbitrale*; con nota di VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale a giudicare della propria competenza*; in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 623, con nota senza titolo di RAMPAZZI; Cass., 18 dicembre 1973, n. 3433, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1110; App. Roma, 9 marzo 1992, n. 677, cit.

³⁰ SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1971, 279.

³¹ BOVE, *Rapporti tra arbitro*, cit., 420; CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario (evoluzioni e problemi irrisolti)*, in *Riv. arb.*, 1998, 675.

Superfluo aggiungere che, all'indomani del *revirement* giurisprudenziale del 2000, l'orientamento sopra descritto trovò un ulteriore elemento di supporto nell'attribuzione all'istituto arbitrale di un carattere squisitamente negoziale e nel definitivo abbandono del modello secondo il quale i rapporti fra arbitri e giudici erano ricondotti alla categoria della competenza³².

Dall'esclusione della *translatio iudicii* dall'ambito dei rapporti fra arbitrato e processo ordinario derivava che, laddove nel processo ordinario (in ogni suo grado), in quello arbitrale o in quello d'impugnazione del lodo si fosse giunti a una declaratoria d'incompetenza, il giudizio sarebbe stato inevitabilmente condannato all'estinzione con conseguente perdita di tutti gli effetti sostanziali e processuali prodottisi in seguito alla notifica dell'atto introduttivo del giudizio. Pertanto, per effetto della pronuncia di contenuto declinatorio, sarebbero venuti meno gli effetti prenotativi conseguenti alla trascrizione della domanda giudiziale (e dopo la riforma del 1994 anche della domanda d'arbitrato), quest'ultima avrebbe dovuto essere cancellata (per effetto dell'estinzione³³) e sarebbero divenuti inefficaci le misure cautelari concesse *ante causam*.

In definitiva, le parti sarebbero rimaste esposte al rischio, tutt'altro che remoto, di vedere definitivamente compromessa la possibilità di agire a tutela dei propri diritti in ragione del maturare di una prescrizione occulta³⁴ o del verificarsi

³² La collocazione dell'esperienza arbitrale al di fuori della giurisdizione (anzi la sua connotazione in termini di rinuncia alla tutela giurisdizionale) escludeva *in nuce* qualsiasi possibilità di trasmigrazione della controversia da una sede all'altra. Sul punto Cass., Sez. Un., 6 luglio 2005, n. 14205 e, in dottrina, RUFFINI, *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione?* (nota a Cass., 3 agosto 2000, n. 527), in *Corr. giur.*, 2001, 61.

³³ Cass., 24 giugno 1967, n. 1570, cit.; Cass., 7 febbraio 1962, n. 241, cit.

³⁴ L'equiparazione della domanda d'arbitrato alla domanda giudiziale avrebbe infatti consentito di ritenere applicabile il disposto di cui all'art. 2943, 3° comma, c.c., a mente del quale la prescrizione è interrotta anche nel caso in cui il giudice adito risulti incompetente (DELLA PIETRA, *L'atto introduttivo*, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di Giovanni Verde, 3° ed., Torino, 2005, 185 e 186; GIACOBBE, D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 102; MARENGO, *Sub art. 25*, in *La riforma dell'arbitrato*, cit., 128; SALVANESCHI, *La domanda*, cit., 658; in giurisprudenza Cass., 28 aprile 1990, n. 3600; nello stesso senso, più recentemente ORIANI, *Arbitrato rituale*, cit., 585). L'estinzione del processo avrebbe quindi comportato il venir meno dell'effetto interruttivo permanente di cui all'art. 2945 c.c., con la conseguenza che un nuovo termine di prescrizione avrebbe dovuto essere computato a partire dal momento dell'instaurazione del giudizio arbitrale o ordinario; cfr. MIRABELLI, GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato. Nozioni generali. Aggiornato alla L. 26/1994 (nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale)*, Napoli, 1994, 87; ANDRIOLI, *Arbitrato rituale*, cit., 481. Per cui, laddove la declaratoria d'incompetenza fosse stata pronunciata in sede d'impugnazione, magari nell'ambito di una controversia aventi ad oggetto diritti per cui la legge avesse previsto un termine prescrizione pari o inferiore a cinque anni, le parti avrebbero rischiato di vedere il proprio diritto definitivamente compromesso. L'unica possibilità di scongiurare il rischio di una prescrizione occulta del diritto sarebbe consistita nell'estensione dell'effetto interruttivo permanente di cui all'art. 2945 c.c. anche

di una decadenza³⁵; tutto ciò con buona pace del diritto alla effettività della tutela giurisdizionale. Diversamente, l'unico modo con cui le parti avrebbero potuto

all'ipotesi in cui fosse resa una pronuncia declinatoria e dunque ritenere che il lodo non più impugnabile o la sentenza passata in giudicato cui faceva riferimento la norma in questione potessero avere anche contenuto declinatorio; cfr. GIACOBBE, D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 103; D'ALESSANDRO, *Ancora una volta la Suprema corte nega la translatio iudicii nei rapporti tra giudice e arbitro* (nota a Cass., 12 agosto 1997, n. 7521), in *Riv. arb.*, 1998, 499; ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 254. Tale soluzione, benché difficilmente compatibile con la ricostruzione dei rapporti fra arbitri e giudici in termini di competenza, avrebbe trovato conforto nella formulazione dell'ultimo comma dell'art. 2945 c.c. che, a differenza delle altre disposizioni, non subordinava la produzione dell'effetto interruttivo permanente alla circostanza che la domanda di arbitrato fosse proposta «*in presenza di compromesso o di clausola compromissoria*»; cfr. DELLA PIETRA, *op. cit.*, 188. Tale soluzione sarebbe stata invece sostenibile laddove si fosse qualificata la decisione sull'*exceptio compromissi* come decisione di merito, come all'indomani del *revirement* giurisprudenziale del 2000 (così Trib. Milano, 9 luglio 2009, n. 81629, in motivazione).

³⁵ MENCHINI, *Il controllo*, cit., 405; BIANCHI, *Translatio iudicii tra giudice statale ed arbitri?*, in *www.Judicium.it*; ORIANI, *Arbitrato rituale*, cit., 586. Come ricordato prima nel testo, nel caso in cui l'azione sia sottoposta a un termine decadenziale, in caso di declaratoria d'incompetenza la decadenza si considera impedita solo se ad essa faccia seguito la tempestiva riassunzione della controversia dinanzi al giudice competente (fra le molte Cass., 18 gennaio 2007, n. 1090, cit.) Ora, non sono certo pochi i settori – ove l'arbitrato conosce peraltro un discreto successo – nei quali l'esercizio dell'azione è sottoposta a termini decadenziali, anche piuttosto ristretti. Si pensi, ad esempio, alle controversie in materia societaria inerenti alla validità delle delibere assembleari e consiliari nella s.p.a. e delle decisioni dei soci nella s.r.l., le quali, peraltro, hanno originato gli incidenti di legittimità costituzionale che hanno condotto alla pronuncia della Corte costituzionale sulla quale ci soffermeremo fra poco. Sul punto SALVANESCHI, *Translatio iudicii a senso unico nei rapporti tra arbitro e giudice?* (nota a Cass., 6 dicembre 2012, n. 22002), in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1153. O si pensi, ancora, alla decisione avente ad oggetto l'esclusione di un socio nelle società di persone, alla quale l'art. 2287, 2 comma, c.c. consente di fare opposizione davanti al Tribunale entro il termine decadenziale di trenta giorni dalla sua comunicazione al socio escluso. Sul punto, la giurisprudenza formatasi prima della novella del 1994 ha sempre escluso l'applicabilità del suddetto termine in caso di devoluzione della controversia in arbitrato, argomentando sulla base della ritenuta disponibilità dello stesso e della sua inconciliabilità con la struttura del procedimento arbitrale: secondo tale orientamento, sarebbe stato infatti impossibile per le parti introdurre il procedimento arbitrale e giungere alla costituzione del collegio entro soli trenta giorni, sicché la conclusione di una convezione arbitrale avrebbe determinato l'implicita rinuncia all'applicazione della norma in parola; cfr. Cass., 12 novembre 1998, n. 11436, in *Riv. arb.*, 1999, 269, con nota di DALEFFE, *Sulla presunta incompatibilità fra il termine per l'impugnazione della delibera di esclusione del socio, ex art. 2287 c.c., ed il procedimento arbitrale*; Cass., 7 marzo 1995, n. 2657, in *Società*, 1995, 1285, con nota senza titolo di SOAVE; Cass., 30 marzo 1984, n. 2084, in *Giust. civ.*, 1984, I, 3076. Questa soluzione merita però una profonda rimediazione alla luce delle modifiche apportate dalla novella del 1994. Essa si è sviluppata, infatti, in un periodo in cui, complice l'assenza di norme che regolassero specificamente la fase introduttiva del procedimento *apud arbitros*, si riteneva che la pendenza del giudizio arbitrale non potesse conseguire alla sola comunicazione della domanda d'arbitrato, essendo a tal fine necessaria anche l'accettazione degli arbitri (per tutti CARNACINI, *op. cit.*, 881). Ora, è del tutto evidente che, in un simile contesto, l'art. 2287 c.c. non poteva ritenersi invocabile in sede arbitrale: diversamente, l'impedimento della decadenza avrebbe finito per essere rimesso non solo dall'iniziativa del socio escluso (come nel caso di devoluzione della lite al giudice ordinario), ma anche dal contegno delle controparti e degli arbitri. Diverse considerazioni s'impongono, tuttavia, alla luce delle modifiche introdotte dalla legge n. 25 del 1994. Come chiarito anche dalla giurisprudenza di legittimità, nel mutato contesto normativo il procedimento arbitrale si considera pendente e gli effetti sostanziali della domanda (fra cui l'impedimento della decadenza) si considerano prodotti in seguito alla notifica di un atto con cui la parte dichiara la propria volontà di promuovere l'arbitrato e faccia quanto previsto dall'accordo compromissorio per la nomina del collegio; cfr. Cass., 21 luglio 2004, n. 13516, cit.; Cass., 28 maggio 2003, n. 8532, cit.; Cass., 8 aprile 2003, n. 5457, cit. Per cui, venuta meno ogni

evitare gli esiti infausti di una declinatoria sarebbe stato quello di promuovere la medesima controversia sia in sede giurisdizionale, sia in sede ordinaria, condizionando una delle due domande alla circostanza che, nell'altra sede, il giudice o gli arbitri si fossero dichiarati incompetenti³⁶.

4. La riforma del 2006: il legislatore esclude l'applicazione dell'art. 50 c.p.c.

Apparentemente ignorando il vuoto di tutela che caratterizzava la situazione precedente e i numerosi appelli lanciati dagli interpreti, il legislatore dell'ultima riforma ha esplicitamente escluso dall'ambito dei rapporti fra arbitrato

incertezza in ordine alla litispendenza arbitrale, la summenzionata incompatibilità fra il secondo comma della norma ed il procedimento arbitrale appare ormai priva di giustificazione e, ai fini dell'applicazione dell'art. 2287 c.c., non v'è più ragione per distinguere fra il caso in cui la controversia sia devoluta al giudice ordinario e quello in cui sia devoluta agli arbitri; cfr. DALEFFE, *Sulla presunta*, cit., 276. Né in senso contrario possono rilevare le modalità con cui viene introdotto il procedimento per arbitrato societario, posto che, come chiarito dalla dottrina (DELLA PIETRA, *La clausola compromissoria*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, a cura di Pietro Abbadessa e Giuseppe B. Portale, I, Torino, 2006, 233 ss.; CORSINI, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, in *Giur. it.*, 2003, 1294) e dalla giurisprudenza (Cass., 20 febbraio 2012, n. 2400, in *Foro it.*, 2012, 1797, con nota senza titolo di D'ALESSANDRO), in questo caso la domanda di arbitrato (rivolta alle controparti) e l'istanza di nomina degli arbitri (destinata al soggetto a tal fine individuato dallo statuto) sono atti distinti, che possono essere posti in essere con modalità e in tempi fra loro diversi, ma gli effetti sostanziali (ivi compreso l'impedimento della decadenza) si producono solo in seguito alla notifica della domanda ai suoi destinatari. Senza considerare che, continuando a opinare nel senso visto poc'anzi, l'impugnativa dovrebbe ritenersi proponibile nel termine quinquennale previsto dall'art. 2949 c.c. Invero, in tempi recenti l'orientamento tradizionale ha trovato ulteriori conferme (Trib. Trento, 8 aprile 2004, in *Società*, 2004, 996, con nota di MORELLINI; Trib. L'Aquila, 7 maggio 2004, in *Riv. arb.*, 2005, 121, con nota di OCCHIPINTI, *Quale pubblicità per il lodo irrituale che delibera l'esclusione di un socio?*; Trib. Catania, 13 settembre 1999, in *Giur. comm.*, 2000, II, 507, con nota di MIRONE, *Questioni in tema di arbitrato e controversie societarie, con riferimento particolare al bilancio della società di persone*; Trib. Milano, 8 marzo 1999, in *Giur. it.*, 1999, 1447). Sennonché, in tutte queste pronunce il giudicante non è parso avere la consapevolezza del problema: detti precedenti si sono conformati acriticamente all'orientamento tralatizio, senza nemmeno interrogarsi sul mutato quadro normativo, il quale appare invece valorizzato nella sentenza n. 11436 del 1998, sopra citata, in cui la Corte, pur ponendosi in continuità con il pregresso orientamento, aveva osservato che le disposizioni sulla domanda d'arbitrato introdotte con la novella del 1994 non potevano essere applicate alla fattispecie concreta, ma solo in quanto non applicabili *ratione temporis*. Alla luce di tali rilievi, sembra oggi ragionevole attendersi un *revirement* della giurisprudenza nel senso sopra indicato (così, peraltro, Trib. Trento, 11 febbraio 2004, in *Giur. di merito*, 2004, 1699, con nota di PREDELLI).

³⁶ In proposito v. Cass., 25 luglio 1997, n. 6950, in *Giust. civ.*, 1998, I, 476, relativa a un caso in cui la Corte d'appello aveva dichiarato nullo il lodo ritenendo che, in ragione della connessione con la causa parallelamente introdotta dinanzi al giudice ordinario, gli arbitri fossero incompetenti a conoscere la controversia; tale sentenza era stata successivamente annullata dalla Corte di cassazione, la quale aveva rilevato la piena ammissibilità di una domanda (quale era quella proposta nel caso specie) processualmente condizionata alla declinatoria di competenza che fosse stata resa in sede arbitrale. Per una fattispecie analoga v., in epoca più recente, Trib. Milano, 30 novembre 2012, in *Riv. arb.*, 2014, 367, con nota di AMADEI, *Vie parallele ed efficacia del lodo nel procedimento giurisdizionale*. Sul punto CONSOLO, *Litispendenza e connessione*, cit., 672 ss.

e processo ordinario le norme che disciplinano la *translatio iudicii*: dispone infatti il secondo comma dell'art. 819 *ter* c.p.c. che «nei rapporti tra arbitrato e processo non applicano regole corrispondenti agli artt. 44, 45, 48, 50 e 295».

La ragioni di tale scelta, a dire il vero, non sono chiare³⁷. L'applicazione di queste norme avrebbe infatti rappresentato una naturale conseguenza della qualificazione dei rapporti fra arbitri e giudici in termini di competenza³⁸, nel senso che, se l'*exceptio compromissi* dia origine ad una questione di competenza e se, come visto in principio, la competenza è un presupposto di validità degli atti processuali (che deve sussistere al momento della pronuncia della decisione finale), allora non vi sarebbero motivi per escludere l'applicazione di tale regola nel caso in cui la declinatoria di competenza sia pronunciata in forza della sussistenza o dell'insussistenza di una clausola compromissoria. Non si comprende quindi il motivo per cui il legislatore abbia sentito l'esigenza di intervenire con una norma così *tranchant*, perpetrando un modello caratterizzato dall'evidente compromissione del diritto alla tutela giurisdizionale delle parti³⁹. Tanto più che, nel novellato contesto normativo, gli argomenti tradizionalmente impiegati per sostenere l'inapplicabilità della *translatio iudicii* fra arbitrato e processo ordinario erano destinati a perdere ogni rilievo.

E' evidente, infatti, che il presupposto di qualsivoglia meccanismo che consenta la trasmigrazione della causa dalla sede ordinaria a quella arbitrale (e viceversa) risiede nel riconoscimento, in capo agli arbitri, di una funzione sia pur latamente giurisdizionale⁴⁰. Ora, considerate nel loro complesso, le modifiche apportate alla disciplina dell'arbitrato in occasione dell'ultima riforma – sulle quali ci siamo intrattenuti nel primo capitolo e di cui qui appare sufficiente ricordare l'assimilazione del lodo alla sentenza operata dall'art. 824 *bis* c.p.c. –

³⁷ MENCHINI, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. arb.*, 2014, 93. L'ipotesi che si può avanzare è che tale esclusione sia conseguenza dell'adozione del modello delle vie parallele, per il quale la pendenza della controversia dinanzi al giudice o all'arbitro non impedisce la proposizione della medesima domanda all'altro organo (l'argomento sarà affrontato nell'ultimo capitolo). Nel voler sancire la reciproca autonomia dei due procedimenti il legislatore avrebbe quindi ritenuto di escludere le disposizioni (quali quelle di cui al testo) che tale autonomia avrebbero potuto ledere.

³⁸ NELA, Sub art. 819 *ter* c.p.c., in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di Sergio Chiarloni, 2° tomo, Bologna, 2006, 1819.

³⁹ MENCHINI, *Il controllo*, cit., 365; VERDE, *Ancora sulla pendenza*, cit., 222; CAPPONI, Sub art. 819 *ter* c.p.c., in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Antonio Briguglio e Bruno Capponi, III, 2° tomo, Padova, 2009, 881; ID., *Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria secondo il nuovo art. 819 *ter* c.p.c.*, in www.Judicium.it.

⁴⁰ BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 283; ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 262; SCHIZZEROTTO, «*Translatio iudicii*», cit., 2039; D'ALESSANDRO, *Ancora una volta*, cit., 496.

parrebbero confermare la volontà del legislatore di considerare l'arbitrato quale istituto fungibile rispetto al processo ordinario (per lo meno dal punto di vista del suo risultato) e, in ogni caso, la volontà di abbandonare l'idea dell'arbitrato quale strumento di rinuncia alla tutela giurisdizionale. Per cui, se l'arbitrato è istituto giurisdizionale (nel senso che è istituto attraverso cui le parti possono esercitare il proprio diritto alla tutela giurisdizionale) e se, come affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 77 del 12 maggio 2007, il principio sotteso all'art. 50 c.p.c. ha una portata sistemica ed è strumentale ad assicurare all'attore l'effettività di tale diritto⁴¹, è di tutta evidenza come l'argomento fondato sul dato letterale della norma (la quale, secondo la giurisprudenza più risalente, circoscriveva l'istituto della *translatio iudicii* ai soli giudici ordinari) sia destinato a venire meno. Inoltre, stante il superamento del dogma dell'incomunicabilità fra diverse giurisdizioni⁴², l'applicazione di un meccanismo ispirato all'art. 50 c.p.c.

⁴¹ Sulla fungibilità fra l'arbitrato e il processo ordinario v. VERDE, *Ancora sulla pendenza*, cit., 223; CAPPONI, *Rapporti tra arbitri*, cit.; BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, in AA. VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, II, 331 ss.; ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 248 e 250.

⁴² Per completezza ricordiamo che in caso di declaratoria di un difetto di giurisdizione, l'effettività del diritto alla tutela giurisdizionale è oggi garantita dalle disposizioni contenute nell'art. 59 della legge n. 69 del 18 giugno 2009 e dall'art. 11 del d.lgs. n. 104 del 2 luglio 2010. Tali norme sono state poste in essere sulla scia di quanto affermato dalla Corte di cassazione e della Corte costituzionale in merito alla necessità di evitare che l'errore commesso dal cittadino nell'individuazione del giudice competente a conoscere la controversia si risolvesse in una compromissione del suo diritto alla tutela giurisdizionale; cfr. Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2007, n. 4109 e Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77, entrambe edite in *Foro it.*, 2007, I, 1009, con nota di ORIANI, *E' possibile la translatio iudicii tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di cassazione e Corte costituzionale*, e in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1576, con nota di ACONE, *Giurisdizione e translatio iudicii... aspettando Godot*; in *Corr. giur.*, 2007, 745, con nota di CONSOLO, DE CRISTOFARO, *Evoluzioni processuali fra translatio iudicii e riduzione della proliferazione dei riti e dei ritualismi*). Fino a quel momento, infatti, si riteneva che non vi fosse alcun meccanismo in grado di assicurare la comunicabilità fra la giurisdizione ordinaria e quella speciale e, pertanto, che la proposizione della domanda a un giudice privo di giurisdizione conducesse irrimediabilmente alla reiezione della stessa; cfr. BOVE, *Giurisdizione e competenza nella recente riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1296; ATTARDI, *op. cit.*, 152. Come noto, con le due pronunce sopra citate, la Corte di cassazione e la Corte costituzionale sono pervenute a conclusioni molto diverse fra loro. Le Sezioni Unite hanno infatti ritenuto che una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 382 c.p.c. consentisse di ravvisare la presenza nel nostro ordinamento del principio (esplicitamente previsto dall'art. 50 c.p.c. per i rapporti di competenza), dalla comunicabilità fra la giurisdizione ordinaria e quella speciale, sulla base di tale motivazione, hanno ritenuto che, in caso di declaratoria di difetto di giurisdizione, fosse applicabile l'istituto della *translatio iudicii*. Di diverso avviso la Corte costituzionale, la quale, pur constatando l'esistenza di un simile principio nell'ordinamento, ha ritenuto illegittima in quanto lesiva del diritto alla tutela giurisdizionale la disciplina contenuta nell'art. 30 della legge n. 1034 del 1971, nella parte in cui non prevedeva esplicitamente la possibilità di esaminare il merito della domanda a causa di un errore nell'individuazione del giudice. Fondamentale, nella motivazione resa dalla Corte costituzionale, l'affermazione che la pluralità di giudici prevista dal nostro ordinamento sarebbe strumentale a garantire una più adeguata risposta alla domanda di giustizia, da cui deriverebbe la necessità di assicurare la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della

non sembra più presupporre necessariamente la riconduzione dell'arbitrato entro la giurisdizione ordinaria, come invece ritenuto in passato⁴³.

Parimenti infondato deve ritenersi il rilievo secondo il quale la traslazione del processo dalla sede giudiziaria a quella arbitrale sarebbe impedito dall'assenza dell'organo davanti al quale riassumere la controversia. Come già osservato in passato dalla dottrina, per garantire la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda sarebbe stato sufficiente prevedere che, entro il termine previsto dall'art. 50 c.p.c., le parti ponessero in essere gli atti previsti dalla legge per l'instaurazione del procedimento arbitrale; con la precisazione che, mentre in passato la controversia si considerava pendente in arbitrato solo in seguito alla costituzione del collegio o all'accettazione dell'incarico da parte dell'arbitro unico (e il termine semestrale previsto all'art. 50 c.p.c. poteva apparire astrattamente congruo per il compimento di tali incombenzi⁴⁴), nel sistema attuale, in cui la pendenza del giudizio arbitrale è determinata dalla notifica della domanda d'arbitrato, appare sufficiente che la parte proceda alla notifica di un atto con cui manifesti la propria volontà di attivare l'arbitrato e compia quanto di sua competenza per la nomina del giudice privato⁴⁵.

Quanto alla presunta inefficacia del lodo e della sentenza a contenuto declinatorio, pur riservandoci di ritornare sul tema in modo più diffuso nelle pagine che seguiranno, ci permettiamo di osservare che il principio della *Kompetenz-Kompetenz* non deve essere inteso in modo assoluto, ben potendo esso essere suscettibile di limitazioni, come del resto accade nell'ambito delle questioni di competenza, dove il giudice *ad quem* è vincolato, sia pur nei limiti di cui agli artt. 44, 45 e 310 c.p.c., all'indicazione proveniente dal giudice *a quo* o dalla Corte di cassazione. Non sarebbe stato quindi peregrino ipotizzare che, a determinate condizioni, sia gli arbitri sia i giudici potessero essere vincolati alle statuizioni sul patto compromissorio che siano state rese *aliunde*.

domanda anche nel caso in cui questa sia proposta a un giudice privo di giurisdizione; ferma in ogni caso la libertà del legislatore di disciplinare nel modo ritenuto più opportuno il meccanismo di riassunzione del giudizio.

⁴³ Come invece ritenuto da D'ALESSANDRO, *Ancora una volta*, cit., 496.

⁴⁴ BUONCRISTIANI, *op. cit.*, 751. In tal senso già ANDRIOLI, *Commento*, cit., 845 e SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 236 e 241.

⁴⁵ BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 284; ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 264; così già NICOTINA, *Arbitrato rituale*, cit.

Più problematica appare l'eterogeneità del procedimento arbitrale rispetto a quello giurisdizionale. Nell'ambito della giurisdizione ordinaria, la *translatio iudicii* è resa possibile, infatti, oltre che dal principio di unitarietà della giurisdizione, anche dal carattere unitario del rapporto giuridico processuale, che consente al processo incardinato dinanzi a un giudice incompetente di proseguire davanti al giudice competente esattamente nello stato in cui esso si trovava quando è stata pronunciata la declinatoria di competenza⁴⁶. Tale unitarietà non è ravvisabile fra il processo arbitrale e quello giurisdizionale. Sul punto ritorneremo fra poco; qui ci limitiamo a rilevare che tale eterogeneità, benché possa costituire un ostacolo rispetto a una vera e propria *translatio* del processo, non sembra impedire la configurazione di un meccanismo che, pur non consentendo la prosecuzione del giudizio da una sede all'altra, si limiti quanto meno ad assicurare la salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda.

De iure condito, la scelta del legislatore non sembrava lasciare margini all'interpretazione, anche se, recentemente, parte della dottrina provato a seguire percorsi alternativi al fine di colmare tale pericolosa lacuna.

Alcuni hanno ipotizzato di fondare la salvezza di alcuni effetti sostanziali della domanda sul presupposto che i rapporti fra arbitrato e processo ordinario potessero essere ricostruiti non ricorrendo alla categoria della competenza⁴⁷.

Altri, invece, all'indomani della riforma del 2009, hanno ipotizzato di estendere ai rapporti fra arbitrato e processo ordinario la disciplina della declinatoria di giurisdizione contenuta nell'art. 59 della legge n. 69 del 2009: taluni muovendo dal presupposto che la pronuncia con cui il giudice o l'arbitro si dichiarino privi della *potestas iudicandi* fosse, in realtà, una pronuncia di difetto di giurisdizione e, dunque, intravedendo nella nuova norma una sorta di abrogazione implicita dell'art. 819 *ter* c.p.c. nella parte in cui la norma

⁴⁶ SANTULLI-ACONE, *op. cit.*, 15.

⁴⁷ ORIANI, *Arbitrato rituale*, cit., 586; G.F. RICCI, Sub art. 819 *ter* c.p.c., in *Arbitrato. Commento al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile (artt. 806 – 840)*, a cura di Federico Carpi, 2° ed., Bologna, 2007, 507. E' evidente, però, che una simile ricostruzione, pur idonea a scongiurare il rischio di una prescrizione occulta del diritto, non consentirebbe di evitare la cancellazione della trascrizione della domanda, così come non consentirebbe di considerare impedita la decadenza.

esclude(va) l'applicabilità dell'art. 50 c.p.c.⁴⁸; tal altri ipotizzando semplicemente un'applicazione analogica della istituto della declinatoria di giurisdizione⁴⁹. Superfluo aggiungere che l'applicazione dell'art. 59 avrebbe consentito non solo di assicurare, se non proprio la trasmigrazione del processo da una sede all'altra, quanto meno la salvezza degli effetti processuali e sostanziali della domanda, ma anche di risolvere il problema (sul quale ritorneremo più diffusamente fra poco) dell'efficacia della pronuncia con cui il giudice o l'arbitro si fosse dichiarato privo della *potestas iudicandi*⁵⁰. Inoltre, a differenza di quanto accade nell'ambito della giurisdizione statale, in questo caso non sarebbe potuto sorgere alcun conflitto, dal momento che la questione attinente alla valida esistenza di un patto compromissorio non sarebbe stata rilevabile d'ufficio né dagli arbitri né dal giudice statale⁵¹.

Fra i tentativi di porre rimedio al *vulnus* che caratterizzava la disciplina dei rapporti fra arbitrato e processo merita di essere annoverata anche la sentenza n. 22002 del 2012, con cui la Corte di cassazione, consapevole della lacuna normativa⁵², ha affermato che l'esclusione della *translatio iudicii* prevista dall'art. 819 *ter* c.p.c. opererebbe solo nel caso in cui a emettere la declaratoria d'incompetenza fossero stati gli arbitri, affermando per contro che laddove la pronuncia declinatoria fosse resa dalla Corte di cassazione o da altro giudice togato, il processo potrebbe proseguire dinanzi agli arbitri (con salvezza degli affetti processuali e sostanziali della domanda giudiziale), entro un termine fissato dal giudice, o in mancanza, entro quello previsto dall'art. 50 c.p.c., essendo sufficiente, a tal fine, che entro tale termine la parte desse avvio al procedimento arbitrale ai sensi dell'art. 810 c.p.c.⁵³.

⁴⁸ In tal senso BOVE, *Ricadute sulla disciplina dell'arbitrato della legge n. 69/2009*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 85; BOVE, *Giurisdizione e competenza*, cit., 1305.

⁴⁹ In tal senso pure VERDE, *Ancora sulla pendenza*, cit., 224.

⁵⁰ BOVE, *Ricadute*, cit., 85; VERDE, *Ancora sulla pendenza*, cit., 224; AMADEI, *Vie parallele ed efficacia del lodo nel procedimento giurisdizionale* (nota a Trib. Milano, 30 novembre 2012), in *Riv. arb.*, 2014, 378.

⁵¹ BOVE, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. arb.*, 2014, 90; ID., *Ricadute*, cit., 85.

⁵² MENCHINI, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, cit., 93.

⁵³ Cass., 6 dicembre 2012, n. 22002, in *Riv. arb.*, 2013, 699 con nota di FORNACIARI, *Ancora sulla conservazione degli effetti dell'atto introduttivo nei rapporti fra giudice e arbitro: Cassazione vs. Corte costituzionale?*; in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1150, con nota di SALVANESCHI, *Translatio iudicii a senso unico nei rapporti tra arbitro e giudice? A fondamento di tale ricostruzione, i giudici di legittimità pongono il dato letterale dell'art. 819 *ter* c.p.c., che nell'escludere l'art. 50 dai rapporti*

Si è trattato, tuttavia, di tentativi che, per quanto apprezzabili nelle loro finalità, dovevano fare i conti con il disposto dell'art 819 *ter* c.p.c. In particolare, la tesi dell'abrogazione implicita di tale norma ad opera dell'art. 59 l. 69 del 2009 si sarebbe scontrata, oltre che con la difficoltà di dimostrare la piena assimilazione dei rapporti fra arbitri e giudici ai rapporti fra diverse giurisdizioni⁵⁴, con il fatto che l'art. 819 *ter* c.p.c., benché anteriore all'art. 59, avesse una portata speciale rispetto alle norme generali in tema di giurisdizione⁵⁵. Non solo; l'applicazione delle disposizioni relative all'efficacia della declinatoria (con cui il legislatore del 2009 ha replicato, *mutatis mutandis*, la disciplina che caratterizza i rapporti di competenza) di giurisdizione avrebbe anche rischiato di scontrarsi con l'esclusione, operata dall'art. 819 *ter* c.p.c., delle regole corrispondenti agli artt. 44 e 45 c.p.c.⁵⁶. In ogni caso, essa avrebbe riproposto anche nell'ambito dei rapporti fra arbitrato e processo i numerosi problemi che la non felice formulazione della norma ha posto agli interpreti rispetto alla declinatoria di giurisdizione⁵⁷.

«fra arbitrato e processo», sembrerebbe legittimare la sua applicazione all'ipotesi inversa, nella quale la declinatoria si resa in sede ordinaria.

⁵⁴ PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, 2° ed., Padova, 2012, 203, secondo il quale la norma di cui al testo sarebbe applicabile unicamente ai rapporti fra organi appartenenti alla giurisdizione statale.

⁵⁵ FORNACIARI, *Ancora sulla conservazione degli effetti dell'atto introduttivo nei rapporti fra giudice e arbitro: Cassazione vs. Corte costituzionale?* (Cass., 6 dicembre 2012, n. 22002), in *Riv. arb.*, 2013, 707.

⁵⁶ IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo. Studio sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, Torino, 2013, 175.

⁵⁷ Per completezza ricordiamo, infatti, che nel disciplinare le conseguenze della declaratoria di giurisdizione il legislatore del 2009 non ha seguito una linea del tutto coerente. Riponendo un dibattito che era già sorto all'indomani della sentenza della Corte costituzionale n. 77 del 2007 (per il quale si rinvia a E.F. RICCI, *Declinatoria di giurisdizione e (così detta) translatio iudicii*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 694 e a CONSOLO, DE CRISTOFARO, *Evoluzioni processuali fra translatio iudicii e riduzione della proliferazione dei riti e dei ritualismi*, in *Corr. giur.*, 2007, 748), una parte della dottrina (BOVE, *Giurisdizione e competenza*, cit., 1295 ss.; E.F. RICCI, *La nuova disciplina della declinatoria di giurisdizione tra intuizioni felici e confusione di idee*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1535 ss.) ha opinato nel senso che il meccanismo previsto dalla norma si limiterebbe a garantire la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda attraverso la riproposizione della stessa (e dunque attraverso l'instaurazione di un nuovo giudizio) dinanzi al giudice indicato come titolare dalla giurisdizione dalla Corte di cassazione o da altro giudice di merito; altri (CONSOLO, *La translatio iudicii tra giurisdizioni nel nuovo art. 59 della legge di riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1267) hanno invece ritenuto che si tratti di vera e propria *translatio iudicii* e, dunque, che il processo conclusosi con la declaratoria di difetto di giurisdizione prosegua dinanzi al nuovo giudice senza soluzione di continuità. Per un terzo gruppo di interpreti (RUFFINI, *Difetto di giurisdizione e translatio iudicii fra confusione del legislatore ed equivoci degli interpreti*, in *Giur. it.*, 2013, 214; ACONE, *Arbitrato e translatio iudicii*, cit., 8; VERDE, *Ancora sulla pendenza*, cit., 220), infine, il legislatore del 2009 avrebbe invece disciplinato due ipotesi diverse. La prima, prevista dal secondo comma dell'art. 59 e configurabile nel caso in cui la sentenza sulla giurisdizione sia passata in giudicato, in cui la salvezza degli effetti della domanda

Né miglior sorte avrebbe avuto l'applicazione analogica di tale disciplina. Anzi, dichiarando la parziale illegittimità dell'art. 819 *ter* c.p.c., la Corte costituzionale⁵⁸ (sulla cui pronuncia ci soffermeremo a breve) ha implicitamente escluso la possibilità di operare interpretazioni costituzionalmente orientate della norma. Questo tipo di interpretazioni presuppone, infatti, che la disposizione si presti quanto meno a una pluralità di letture o che presenti un pur minimo margine di indeterminatezza; senonché, la formulazione dell'art. 819 *ter* c.p.c. induceva a ritenere che non si fosse di fronte a una semplice lacuna normativa, ma a una scelta consapevole – ancorché opinabile – del legislatore, con cui egli aveva inteso bandire dall'ambito dei rapporti i principi cui sono ispirate le norme che presidiano la declaratoria d'incompetenza⁵⁹.

viene garantita dalla riproposizione, nel termine di tre mesi, della domanda dinanzi al giudice indicato come titolare della potestà giurisdizionale: in questo caso il collegamento fra i due giudizi è rappresentato dalla salvezza degli effetti della domanda e dal mantenimento delle preclusioni inerenti alla decisione sulla questione di giurisdizione. La seconda, disciplinata dal terzo comma della norma e configurabile, invece, quando la sentenza declinatoria non sia ancora passata in giudicato, in cui il medesimo risultato è realizzato attraverso la riassunzione della causa dinanzi al giudice indicato nella sentenza, entro il termine fissato dal giudice *a quo*: in tal caso, il giudice *ad quem* può però sollevare d'ufficio, entro la prima udienza fissata per la trattazione del merito, la questione di giurisdizione dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (per le prime applicazioni della norma nel senso della riassunzione v. Cass., 21 febbraio 2013, n. 4484; Cass., Sez. Un., 22 novembre 2010, n. 23596). Si tratta di due modelli diversi e non interscambiabili, la cui principale differenza risiede nel fatto che mentre con la *translatio iudicii* il (medesimo) processo prosegue nello stato in cui si trovava al momento della declaratoria d'incompetenza e ciò in forza di un semplice atto di riassunzione, con la riproposizione della domanda il primo giudizio si conclude con la declaratoria di difetto di giurisdizione e ne viene instaurato uno del tutto nuovo, secondo le forme applicabili dinanzi al giudice munito di giurisdizione (LUISO, *Effetti sostanziali della domanda*, cit., 10). Sempre l'art. 59 regola poi l'efficacia della pronuncia resa sull'eccezione di difetto di giurisdizione, attribuendole un'efficacia panprocessuale quando sia emessa dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione e prevedendo invece un meccanismo non dissimile da quello di cui agli artt. 44 e 45 c.p.c. quando essa venga resa da un giudice di merito (BOVE, *Giurisdizione e competenza*, cit., 1303 e 1304).

⁵⁸ Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. arb.*, 2014, 81, con note senza titolo di BOVE, BRIGUGLIO, MENCHINI e SASSANI; in *Foro it.*, 2013, I, 2690, con note di D'ALESSANDRO, *Finalmente! La Corte costituzionale sancisce la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda introduttiva nei rapporti tra arbitro e giudice*, di ACONE, «*Translatio iudicii*» tra giudice ed arbitro: una decisione necessaria incompiuta o volutamente pilatesca? e di FRASCA, *Corte cost. n. 223 del 2013 e art. 819 ter c.p.c.: una dichiarazione di incostituzionalità veramente necessaria?*; in *Corr. giur.*, 2013, 1107, con nota di CONSOLO, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza con piena translatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*; in *Giur. it.*, 2014, 1381, con nota di BUZANO, *Estensione della translatio iudicii ai rapporti tra giudizio ordinario e arbitrato rituale* e di ASPARELLA, *Translatio iudicii nei rapporti tra arbitrato e processo*.

⁵⁹ FORNACIARI, *Ancora sulla conservazione*, cit., 706, nonché BIANCHI, *op. cit.* Del resto, l'espressa esclusione dell'art. 50 c.p.c. operata dall'art. 819 *ter* c.p.c. costituisce proprio quell'ostacolo che, secondo quanto affermato dalla Corte di cassazione con la sentenza n. 4109 del 2007, precluderebbe l'applicazione della *translatio iudicii*.

Quanto, infine, alla proposta di applicazione unilaterale della *translatio iudicii*, si rileva la debolezza dell'argomento letterale utilizzato dai giudici di legittimità, nonché la difficoltà di cogliere la *ratio* di una simile interpretazione, a fronte della piena sovrapposibilità fra le istanze della parte che abbia adito l'autorità giudiziaria (e ivi abbia ottenuto una declaratoria d'incompetenza) e quelle della parte che abbia invece preventivamente attivato l'arbitrato⁶⁰.

Rebus sic stantibus, non restava che auspicare un intervento correttivo da parte del legislatore (o al limite del Giudice delle leggi) che, sulla scia ai principi affermati dalla Corte nella sentenza n. 77 del 2007, eliminasse quella che ai più pareva un'irragionevole discriminazione del procedimento arbitrale rispetto a quello ordinario, garantendo l'effettività del diritto alla tutela giurisdizionale anche in caso di devoluzione della controversia in arbitrato e ponendo così fine a un regime in cui l'errore nell'individuazione dell'organo competente avrebbe potuto determinare la perdita del diritto sostanziale⁶¹.

5. L'intervento della Consulta

La questione è stata infine portata all'attenzione della Corte costituzionale, dinanzi alla quale l'art. 819 *ter* c.p.c. è stato censurato per violazione degli artt. 3, 24 e 111 Cost.⁶². E altrettanto prevedibilmente la Corte, rilevata l'ammissibilità e

⁶⁰ Sul punto v. BIANCHI, *op. cit.*, nonché i rilievi formulati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 223 del 19 luglio 2013, cit. Per un replica a tali critiche v. invece FRASCA, *op. cit.*, 2703.

⁶¹ ACONE, *Arbitrato e translatio iudicii*, cit., 13 e 14 (in tal senso l'A. si era già espresso in *Arbitrato e competenza*, cit., 265 e 266); VERDE, *Ancora sulla pendenza*, cit., 226; BOCCAGNA, *Appunti*, cit., 333; ID., *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, 484; ZIINO, *La translatio iudicii tra arbitri e giudici ordinari (sulla parziale illegittimità costituzionale dell'art. 819-*ter*, secondo comma, c.p.c.)*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 926; BIANCHI, *op. cit.*; FORNACIARI, *Ancora sulla conservazione*, cit., 707; SALVANESCHI, *Translatio iudicii*, cit., 1156. In senso contrario, per l'impossibilità di garantire la conservazione degli effetti della domanda, v. GASPERINI, *Sulla proposta di applicazione analogica dell'art. 59 l. 69/2009 ai rapporti tra giudici e arbitri*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 390 e 391.

⁶² Due sono state le ordinanze di rimessione: la prima è stata emessa dal Tribunale di Catania in data 21 giugno 2012 (ed è stata pubblicata in *Riv. dir. proc.*, 2013, 476, con nota di BOCCAGNA, *Translatio iudicii nei rapporti tra giudice e arbitro: sollevata la questione di costituzionalità dell'art. 819 *ter* c.p.c.*; in *Riv. arb.*, 2012, 891, con nota di FORNACIARI, *Conservazione degli effetti dell'atto introduttivo anche nei rapporti fra giudice e arbitro: sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 819 *ter*, 2° comma, c.p.c.*, nell'ambito di un giudizio d'impugnazione di una delibera societaria nel quale la società convenuta aveva eccepito l'esistenza di una convenzione arbitrale; la seconda è stata emessa dall'Arbitro unico di Bologna il 13 novembre 2013 (l'ordinanza di rimessione risulta pubblicata sul sito www.Judicium.it) anch'essa nell'ambito

la fondatezza della questione, ha dichiarato «*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 all'art. 50 del codice di procedura civile*»⁶³. A fondamento di tale decisione, i Giudici delle leggi hanno rilevato che il principio per cui l'errore nell'individuazione del giudice titolare della *potestas iudicandi* non può compromettere la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda, già enunciato con la sentenza n. 77 del 2007, deve trovare applicazione anche nei rapporti fra arbitrato e processo ordinario, attesa la fungibilità del giudizio arbitrale rispetto a quello dei giudici dello Stato; fungibilità che, oltre a essere stata riconosciuta dagli stessi giudici costituzionali con la celebre sentenza n. 376 del 2001, sarebbe confermata da una serie di indici normativi, quali gli artt. 816 *quinques*, 819 *bis* e 824 *bis* c.p.c., nonché gli artt. 2652, 2653, 2690, 2691, 2943 e 2945 c.c.

In buona sostanza, per il Giudice delle leggi, se l'ordinamento consente alle parti di sottoporre alcune controversie agli arbitri prevedendo che il loro *dictum* abbia l'efficacia delle sentenze rese dai giudici statali e se la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda è garantita in caso di errore fra il giudice ordinario e quello speciale, allora il suo diritto a ottenere una decisione sul merito della lite non può essere pregiudicato dall'errore compiuto dall'attore nell'adizione della via arbitrale piuttosto che giudiziale⁶⁴.

di un procedimento d'impugnazione di una delibera societaria, che era stato introdotto dinanzi all'arbitro in seguito alla declaratoria d'incompetenza (in ragione della clausola compromissoria) resa dal Tribunale di Bologna. Le argomentazioni utilizzate da entrambi i provvedimenti sono sostanzialmente le medesime. Per completezza, ricordiamo che in passato la Corte di cassazione aveva giudicato manifestamente infondata la questione di costituzionalità legata alla limitazione dell'art. 50 c.p.c. ai soli rapporti fra giudici ordinari, ritenendo che il legislatore fosse libero di sottoporre a disciplina diversa il processo ordinario e quello arbitrale, in ragione della loro «*differente struttura*»; cfr. Cass., 24 giugno 1967, n. 1570, cit.

⁶³ Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, cit., la quale, dopo aver riunito i due giudizi in ragione dell'identità delle questioni sottese, ha accolto la questione sollevata dall'arbitro bolognese, dichiarando invece assorbita quella sollevata dal Tribunale di Catania, la quale – a rigore, avrebbe dovuto essere dichiarata inammissibile in ragione del fatto che interessato a sollevare l'incidente di costituzionalità sarebbe stato, in ipotesi, l'arbitro al quale le parti si fossero rivolte in seguito alla declinatoria resa dal Tribunale e non quest'ultimo, dal momento che solo in quella sede sarebbe divenuto attuale il problema legato alla conservazione degli effetti sostanziali della domanda.

⁶⁴ Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, cit. E' dubbio se il principio sancito dalla Corte costituzionale possa valere anche nel caso in cui la controversia sia stata devoluta alla cognizione di un arbitro irrituale. Nella motivazione, la Corte costituzionale afferma che «*l'arbitrato rituale resta un fenomeno che comporta una rinuncia alla giurisdizione pubblica*» e ciò ha indotto parte della dottrina a circoscrivere la portata della pronuncia in esame ai soli rapporti fra il processo ordinario e l'arbitrato rituale; cfr. CONSOLO, *Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza con piena translatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa*

La pronuncia in esame fuga dunque ogni incertezza in ordine alla salvezza degli effetti della domanda (giudiziale o arbitrale) nel caso in cui sopravvenga una declaratoria di difetto di potestas iudicandi. Per cui, in tal caso – e sempre che il procedimento venga tempestivamente “riassunto” – le parti potranno giovare dell’effetto interruttivo della prescrizione di cui all’art. 2945, 2° comma, c.c., dell’effetto prenotativo conseguente alla trascrizione della domanda (esse non correranno più il rischio che l’alienazione della *res litigiosa* trascritta nel periodo compreso fra la domanda introduttiva del giudizio e la pronuncia declinatoria pregiudichi il loro diritto sulla cosa), o ancora della conservazione dell’efficacia del provvedimento cautelare concesso in precedenza.

6. Le questioni lasciate aperte dalla sentenza della Corte costituzionale: *translatio iudicii* o riproposizione della domanda?

Ciò nondimeno, la pronuncia sopra richiamata ha un contenuto meramente ablativo, dal momento che, con essa, la Corte si è limitata a dichiarare l’illegittimità dell’art. 819 *ter* c.p.c. nella parte in cui la norma escludeva l’applicazione dell’art. 50 c.p.c.; al legislatore – ma prima ancora all’interprete – il compito di colmare il vuoto normativo creato dalla sentenza in questione, individuando le modalità con cui i principi enunciati dalla Corte possano trovare concreta applicazione⁶⁵.

I problemi “sul tavolo” sono molteplici.

In primo luogo, occorre stabilire le forme con le quali debba essere assicurata la salvezza degli effetti della domanda e cioè le modalità di traslazione della causa da una sede all’altra, se attraverso un meccanismo di riassunzione del giudizio analogo a quello di cui all’art. 50 c.p.c. o la riproposizione della domanda secondo la previsione contenuta nell’art. 59 della legge n. 69 del 2009.

(nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223), in *Corr. giur.*, 2013, 1110; BOVE, *Sulla dichiarazione di parziale incostituzionalità dell’art. 819 ter c.p.c.*, in *Il giusto processo civile*, 2013, 1124. Per una diversa soluzione, fondata sull’identità dell’esigenza di tutela sottesa al principio enunciato dalla Corte, v. invece SASSANI, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. arb.*, 2014, 114 e FORNACIARI, *Conservazione degli effetti dell’atto introduttivo anche nei rapporti fra giudice e arbitro: sollevata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 819 ter, 2° comma, c.p.c.* (Trib. Catania, 21 giugno 2012), in *Riv. arb.*, 2012, 900 ss.

⁶⁵ BOVE, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, cit., 89.

In secondo luogo, è necessario individuare il termine entro cui le parti devono compiere gli adempimenti necessari a garantire tale salvezza, nonché il momento a partire dal quale esso inizi a decorrere.

In terzo luogo, è indispensabile accertare quale efficacia abbia il provvedimento (arbitrale o giudiziale) con cui gli arbitri o il giudice si siano spogliati della controversia⁶⁶.

Con riferimento alla prima questione, benché una parte della dottrina, qualificando i rapporti fra arbitri e giudici in termini di competenza, si sia espressa in senso favorevole all'applicazione del meccanismo previsto dall'art. 50 c.p.c.⁶⁷, all'atto pratico una simile opzione suscita non poche perplessità.

Il primo ostacolo alla configurazione di un meccanismo di vera e propria riassunzione del giudizio è costituito, con riferimento all'ipotesi in cui la declinatoria venga emessa dal giudice, dall'assenza di un organo precostituito dinanzi al quale il rapporto giuridico processuale possa essere "riassunto", nonché dall'estraneità al procedimento arbitrale di un atto di riassunzione quale quello disciplinato dall'art. 125 disp. att. c.p.c.⁶⁸.

Il secondo ostacolo è invece rappresentato dall'evidente eterogeneità fra il procedimento arbitrale e quello ordinario, che rende difficile ipotizzare *sic et*

⁶⁶ Trattasi di problemi analoghi a quelli postisi all'indomani della sentenza della Corte costituzionale n. 77 del 2007; cfr. BOVE, *Giurisdizione e competenza*, cit., 1297- 1298..

⁶⁷ SALVANESCHI, *Arbitrato. Libro Quarto: Procedimenti speciali art. 806-840*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, a cura di Sergio Chiarloni, Bologna, 2014, 699; ACONE, *Arbitrato e translatio iudicii*, cit., 15; ACONE, «Translatio iudicii» *tra giudice ed arbitro: una decisione necessaria incompiuta o volutamente pilatesca?* (nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223), in *Foro it.*, 2013, I, 2700. Nello stesso senso CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 2014, 507; CONSOLO, *Il rapporto arbitri-giudici*, cit., 1110.

⁶⁸ BRIGUGLIO, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. arb.*, 2014, 94 e 95; MENCHINI, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, cit., 105 e 106; IZZO, *La convenzione*, cit., 162. L'atto con il quale avviene la riassunzione del giudizio è infatti la comparsa di cui all'art. 125 disp. att. c.p.c. (contenente la *vocatio in ius*, il richiamo all'originario atto introduttivo della lite e l'indicazione del provvedimento in base al quale è fatta la riassunzione), che deve essere notificata al difensore costituito ai sensi dell'art. 170 c.p.c. e non richiede il conferimento al difensore di un nuovo mandato *ad litem*; cfr. RUFFINI, *Difetto di giurisdizione*, cit., 217. In generale sull'atto di riassunzione v. LEVONI, voce «Regolamento», cit., 500. Con riferimento all'ipotesi in cui debba procedersi alla riassunzione del giudizio dinanzi agli arbitri appare però difficile rispettare le prescrizioni di cui all'art. 125 disp. att. c.p.c. In primo luogo, perché l'unico atto del procedimento arbitrale di cui il legislatore prescrive requisiti di forma-contenuto è la domanda di arbitrato; in secondo luogo perché sembra difficile ipotizzare che la procura conferita per il giudizio (al pari dell'elezione di domicilio) valga anche per l'arbitrato (peraltro, il problema sorgerebbe anche nell'ipotesi di riassunzione della causa davanti al giudice, dal momento che, in sede arbitrale, le parti potrebbero in ipotesi non essersi avvalse di un difensore), con la conseguenza che l'atto dovrebbe comunque essere notificato alla parte; in terzo luogo, perché l'atto di riassunzione in sede arbitrale dovrebbe contenere anche la nomina dell'arbitro e pertanto dovrà essere sottoscritto dalla parte personalmente.

simpliciter la prosecuzione del medesimo rapporto giuridico processuale da una sede all'altra⁶⁹.

Tale eterogeneità riguarda, innanzitutto, le regole che reggono i due procedimenti: senza pretesa di completezza, si pensi al ruolo della difesa tecnica⁷⁰, alla regolamentazione delle preclusioni assertive e istruttorie, alla disciplina dell'istruzione probatoria, alla disciplina degli atti compiuti dall'organo giudicante e quella dell'intervento⁷¹. Trattasi di differenze insopprimibili, che non sembrano potersi superare nemmeno attraverso la trasposizione, ai sensi dell'art. 816 *bis* c.p.c., nell'ambito del processo arbitrale delle medesime regole del processo ordinario.

E' vero che attraverso le disposizioni contenute nell'art. 1 del decreto legge n. 132 del 2014 in materia di "arbitrato deflattivo" (che consentono il trasferimento in sede arbitrale del contenzioso pendente in sede ordinaria, prevedendo che «*il procedimento prosegue davanti agli arbitri*», «*ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute*» e che «*restano fermi gli effetti sostanziali e processuali della domanda giudiziale*»), il legislatore sembrerebbe aver affermato la «*sostanziale omogeneità delle procedure giudiziali e di quelle arbitrali, con conseguente ammissibilità del passaggio dall'una all'altra*»⁷². Così come è vero che il nostro ordinamento conosce altre ipotesi in cui si pone un problema di prosecuzione fra processi regolati secondo disposizioni anche molto diverse fra loro: si pensi, ad esempio, al caso in cui la causa non solo sia stata

⁶⁹ BRIGUGLIO, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, cit., 95; MENCHINI, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, cit., 105 e 106; SASSANI, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, cit., 111.

⁷⁰ Tradizionalmente, le norme che nel codice di rito disciplinano l'istituto della difesa tecnica sono state ritenute inapplicabili al giudizio arbitrale; ciò sulla scorta del carattere privato e non giurisdizionale del procedimento arbitrale, nel quale il difensore nominato dalla parte (la cui presenza, peraltro, non sarebbe stata necessaria, potendosi la parte difendere da sola dinanzi agli arbitri) avrebbe operato quale mandatario munito dei poteri di rappresentanti piuttosto che come procuratore *ex art.* 82 ss c.p.c.; cfr. Cass. Sez. Un., 5 maggio 2011, n. 9839, in *Riv. arb.*, 2011, con nota di ROMANO, *Natura dell'arbitrato ed inapplicabilità delle disposizioni sulla procura* e in *www.Judicium.it*, con nota di DEBERNARDI, *Sulla (assenza di) forma nel procedimento arbitrale*. Oggi, la prospettiva è in parte mutata per effetto delle previsioni contenute nella nuova legge professionale forense, che all'art. 2, 5° comma, prevede che siano «*attività esclusive dell'avvocato, fatti salvi i casi espressamente previsti dalla legge, l'assistenza, la rappresentanza e la difesa nei giudizi davanti a tutti gli organi giurisdizionali e nelle procedure arbitrali rituali*». Non è chiaro, tuttavia, se la nuova norma sancisca l'obbligo di assistenza tecnica nel procedimento *apud arbitros* o, più modestamente, imponga alle parti che vogliono avvalersi di un difensore, di nominare un avvocato.

⁷¹ BRIGUGLIO, MENCHINI, SASSANI, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, cit., rispettivamente alle pagine 95, 105 ss. e 111.

⁷² BORGHESI, *La delocalizzazione del contenzioso civile: sulla giustizia sventola bandiera bianca?*, in *www.Judicium.it*.

introdotta dinanzi a un giudice incompetente, ma anche secondo un rito diverso da quello previsto dalla legge, nel quale alla trasmigrazione del processo da un giudice a un altro si accompagna anche il mutamento del rito, secondo le previsioni di cui agli artt. 426 e 427 c.p.c.⁷³.

Tali rilievi, tuttavia, non ci sembrano sufficienti a legittimare l'estensione di un meccanismo analogo a quello previsto dall'art. 50 c.p.c. A parte il fatto che il trasferimento della causa *ex art. 1 d.l. 132 del 2014* sembra un qualcosa di completamente diverso dal trasferimento che si configura in caso di declinatoria emessa dal giudice piuttosto che dall'arbitro (nel primo caso, più che a una devoluzione della lite in arbitrato, si assiste a un mutamento del soggetto chiamato a rendere la decisione), la declinatoria presuppone una controversia che ha ad oggetto non solo l'individuazione di tale soggetto, ma più radicalmente lo strumento processuale attraverso cui risolvere la controversia.

Occorre considerare, infatti, che, come ricordato nel primo capitolo, la devoluzione in arbitrato di una controversia non si risolve soltanto nella scelta di un diverso giudice, ma anche nell'opzione per un procedimento sostanzialmente diverso e alternativo da quello statale; per cui, non parrebbe rispettoso della volontà delle parti consentire la prosecuzione del procedimento, con salvezza di tutta l'attività processuale precedentemente compiuta, semplicemente attribuendo la decisione della lite a un soggetto diverso da quello adito inizialmente. Se le parti abbiano voluto l'arbitrato, è infatti necessario che l'intera causa venga celebrata secondo le norme proprie del procedimento arbitrale; analogamente, se le parti non abbiano inteso deferire ad arbitri la controversia, è necessario che questa venga risolta nel rispetto delle norme che regolano il procedimento dinanzi all'autorità giudiziaria. Opinando diversamente si perverrebbe alla conclusione, ad esempio, che nell'ipotesi in cui la parti abbiano voluto un arbitrato ma sia stato erroneamente adito il giudice ordinario, in caso di declinatoria esse avrebbero sì diritto a che la decisione sia resa da un arbitro, ma rimarrebbero comunque soggette alle scadenze assertive e istruttorie maturate nel corso del procedimento giurisdizionale; il che non parrebbe rispettoso della volontà delle parti.

L'eterogeneità fra il procedimento arbitrale e quello giurisdizionale si manifesta, inoltre, in una serie di difficoltà di ordine pratico che sorgerebbe

⁷³ Come invece sembra suggerire BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 283.

laddove si ipotizzasse di procedere alla traslazione del processo da una sede all'altra.

Si pensi, ad esempio, alla trasmissione del fascicolo d'ufficio ai sensi dell'art. 126 disp. att. c.p.c.⁷⁴. Anche qui, per risolvere il problema non sembra sufficiente attingere alle previsioni contenute nel decreto legge n. 132 del 2014 sull'arbitrato deflattivo, il cui art. 1 prevede che, nel caso in cui il litiganti decidano di avvalersi di tale strumento, il giudice «*dispone la trasmissione del fascicolo al presidente del Consiglio dell'ordine del circondario in cui ha sede il tribunale ovvero la corte di appello per la nomina del collegio arbitrale*». La norma è estremamente lacunosa e non chiarisce le modalità e i termini della trasmissione, né la sorte del fascicolo una volta che il procedimento si sia concluso; in difetto di ulteriori indicazioni, si dovrebbe ipotizzare che, per lo meno ne caso di riassunzione dinanzi al giudice, l'acquisizione del fascicolo d'ufficio debba avvenire su iniziativa delle parti, in modo non dissimile da quanto avviene nel caso d'impugnazione del lodo, che fino ad ora è rimasto l'unico in cui si verifichi un "trasferimento" del giudizio dalla sede arbitrale a quella giudiziale⁷⁵.

Un ulteriore problema è rappresentato, poi, dalla telematizzazione del processo civile, ormai definitivamente a regime e difficilmente compatibile con il trasferimento della causa dal giudice statale a quello arbitrale⁷⁶.

In fine, si consideri la diversa natura degli atti che compongono il fascicolo d'ufficio: quelli del processo civile sono atti redatti da pubblici ufficiali, muniti della pubblica fede, mentre quelli del procedimento arbitrale sono atti, che, come indirettamente chiarito dall'art. 813, 2° comma, c.p.c., appaiono qualificabili come scritture private. Ebbene, con riferimento al caso in cui la declinatoria sia resa in sede arbitrale, appare piuttosto improbabile che il fascicolo dell'ufficio del nuovo giudizio possa essere costituito anche dai secondi.

Il terzo ostacolo riguarda, invece, la difficoltà di configurare un meccanismo di traslazione del giudizio in un sistema, quale quello delineato dall'ultimo legislatore, in cui è esclusa la configurazione della litispendenza fra il

⁷⁴ SASSANI, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, cit., 112.

⁷⁵ Sulla sussistenza di un onere per la parte che impugni il lodo di produrre copia del fascicolo del procedimento arbitrale v. Cass., 27 luglio 2000, n. 9581.

⁷⁶ Evidenziati da SASSANI, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, cit., 112

procedimento arbitrale e quello ordinario. Come avremo modo di approfondire nell'ultimo capitolo, il legislatore della riforma ha escluso l'applicazione dell'art. 39 c.p.c. dai rapporti fra arbitrato e processo ordinario, ammettendo che in entrambe le sedi possano pendere giudizi aventi il medesimo oggetto. Ebbene, in tale situazione sarebbe difficile configurare una prosecuzione del medesimo rapporto da una sede all'altro: supponendo ad esempio, che siano gli arbitri a dichiararsi incompetenti in favore del giudice ordinario e dinanzi a quest'ultimo risulti già pendente la stessa controversia, la prosecuzione del rapporto processuale sarebbe impedita, ai sensi dell'art. 39 c.p.c., dalla pendenza dinanzi al medesimo giudice della stessa causa; analoghe considerazioni nell'ipotesi inversa, attesa la configurabilità, fra diversi procedimenti arbitrali, dell'istituto della litispendenza.

Diversamente, *de iure condendo* si dovrebbe immaginare un sistema in cui la pendenza del procedimento arbitrale impedisca la successiva instaurazione del procedimento ordinario (e viceversa), salvo garantire la prosecuzione del procedimento nell'altra sede ove l'organo adito preventivamente si dichiara incompetente; una simile soluzione risulta allo stato impraticabile, atteso il tenore dell'art. 819 *ter*, 1° comma, c.p.c.

I rilievi che precedono rendono più che ragionevole ipotizzare che la strada da seguire non sia quella della *translatio iudicii*, ma quella della riproposizione della domanda in un nuovo e separato giudizio, come nel caso della declinatoria di giurisdizione, ferma la salvezza degli effetti della domanda⁷⁷ e, per contro, che l'istituto della *translatio* possa trovare applicazione nelle sole ipotesi di riforma della pronuncia declinatoria resa dal giudice ordinario, nelle quali la prosecuzione del processo può effettivamente avvenire ai sensi degli artt. 49 e 50 c.p.c.⁷⁸.

Questa, del resto, era la soluzione contenuta nel progetto di riforma Vaccarella, il quale aveva previsto l'inserimento, al secondo comma dell'art. 819

⁷⁷ MENCHINI, *Il controllo*, cit., 406; LUISO, *Effetti sostanziali della domanda*, cit., 11; IZZO, *La convenzione*, cit., 162. E' evidente che, mentre l'adozione della riassunzione fa salvi gli effetti della prima domanda, la riproposizione fa retroagire gli effetti della seconda domanda al momento della prima. L'alternativa fa i due modelli non appare foriera di particolari conseguenze laddove gli effetti della domanda proposta agli arbitri e di quella proposta al giudice coincidano, mentre laddove ciò non accada, il rimedio più adeguato appare senza dubbio il secondo; cfr. E.F. RICCI, *Declinatoria di giurisdizione*, cit., 702.

⁷⁸ CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *Commentario alle riforme*, cit., 881; ID., *Rapporti tra arbitri*, cit.

ter c.p.c., di un paragrafo a mente del quale «*gli effetti sostanziali e processuali della domanda sono fatti salvi, se questa è riproposta in sede giurisdizionale o arbitrale nel termine di tre mesi da quando divengono definitivi il lodo o la sentenza che dichiarano l'incompetenza*».

Tale soluzione non appare incompatibile che il tenore della pronuncia resa dalla Corte costituzionale. Nel dichiarare l'illegittimità dell'art. 819 *ter* c.p.c., la Consulta non ha affermato (per lo meno non esplicitamente) l'applicabilità dell'art. 50 c.p.c. ai rapporti fra giudici e arbitri, ma semplicemente la necessità che entro tali rapporti trovino applicazione agli stessi principi cui tale norma è ispirata, ossia il *favor* verso la prosecuzione del giudizio verso una decisione sul merito e la tutela delle aspettative della parte che abbia introdotto la controversia dinanzi al soggetto privo della necessaria *potestas iudicandi*⁷⁹; il che appare tutto sommato ragionevole, dal momento che l'art. 819 *ter* c.p.c. escludeva l'applicazione della regola «*corrispondente*» all'art. 50 c.p.c. e non l'art. 50 c.p.c. *tout court*. Il legislatore avrà quindi mani libere nel determinare le modalità di prosecuzione del processo. Del resto, nella motivazione elaborata dalla Corte l'accento non è posto sull'applicazione dell'art. 50 c.p.c., bensì sulla conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda, obiettivo rispetto alla cui attuazione l'art. 50 c.p.c. rappresenta solo una delle possibili strade. Inoltre, l'applicazione dell'art. 50 c.p.c. risulterebbe necessitata solo laddove i rapporti fra arbitri e giudice ordinario fossero propriamente riconducibili alla categoria della competenza⁸⁰, mentre si è visto nel primo capitolo che le scelte compiute dall'ultimo legislatore potrebbero legittimare diverse opzioni ricostruttive⁸¹.

Assumendo tale prospettiva, alla declinatoria resa dagli arbitri o dal giudice dovrebbe quindi seguire l'instaurazione di un nuovo (e diverso) giudizio

⁷⁹ BOVE, *Sulla dichiarazione*, cit., 1115; BOVE, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, cit., 89; MENCHINI, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, cit., 105. In tal senso già FORNACIARI, *Conservazione degli effetti dell'atto introduttivo anche nei rapporti fra giudice e arbitro: sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 819 ter, 2° comma, c.p.c.* (nota a Trib. Catania, 21 giugno 2012), in *Riv. arb.*, 2012, 899. In senso contrario CONSOLO, *Il rapporto arbitri-giudici*, cit., 1110 e 1111.

⁸⁰ Questa, peraltro, la prospettazione compiuta da Trib. Catania, 21 giugno 2012, cit.

⁸¹ BIANCHI, *op. cit.* La stessa Corte costituzionale, nell'affermare che «*l'arbitrato rituale resta un fenomeno che comporta una rinuncia alla giurisdizione pubblica*» sembra intendere che la pronuncia di difetto di *potestas* in ragione dell'accordo compromissorio non sia qualificabile come una mera pronuncia d'incompetenza.

dinanzi all'organo munito della *potestas iudicandi* secondo le forme previste dal rito applicabile dinanzi a quest'ultimo, dunque attraverso la notifica di un atto di citazione (o – in ipotesi – il deposito di un ricorso) e la notifica di una domanda d'arbitrato⁸².

Rispetto alla disciplina del difetto di giurisdizione, parrebbe tuttavia opportuno eliminare il riferimento, contenuto nel secondo comma dell'art. 59 della legge n. 69 del 2009, al mantenimento delle preclusioni e delle decadenze già maturate. Considerata l'eterogeneità dei procedimenti, non sembra possibile trascinare dinanzi agli arbitri le preclusioni maturate dinanzi al giudice ordinario (in arbitrato non vigono infatti preclusioni), né avrebbe senso trascinare davanti al giudice ordinario preclusioni che dinanzi agli arbitri non esistono⁸³. Quanto alle decadenze relative al diritto sostanziale, è evidente che la riproposizione della domanda non potrà che garantire la salvezza degli effetti prodottisi per effetto dell'avvio del primo giudizio.

Per quanto riguarda le prove raccolte nel giudizio conclusosi con la declaratoria d'incompetenza, diciamo subito che nella maggior parte dei casi la declinatoria dovrebbe essere pronunciata prima di dar corso all'istruttoria; tuttavia, potendo accadere che il giudice, dapprima convintosi dell'infondatezza dell'*exceptio compromissi*, muti opinione in sede di decisione, e potendo in alcuni casi l'eccezione d'incompetenza essere sollevata nel corso del procedimento (ad esempio nel caso di formulazione di domande esorbitanti), non può escludersi l'eventualità che la sentenza o il lodo declinatorio vengano emessi dopo che siano stati compiuti atti istruttori. In tal caso, le prove dovrebbero essere considerate alla stregua di prove raccolte in un altro processo, anche se – non ci nascondiamo – questa qualificazione (con tutto ciò che ne deriva) potrebbe non essere condivisa, per lo meno con riferimento alle prove assunte dagli arbitri⁸⁴. Resta inteso, in ogni

⁸² BRIGUGLIO, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, cit., 95; MENCHINI, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, cit., 106 e 107; SASSANI, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, cit., 111. In tal senso anche Cass., 6 dicembre 2012, n. 22002, cit., che, dopo aver opinato in senso favorevole all'applicabilità dell'art. 50 c.p.c. ai rapporti fra giudici e arbitri, ha previsto che le parti dovessero provvedere all'avvio del procedimento arbitrale nei modi cui agli artt. 809 e 810 c.p.c.

⁸³ BOVE, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, cit., 90; BRIGUGLIO, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, cit., 94; MENCHINI, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, cit., 108.

⁸⁴ Invero, non essendo configurabile l'estinzione del giudizio in cui è stata dichiarata l'incompetenza e in assenza di una norma speciale quale è l'art. 59, 5° comma, l. 69 del 2009 (a mente della quale le prove raccolte dal giudice privo di giurisdizione degradano ad argomenti di prova anche nel caso di tempestiva riassunzione del giudizio), non sembra esservi alternativa fra il

caso, che le prove assunte dagli arbitri potranno fare il proprio ingresso in sede giudiziale delle prove precedentemente assunte dagli arbitri sia sottoposto ai limiti di ammissibilità previsti per il procedimento dinanzi all'organo *ad quem*, così come accade, ad esempio, nel caso in cui alla trasmigrazione del giudizio si accompagni il mutamento del rito disposto ai sensi dell'art. 427 c.p.c. In ogni caso, sarà auspicabile la rinnovazione, da parte del giudice (e anche dell'arbitrato) di tutti i mezzi di prova che siano ancora ripetibili.

Ovviamente, la riproposizione della domanda dovrà avvenire a cura dall'attore⁸⁵, il quale – presumibilmente – dovrà conferire una nuova procura al difensore; inoltre, l'atto introduttivo dovrà inoltre essere notificato alla parte personalmente⁸⁶.

Infine, dovrebbero mantenersi efficaci i provvedimenti cautelari che siano stati concessi in corso di causa prima della declaratoria di difetto di *potestas iudicandi*. Per quanto riguarda i provvedimenti concessi dal giudice, non sembrerebbero porsi particolari problemi, posto che in caso di arbitrato la potestà cautelare è comunque riservata all'autorità giudiziaria⁸⁷. L'unica eccezione sarebbe infatti rappresentata dall'ipotesi in cui, in sede d'impugnazione di una delibera assembleare, il giudice avesse concesso la sospensiva: in tal caso, infatti, la *potestas* cautelare competerebbe agli arbitri secondo quanto disposto dall'art. 35, 5° comma, del d.lgs. n. 5 del 2003. Sul punto pare condivisibile il richiamo all'orientamento giurisprudenziale relativo ai provvedimenti di sospensione concessi dall'autorità giudiziaria ad arbitrato pendente, ma prima della costituzione del collegio e, dunque, sembra ragionevole ritenere che il provvedimento mantenga la propria efficacia, salva la facoltà per gli arbitri di revocarlo o modificarlo⁸⁸.

considerare tali prove nel senso di cui al testo, oppure nel non riconoscere alle stesse valore alcuno. Di diverso avviso 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, 1387, secondo il quale la previsione di cui all'art. 59 dovrebbe indurre a considerare le prove raccolte dagli arbitri alla stregua di argomenti di prova. Per quanto riguarda, invece, la sorte delle prove raccolte dal giudice, si è ritenuto in dottrina che il loro ingresso nel procedimento arbitrale non sia soggetto a particolare vincoli, vigendo in sede arbitrale unicamente il principio del libero convincimento.

⁸⁵ Laddove, invece, se si trattasse di mera riassunzione l'atto di impulso potrebbe provenire da entrambe le parti; cfr. MENCHINI, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, cit., 107.

⁸⁶ MENCHINI, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, cit., 107.

⁸⁷ SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 699.

⁸⁸ SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 699.

Le stesse considerazioni dovrebbero valere nel caso opposto, ossia laddove siano gli arbitri (i quali abbiano disposto la sospensione dell'atto impugnato) a declinare la propria competenza in favore del giudice: anche qui, la sospensiva manterrà la propria efficacia, ma ciò non escluderà il potere del giudice *ad quem* di modificarla o revocarla⁸⁹.

Attesa la sussistenza di una *potestas* cautelare arbitrale in materia societaria, occorre capire – e qui ci permettiamo di aprire una piccola parentesi limitata al contenzioso societario – se il giudice o gli arbitri aditi per il merito, ai quali sia richiesta la concessione di una misura cautelare ma la cui competenza sia contestata in ragione dell'esistenza (o dell'inesistenza) dell'accordo compromissorio, possano decidere sull'istanza cautelare ancorché si ritengano incompetenti, o se la decisione della questione di competenza debba in ogni caso precedere l'esame dell'istanza, precludendone nel caso la decisione. Il tema si pone anche nell'ambito del procedimento ordinario, allorché la competenza del giudice al quale sia indirizzata un'istanza cautelare in corso di causa sia contestata.

Nonostante la diversa opinione di una parte della dottrina, che ha dato al quesito risposta positiva, ritenendo che l'incompetenza del giudice adito per il merito non precluda allo stesso l'esercizio della potestà cautelare prevista dall'art. 669 *quater*, 1° comma, c.p.c.⁹⁰, l'orientamento giurisprudenziale prevalente ritiene che l'incompetenza del giudice adito per il merito impedisca a quest'ultimo la possibilità di decidere sulle richieste cautelari, rilevando come la previsione di cui all'art. 669 *quater*, 1° comma, c.p.c. (che attribuisce la *potestas* cautelare al giudice dinanzi al quale pende la causa di merito) non faccia venire meno l'esigenza, per tale giudice, di verificare preliminarmente la sussistenza dei presupposti per l'esercizio dei propri poteri decisorii, di cognizione sommaria come di cognizione piena⁹¹. Con specifico riferimento ai rapporti fra arbitrato e processo ordinario si è tuttavia opinato nel senso contrario, ossia il giudice dinanzi al quale pende la causa di merito sarebbe in ogni caso competente a pronunciarsi

⁸⁹ SASSANI, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, cit., 113.

⁹⁰ CONSOLO, Sub art. 669 *quater* c.p.c., *La riforma del processo civile*, a cura di Claudio Consolo, Francesco Paolo Luiso e Bruno Sassani, Milano, 1991, 444; FRUS, Sub art. 669 *quater* c.p.c., in *Le riforme del processo civile*, a cura di Sergio Chiarloni, Bologna, 1992, 630.

⁹¹ Trib. S. Maria Capua Vetere, 6 maggio 2011; Trib. Napoli, 14 luglio 2004; Trib. Pistoia, 20 ottobre 1994, in *Foro it.*, 1994, I, 3215.

sulle domande cautelari proposte in corso di causa, a nulla rilevando che la sua competenza risulti contestata in ragione di una clausola compromissoria statutaria⁹².

Sulla determinazione del termine entro il quale debba essere instaurato il nuovo giudizio, è evidente che il legislatore godrà della massima libertà; sembrerebbe tuttavia auspicabile che, a differenza di quanto previsto dall'art. 50 c.p.c., egli non rimettesse la sua fissazione all'organo che abbia pronunciato la declinatoria, ma lo stabilisse *ex lege*⁹³. Ad oggi, in via cautelativa, non può che applicarsi il termine trimestrale previsto dal citato art. 50 c.p.c., nonché dall'art. 59 della legge n. 69 del 2009⁹⁴.

Quanto, invece, alla determinazione del *dies a quo*, quest'ultimo potrebbe coincidere con l'emanazione della pronuncia declinatoria oppure con il suo passaggio in giudicato. L'idea di applicare *sic et simpliciter* la disciplina sulla declaratoria d'incompetenza o quella della declaratoria di difetto di giurisdizione e di far decorrere il termine anche prima del consolidamento della decisione⁹⁵ pone un problema di coordinamento fra il giudizio che venga instaurato dinanzi al giudice munito della *potestas iudicandi* e l'eventuale giudizio d'impugnazione della sentenza o del lodo con cui il giudice o gli arbitri si sono spogliati della lite.

Impregiudicato il tema dell'efficacia della pronuncia sul patto compromissorio (sul quale ritorneremo nel capitolo successivo), l'impossibilità di applicare la previsione di cui agli artt. 48 c.p.c. e 59 l. n. 69 del 2009 fra le due sedi e i dubbi in ordine all'applicabilità dell'art. 337, 2° comma, c.p.c. espongono le parti al rischio di un pericoloso andirivieni della competenza (arbitrale o giurisdizionale), tale da indurre a preferire una soluzione che individui il *dies a*

⁹² Trib. Roma, 14 maggio 2003.

⁹³ In senso contrario BRIGUGLIO, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, cit., 96, secondo il quale sul punto dovrebbe trovare l'art. 50 c.p.c. e la conseguente possibilità per il giudice (ma anche per l'arbitro) di fissare il termine per la prosecuzione del giudizio.

⁹⁴ In senso conforme Cass., 6 dicembre 2012, n. 22002, cit.

⁹⁵ Come chiarito da Cass., Sez. Un., 22 novembre 2010, n. 23596, cit., con riferimento alla declaratoria di difetto di giurisdizione *ex art.* 59 l. n. 69 del 2009, il termine di tre mesi dal passaggio in giudicato della decisione sulla questione di giurisdizione rappresenta soltanto il termine massimo per la prosecuzione del processo, alla quale le parti potrebbero dare corso anche anticipatamente. Nella particolare ipotesi in cui il giudizio sia riassunto nonostante l'impugnazione in appello della declinatoria di giurisdizione, il giudice *ad quem* non potrà che attenersi al contenuto della declinatoria o sollevare d'ufficio il regolamento di giurisdizione (secondo quanto previsto dall'art. 59); in quest'ultimo caso, il giudice dell'impugnazione potrà decidere se sospendere o meno il giudizio in attesa della pronuncia delle Sezioni Unite.

quo nel passaggio in giudicato della decisione⁹⁶. Il medesimo problema sembra porsi anche nel diverso caso in cui, in seguito all'annullamento del lodo declinatorio ai sensi degli art. 829, 1° comma, n. 10, c.p.c., il giudizio debba ritornare agli arbitri. In questo particolare caso, salvo ritenere indispensabile il passaggio in giudicato della decisione resa nel giudizio di nullità, si potrebbe ipotizzare un'applicazione analogica dell'art. 353, 3° comma, c.p.c., consentendo la riproposizione della domanda agli arbitri anche prima di tale momento, con la precisazione che l'impugnazione per cassazione della sentenza resa dalla Corte d'appello determinerà l'interruzione del termine di riassunzione.

7. L'inapplicabilità dell'art. 38, 2° comma, c.p.c.

Prima di proseguire e di affrontare il tema dell'efficacia della decisione con cui gli arbitri e il giudice si siano pronunciati sull'eccezione d'incompetenza, ci pare opportuno aprire una piccola parentesi. I numerosi richiami della disciplina positiva alle norme sulla competenza e l'adesione alla tesi favorevole all'applicazione dell'istituto della *translatio iudicii* fra arbitri e giudici legittimano l'interrogativo sull'applicabilità del meccanismo previsto dall'art. 38, 2° comma, c.p.c., ossia sulla possibilità per l'attore di aderire all'eccezione d'incompetenza formulata dal convenuto, trasferendo il giudizio dinanzi all'organo indicato come competente.

Ora, è evidente che il presupposto per l'applicazione di tale norma è costituito dalla riconduzione dei rapporti fra arbitrato e processo ordinario alla categoria della competenza, nonché dalla ritenuta applicabilità di un istituto, quale è per l'appunto la *translatio iudicii*, che consente al processo di proseguire da una sede all'altra⁹⁷; l'adesione a una diversa ipotesi ricostruttiva (quale quella sostenuta nel presente lavoro) preclude *in nuce* tale possibilità. Tuttavia, anche sulla base delle premesse di cui sopra la conclusione non sarebbe scontata.

Attraverso l'art. 38, 2° comma, c.p.c. il legislatore consente alle parti di

⁹⁶ VERDE, *Ancora sulla pendenza*, cit., 226.

⁹⁷ Su tali presupposti, in senso favorevole all'applicazione della norma di cui al testo, v. ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 258.

addivenire a un accordo sulla competenza nel corso del procedimento⁹⁸. Tale possibilità deriva, in via generale, dal fatto che l'ordinamento consenta alle parti di stipulare accordi derogativi della competenza territoriale: accordi espliciti, quali quelli conclusi prima dal processo ai sensi dell'art. 29 c.p.c. e accordi taciti, quali quelli che conseguono all'omessa eccezione d'incompetenza da parte di colui che sia convenuto dinanzi a un giudice territorialmente incompetente⁹⁹. Al predetto accordo il giudice resta estraneo: egli non può sindacarne il merito, dovendo limitarsi a verificare la sussistenza dei requisiti formali al fine di emettere il provvedimento di cancellazione della causa dal ruolo¹⁰⁰, provvedimento che però non contiene alcun accertamento sulla competenza territoriale; in altre parole, l'effetto vincolante sulla competenza (anche per il giudice *ad quem*¹⁰¹) di cui all'art. 38 c.p.c. discende unicamente dal contegno delle parti.

Le due fattispecie non sono però perfettamente sovrapponibili: l'accordo extraprocessuale è un vero e proprio negozio, è soggetto alle prescrizioni formali di cui all'art. 29 c.p.c. ed esplica effetti rispetto a uno o più affari determinati; l'accordo di cui all'art. 38, 2° comma, c.p.c., invece, non presenta tali caratteristiche, giacché non deve essere stipulato dalle parti personalmente, non richiede la forma scritta a pena di nullità e ha un'efficacia endoprocedimentale, condizionata alla tempestiva riassunzione della causa dinanzi al giudice *ad quem*¹⁰². Tale accordo è quindi reso possibile in forza della specifica previsione contenuta nella norma e, ove questa mancasse, potrebbe realizzarsi solo nel rispetto delle prescrizioni contenute nell'art. 29 c.p.c. e avrebbe i medesimi effetti di qualunque altro accordo elettivo del foro. E dal momento che, come riconosciuto unanimemente dagli interpreti, nel nostro ordinamento vige il principio di tipicità degli accordi processuali¹⁰³, la non piena sovrapponibilità fra l'*exceptio compromissi* e l'eccezione d'incompetenza per territorio semplice

⁹⁸ Accordo che potrebbe sopraggiungere fino alla decisione sull'eccezione d'incompetenza; cfr. ARIETA, *La sentenza sulla competenza. Struttura, efficacia e stabilità*, Padova, 1990, 24.

⁹⁹ LEVONI, voce «Competenza, cit., 134.

¹⁰⁰ Salvo che – s'intende – egli non ritenga di rilevare d'ufficio altri e diversi profili d'incompetenza che, superando quello territoriale, impongano una decisione sulla questione; cfr. ARIETA, *op. cit.*, 24, 27 e 30.

¹⁰¹ Il quale è però vincolato alla sola indicazione territoriale e può rilevare la propria incompetenza in ragione di profili diversi; cfr. ARIETA, *op. cit.*, 304.

¹⁰² ARIETA, *op. cit.*, 26; LEVONI, voce «Competenza, cit., 136.

¹⁰³ Cfr. CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 42 ss.; BOVE, *L'impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2009, 51.

dovrebbe rendere la previsione di cui all'art. 38, 2° comma, c.p.c. inapplicabile ai rapporti fra arbitrato e processo ordinario¹⁰⁴.

Ovviamente, è possibile che in corso di causa le parti si accordino sull'organo competente a decidere la lite: il convenuto potrebbe infatti rinunciare all'eccezione d'incompetenza, consentendo la prosecuzione del procedimento, mentre l'attore potrebbe aderirvi, accordandosi con il convenuto per abbandonare la sede giurisdizionale e dare avvio al procedimento arbitrale o viceversa¹⁰⁵. In questo secondo caso, affinché tale accordo possa esplicare effetti al di fuori della sede nel quale è stato raggiunto, le parti hanno a disposizione due strumenti.

Il primo è costituito dalla formulazione di conclusioni conformi in ordine all'eccezione d'incompetenza, così da provocare una decisione della questione¹⁰⁶, la quale avrebbe tuttavia tutti i limiti sui quali ritorneremo *infra* (ben inteso che tali conclusioni potranno vincolare il giudice soltanto per quel che concerne il giudizio di fatto e non anche per quale che riguarda il giudizio di diritto).

Il secondo è rappresentato dall'estinzione del procedimento (che potrà avvenire, nel caso del procedimento ordinario, per rinuncia agli atti o per inattività, mentre, nel caso del procedimento arbitrale, attraverso una revoca congiunta del mandato conferito agli arbitri), accompagnata dalla formalizzazione, per iscritto, di un accordo estintivo, ricognitivo o novativo del patto compromissorio, con cui le parti personalmente o i loro mandatari *ad negotia*, risolvano consensualmente l'accordo compromissorio o pongano fine alle controversie inerenti alla sua validità o al suo contenuto¹⁰⁷.

Affinché possa concretamente operare nel successivo giudizio, tale accordo dovrà comunque essere fatto valere dalla parte interessata; in ogni caso, esso non impedirà alla parte convenuta di eccepire l'incompetenza dell'organo adito¹⁰⁸ e a quest'ultimo di valutare in piena autonomia la validità e la portata

¹⁰⁴ Trib. Arezzo, 18 ottobre 2011.

¹⁰⁵ SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 220.

¹⁰⁶ Tale parrebbe la soluzione seguita da Trib. Arezzo, 18 ottobre 2011, relativa a un caso in cui, in seguito all'adesione da parte dell'attore all'*exceptio compromissi* formulata dalla convenuta, il giudice si era dichiarato incompetente, compensando le spese di lite.

¹⁰⁷ VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 194.

¹⁰⁸ Ovviamente, la parte che, in ossequio all'accordo, instauri il nuovo giudizio si troverà definitivamente preclusa la possibilità di dedurre l'incompetenza del giudice adito; cfr. Cass., 28 giugno 1975, n. 2565, cit., in motivazione.

dell'accordo¹⁰⁹. È inoltre evidente che, a differenza dall'accordo previsto dall'art. 38, 2° comma, c.p.c. (destinato a operare sul piano processuale e nei limiti del giudizio in cui sia posto in essere), l'accordo in parola opererà sul piano sostanziale, nel senso che, incidendo sul patto compromissorio, esso rimarrà valido ed efficace indipendentemente dall'instaurazione del nuovo giudizio.

¹⁰⁹ In senso contrario sembra tuttavia orientata la non recentissima Cass., 23 giugno 1975, n. 2493, in *Foro it.*, 1976, I, 97, con nota senza titolo di BARONE; analogamente Coll. Arb., Ferrara, 21 aprile 1989, cit. In alternativa, l'eccezione potrebbe essere impedita valorizzando il disposto dell'art. 88 c.p.c.; sul punto v. IZZO, *La convenzione*, cit., 260 ss.

CAPITOLO V: L'EFFICACIA DELLA DECISIONE SULLA *POTESTAS IUDICANDI* ARBITRALE

SOMMARIO: 1. Premessa – 2.1. L'efficacia della pronuncia sul patto compromissorio quale decisione sulla competenza – 2.2. *Segue*: nonostante l'intervento del legislatore, la questione rimane aperta – 3.1. La valorizzazione della dimensione sostanziale della pronuncia sul patto compromissorio – 3.2. Il disposto dell'ultimo comma dell'art 819 *ter* c.p.c. e l'efficacia della sentenza resa dall'autorità giudiziaria – 3.3 *Segue*: l'efficacia della pronuncia resa dagli arbitri – 3.4. *Segue*: l'efficacia della sentenza resa dalla Corte d'appello in sede d'impugnazione del lodo – 4. Ulteriori considerazioni sull'ultimo comma dell'art. 819 *ter* c.p.c. – 5. Le conseguenze sul regime d'impugnazione della decisione sul patto compromissorio – 6. Il *dies a quo* per la riproposizione della domanda

1. Premessa

Nel precedente capitolo abbiamo dato atto che, fra i numerosi problemi che sorgono con riferimento alla prosecuzione del giudizio in caso di declinatoria, si pone quello relativo all'efficacia del lodo e della sentenza con cui gli arbitri e il giudice si dichiarino privi della *potestas iudicandi*. Ora, il tema della trasmigrazione del processo da una sede all'altra e quello della vincolatività della pronuncia sul patto compromissorio siano temi ontologicamente diversi¹; tuttavia, è evidente che un'eventuale *translatio iudicii* non accompagnata da alcun vincolo finisca inevitabilmente per frustrare quell'esigenza di tutela giurisdizionale che l'istituto è chiamato a soddisfare (del resto, in passato il tema è stato indagato per lo più in via strumentale rispetto a quello della *translatio iudicii*). In ogni caso, il problema legato all'efficacia della pronuncia sul patto compromissorio può porsi indipendentemente dalla necessità di procedere dal trasferimento del processo da una sede all'altra, dal momento che le parti che abbiano concluso un patto compromissorio ben potrebbero avere interesse a individuare, una volta per tutte, il soggetto, giudice o arbitro, cui rivolgere le proprie domande.

¹ PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, 2° ed., Padova, 2012, 202; BIANCHI, *Translatio iudicii tra giudice statale ed arbitri?*, in www.Judicium.it

2.1. L'efficacia della pronuncia sul patto compromissorio quale decisione a contenuto processuale

Come si è testé anticipato, in passato il problema è stato sviscerato in modo strumentale a quello della *translatio iudicii* e assumendo, come presupposto, che la decisione sull'*exceptio compromissi* fosse assibilabile a una decisione sulla competenza.

Su questa base la dottrina più risalente aveva infatti provato a esportare il modello contenuto nel Libro I del codice di procedura civile ai rapporti fra arbitrato e processo ordinario, postulando l'applicazione non solo dell'art. 50 c.p.c. ma anche degli artt. 44 e 45 c.p.c. che, come ricordato in precedenza, disciplinano l'efficacia della pronuncia declinatoria. Tale affermazione era supportata da un lato dalla considerazione che la declinatoria pronunciata dal giudice ordinario potesse esplicare in sede arbitrale la medesima efficacia che esplicava in sede ordinaria; dall'altro dal fatto che l'art. 825 c.p.c., non operando alcuna distinzione in base al contenuto del lodo oggetto di omologazione, facesse sì che la declinatoria d'incompetenza rientrasse pienamente fra le possibili statuizioni dell'arbitro e che non vi fossero ostacoli al deposito di un lodo declinatorio²: quest'ultimo, infatti, una volta omologato, avrebbe dato origine a una normale declinatoria di competenza, suscettibile di vincolare il giudice *ad quem* secondo quanto previsto dalle norme contenute nel libro primo³.

Tali argomentazioni sembrarono trovare riscontro nell'assimilazione del lodo alla sentenza operata dall'intervento riformatore del 1994. Se, alla luce di tali modifiche, non poteva più dubitarsi che fra gli effetti del lodo vi fossero quelli propri dell'accoglimento o del rigetto della domanda, analogamente non si sarebbe potuto (più) negare che fra tali effetti vi fossero anche quelli prodotti dalle sentenze processuali, fra cui quelle sulla competenza⁴. Sulla base di questi rilievi e

² BUONCRISTIANI, *Efficacia nel procedimento arbitrale della sentenza del giudice ordinario declinatoria della competenza a favore del collegio arbitrale* (nota a Coll. Arb., Ferrara, 21 aprile 1989), in *Riv. arb.*, 1992, 751; SCHIZZEROTTO, «*Translatio iudicii*» e giudizio arbitrale, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 2038; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, 3° ed., Milano, 1988, 236 e 242.

³ ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, 3° ed., Napoli, 1964, 845; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 236 e 242; ID., «*Translatio iudicii*», cit., 2040

⁴ BOCCAGNA, *L'impugnazione del lodo per nullità*, I, Napoli, 2005, 291; ACONE, *Arbitrato e competenza*, in *Riv. arb.*, 1996, 257 e 263. Favorevole all'applicazione dell'art. 44 c.p.c. è anche NELA, *Arbitrato rituale e regolamento necessario di competenza* (nota a Cass., 1 febbraio 2001, n. 1403 e Cass., 15 settembre 2000, n. 12175), in *Giur. it.*, 2001, I, 1, 2039.

nonostante la diversa opinione espressa della giurisprudenza⁵, la maggioranza degli interpreti opinò in senso favorevole alla vincolatività della declaratoria d'incompetenza ai sensi dell'art. 44 c.p.c., precisando che, essendo l'*exceptio compromissi* (al pari dell'eccezione di difetto di *potestas* arbitrale) assimilabile all'eccezione d'incompetenza per territorio derogabile, al giudice o agli arbitri *ad quos* sarebbe stata preclusa la possibilità di sollevare il regolamento di competenza ai sensi dell'art. 45 c.p.c.⁶.

Altra parte della dottrina, invece, assimilando i rapporti fra arbitri e giudici ordinari a quelli sussistenti fra diverse giurisdizioni e ipotizzando l'applicazione analogica della legge n. 218 del 1995, ritenne che il rischio di un conflitto negativo di competenza potesse essere evitato facendo applicazione dell'art. 4, 3° comma della predetta legge, a mente del quale la deroga alla giurisdizione italiana «è inefficace se il giudice o gli arbitri indicati declinano la giurisdizione o comunque non possono conoscere della causa». Applicando tale disposizione ai rapporti fra arbitrato e processo ordinario, sarebbe stato possibile pervenire al seguente risultato: se gli arbitri, preventivamente aditi, avessero declinato la propria giurisdizione, il giudice statale successivamente sollecitato avrebbe dovuto dichiararsi munito di giurisdizione e decidere il merito della lite; se il giudice, investito per primo della questione, si fosse dichiarato privo di giurisdizione, gli arbitri avrebbero potuto riconoscere la loro *iurisdictio* e decidere la controversia, oppure dichiararsi a loro volta privi di *potestas*, nel qual caso la domanda avrebbe dovuto essere riproposta al giudice ordinario, al quale non sarebbe stato consentito spogliarsi nuovamente del giudizio⁷. In questo modo, l'eventuale conflitto negativo di competenza fra arbitri e giudici sarebbe stato risolto sempre a favore della *potestas iudicandi* statale, posto che la declinatoria

⁵ Che invece considerava il lodo d'incompetenza non suscettibile di deposito, ritenendo che oggetto dell'omologa pretorile potesse essere solo un provvedimento con cui gli arbitri avessero effettivamente esercitato la funzione giurisdizionale rispetto alla controversia loro sottoposta e non già un atto che altro non rappresentava che la conferma del mancato svolgimento di tale funzione; cfr. Cass., 27 maggio 1961, n. 1261, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, 881, con nota senza titolo di COLESANTI, e in *Giust. civ.*, 1961, I, 1836, con nota di SAMMARCO, *Trasmigrazione del processo dall'arbitro al giudice ordinario* e, in dottrina, VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Napoli, 1971, 546.

⁶ BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 287; ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 263; BUONCRISTIANI, *op. cit.*, 752.

⁷ BOVE, *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 438; D'ALESSANDRO, *Ancora una volta la Suprema corte nega la translatio iudicium nei rapporti tra giudice e arbitro* (nota a Cass., 12 agosto 1997, n. 7521), in *Riv. arb.*, 1998, 497.

resa in sede arbitrale, risolvendosi in un'impossibilità di funzionamento della clausola compromissoria, avrebbe fatto "risorgere" la competenza del giudice ordinario⁸.

Si è già dato conto, nel corso della narrazione, del diverso orientamento seguito dalla giurisprudenza, la quale, interpretando in modo rigoroso il principio di *Kompetenz-Kompetenz*, ha sempre escluso che la decisione sull'eccezione d'incompetenza resa dagli arbitri piuttosto che dal giudice ordinario potesse spiegare effetti al di fuori del giudizio in cui fosse stata resa⁹. Donde la possibilità per il giudice o gli arbitri aditi in seguito alla pronuncia declinatoria di riesaminare la questione in piena autonomia e, nel caso, di disattendere la precedente decisione; per cui le parti sarebbero rimaste esposte al rischio di un conflitto negativo di competenza.

2.2. Segue: nonostante l'intervento del legislatore, la questione rimane aperta

L'orientamento giurisprudenziale testé riportato sembrerebbe essere stato recepito, nella sostanza, dall'ultimo legislatore. Nonostante le aspettative create dalla legge delega, egli non è infatti intervenuto sul punto, quasi non avesse avuto consapevolezza del problema¹⁰.

⁸ BOVE, *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.*, 1999, 421. Possibilista rispetto all'applicazione di questa norma è anche DELLA PIETRA, *Il procedimento*, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di Giovanni Verde, 3° ed., Torino, 2005, 240.

⁹ Cass., 7 aprile 1997, n. 3001, in *Riv. arb.*, 1997, 517, con nota di LUISO, *Ancora sui rapporti tra arbitri e giudice*; Cass., 8 luglio 1996, n. 6205, in *Corr. giur.*, 1996, 1007, con nota di CARBONE, *I ripensamenti sulla potestas judicandi degli arbitri nel corso del procedimento arbitrale*; Cass., 28 marzo 1991, n. 3361, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 552, con nota senza titolo di FADEL; Cass., 18 dicembre 1973, n. 3433, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1110; Cass., 27 maggio 1961, n. 1261, cit.; App. Roma, 9 marzo 1992, n. 677, in *Riv. arb.*, 1992, 706, con nota di MARENGO, *Inammissibilità del regolamento di competenza avverso il lodo rituale*. In senso apparentemente difforme v. Cass., 25 luglio 1997, n. 6950, in *Giust. civ.*, 1998, I, 478, nella cui motivazione si afferma che spetta al giudice dell'impugnazione del lodo risolvere una volta per tutte la questione di competenza. Di diverso avviso anche Cass., 19 settembre 1980, n. 5316, con cui la Corte aveva affermato che laddove la sentenza con cui il pretore, dinanzi al quale era stata eccepita l'incompetenza dell'autorità giudiziaria per essere la controversia devoluta alla cognizione arbitrale, avesse dichiarato la propria incompetenza per valore e rimesso le parti dinanzi al tribunale, non fosse stata impugnata con regolamento di competenza, il tribunale, dinanzi al quale fosse stata riassunta la causa non avrebbe potuto dichiarare in favore degli arbitri la propria incompetenza, che sarebbe rimasta incontestabile a norma dell'art. 44 c.p.c. avendo la competenza arbitrale, al pari di quella territoriale, carattere relativo e derogabile.

¹⁰ BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.*, 2007, 373; BOVE, CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006, 81.

Invero, l'apparente riconduzione dei rapporti fra arbitri e giudici alla categoria della competenza operata dalla riforma avrebbe legittimato l'applicazione delle norme che nel processo ordinario regolano la declinatoria di competenza: l'espressa qualificazione dell'*exceptio compromissi* come eccezione d'incompetenza e il riconoscimento in capo al lodo rituale dei medesimi effetti della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria avrebbero dovuto indurre a ritenere che tanto la sentenza quanto il lodo dichiarativi dell'incompetenza in ragione dell'esistenza o dell'inesistenza di un accordo compromissorio potessero spiegare i medesimi effetti del provvedimento con cui, nell'ambito del giudizio ordinario, un giudice dichiara la propria incompetenza in favore di altro ufficio.

Senonché, come già anticipato nel corso della trattazione, il legislatore della riforma ha esplicitamente escluso l'applicabilità, nei rapporti fra arbitri e giudici ordinari, delle regole corrispondenti agli artt. 44 e 45 c.p.c., così precludendo *in nuce* la possibilità di riconoscere alla pronuncia sul patto compromissorio l'efficacia vincolante di cui all'art. 44 c.p.c. o di consentire al giudice o agli arbitri *ad quos* la possibilità di sollevare d'ufficio il regolamento di competenza¹¹. Peraltro, come già osservato altrove, il fatto che il legislatore abbia utilizzato l'espressione «*regole corrispondenti agli artt. 44, 45*» appare indicativo della sua volontà di negare cittadinanza non solo alla norme in sé, ma addirittura alle *rationes* ispiratrici delle stesse¹². Nell'ottica del legislatore, tale esclusione si pone(va) quale diretta conseguenza dell'esclusione dell'istituto della *translatio iudicii* dai rapporti fra arbitrato e processo ordinario, nel senso che non potendo il processo trasmigrare da una sede all'altra, la pronuncia sull'eccezione d'incompetenza si sarebbe risolta in una mera affermazione in ordine alla legittimazione del giudice o dell'arbitro aditi a decidere la controversia, senza alcuna indicazione dell'ufficio che sarebbe stato competente a conoscere il merito della lite¹³. Essa, tuttavia, finisce per estremizzare il grado di assolutezza con cui dovrebbe essere inteso il principio della *Kompetenz-Kompetenz* sancito dall'art.

¹¹ BOVE, *Ancora sui rapporti*, cit., 373; ID., *Resta la confusione sulle liti transnazionali*, in *Guida dir.*, 2006, numero 8, 105; BOVE, CECHELLA, *op. cit.*, 81;

¹² Tale formulazione è valorizzata anche da CAPPONI, *Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria secondo il nuovo art. 819 ter c.p.c.*, in www.Judicium.it

¹³ Secondo CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Antonio Briguglio e Bruno Capponi, III, 2° tomo, Padova, 2009, 879; ID., *Rapporti tra arbitri*, cit., sarebbe stato dunque sufficiente escludere l'art. 50 c.p.c. per determinare automaticamente l'esclusione delle altre due disposizioni.

817 c.p.c., rendendo gli arbitri e i giudici liberi di conoscere della propria competenza in modo del tutto autonomo senza che nei loro confronti possa rilevare la valutazione che di tale questione fosse compiuta *aliunde*¹⁴.

Su tale contesto non sembra aver inciso in modo significativo la sentenza della Corte costituzionale n. 223 del 19 luglio 2013. In tale occasione l'art. 819 *ter* c.p.c. è stato dichiarato infatti incostituzionale solo nella parte in cui esclude(va) l'art. 50 c.p.c., con la conseguenza che l'esclusione avente ad oggetto gli artt. 44 e 45 c.p.c. deve ritenersi ancora operante¹⁵. Né sembra possibile opinare nel senso che, essendo l'esclusione degli artt. 44 e 45 c.p.c. diretta conseguenza dell'esclusione dell'art. 50 c.p.c., la declaratoria d'incostituzionalità pronunciata con riferimento all'art. 819 *ter* c.p.c. riguardi non solo l'art. 50 c.p.c. ma anche le altre esclusioni previste dalla norma¹⁶. Una simile lettura appare impedita dal fatto che la stessa Corte costituzionale abbia dichiarato illegittimo *in parte qua* la norma precisando che resta «ferma la parte restante dello stesso art. 819 *ter*». Inoltre, si dovrebbe considerare che, in conformità alle previsioni dell'art. 27 della legge n. 87 del 1953, il giudice costituzione avrebbe potuto superare i limiti dell'istanza di rimessione, indicando quali altre disposizioni legislative avrebbero dovuto ritenersi illegittime in conseguenza dalla decisione adottata; il che, però, non è avvenuto e, nella propria motivazione, la Corte costituzionale non ha speso una sola parola con riferimento al problema legato all'efficacia della pronuncia declinatoria¹⁷. Per alcuni, quindi, la pronuncia della Corte costituzionale necessiterebbe quindi di un completamento, attraverso un intervento che

¹⁴ CAPPONI, *Modestino Acone, la competenza e l'arbitrato*, in *Il giusto processo civile*, 2009, 403; ID., *Rapporti tra arbitri*, cit.

¹⁵ BRIGUGLIO, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. arb.*, 2014, 94; MENCHINI, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. arb.*, 2014, 102 e 103; SALVANESCHI, *Arbitrato. Libro Quarto: Procedimenti speciali art. 806-840*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, a cura di Sergio Chiarloni, Bologna, 2014, 697; EAD., *Ancora sull'arbitrabilità delle impugnative di delibere assembleari e sulla competenza a deciderle* (nota a Cass., 30 ottobre 2012, n. 18671), in *Riv. arb.*, 2013, 928; 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, 2697; IZZO, *La convenzione*, cit., 157.

¹⁶ Come suggerito da BIANCHI, *op. cit.*

¹⁷ BOVE, *Sulla dichiarazione di parziale incostituzionalità dell'art. 819 *ter* c.p.c.*, in *Il giusto processo civile*, 2013, 1119

estendesse ai rapporti fra arbitri e giudici di una disposizione analoga all'art. 44 c.p.c.¹⁸.

In realtà, l'applicazione degli artt. 44 e 45 c.p.c. ai rapporti fra arbitrato e processo ordinario non sarebbe in ogni caso scevra da difficoltà. Come noto, nel processo ordinario la vincolatività della statuizione sulla competenza trova un limite nella sussistenza di una competenza funzionale *ex art. 28 c.p.c.* o della competenza per materia: ebbene, nel rapporto fra arbitri e giudici quali limiti dovrebbero essere riconosciuti alla pronuncia declinatoria? E, soprattutto, gli arbitri e il giudice sarebbero legittimati a sollevare un conflitto negativo di competenza ai sensi dell'art. 45 c.p.c.? Non solo; nel processo ordinario la parte che intende contestare la competenza del giudice adito è tenuta a specificare le ragioni dell'incompetenza in relazione ad ogni singolo criterio attributivo della competenza e, soprattutto, a indicare il giudice che a suo avviso sarebbe competente a conoscere della controversia; parimenti, il giudice che, in accoglimento di tale eccezione, dichiara la propria incompetenza deve indicare il giudice dinanzi al quale le parti devono riassumere il giudizio¹⁹ e, come visto in principio, tale indicazione è vincolante per il giudice *ad quem*, con il solo limite dell'art. 45 c.p.c.

Ora, *nulla quaestio* laddove il soggetto a spogliarsi della causa sia il giudice ordinario: che si tratti del giudice adito in primo grado, della Corte d'appello investita dell'impugnazione della sentenza di primo grado o della Corte di cassazione che pronunci in sede di regolamento di competenza, egli potrà limitarsi a negare la competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria, dichiarando la sussistenza della competenza arbitrale.

Quid, invece, nel caso opposto? Laddove, cioè, siano gli arbitri a declinare la propria competenza in favore dell'autorità giudiziaria.

In tal caso, coerenza vorrebbe essi non si limitassero ad affermare la competenza del giudice ordinario, ma individuassero altresì tale giudice, secondo i criteri contenuti nel Libro I, con ciò ingerendosi nella ripartizione della

¹⁸ ACONE, «Translatio iudicii» *tra giudice ed arbitro: una decisione necessaria incompiuta o volutamente pilatesca?* (nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223), in *Foro it.*, 2013, I, 2701.

¹⁹ LEVONI, voce «Competenza nel diritto processuale civile», in *Digesto Civ.*, III, Torino, 1988, 136.

competenza in seno all'ordine giurisdizionale²⁰. Così ragionando, si dovrebbe ritenere che, contrariamente all'interpretazione prevalente dell'art. 817 c.p.c., la parte che contesti la competenza arbitrale sia anche tenuta a indicare il giudice concretamente competente a conoscere della controversia secondo quanto previsto dall'art. 38 c.p.c. Sennonché, suscita qualche perplessità l'idea che gli arbitri possano non solo decidere con efficacia vincolante sulla validità o sull'operatività del patto compromissorio, ma anche individuare il giudice cui spetti la cognizione della lite, dal momento che, in questo modo, essi compirebbero un accertamento che esula dalla verifica della sussistenza dei propri poteri decisorii, andando a intaccare il potere, riconosciuto a ciascun giudice dalla legge, di decidere della propria competenza (questa volta intesa in senso tecnico) in piena autonomia; potere che, nell'ambito della giurisdizione ordinaria, trova un limite soltanto nella decisione compiuta da altro giudice.

Tali ultime considerazioni forniscono un ulteriore argomento a sostegno della tesi contraria all'applicazione della *translatio iudicii* fra arbitrato e processo e dimostrano la necessità di seguire un modello in cui la salvezza degli effetti della domanda proposta a un organo privo di *potestas* sia garantita attraverso la riproposizione della domanda, dunque uno schema nel quale la decisione degli arbitri si arresti al semplice accertamento dell'invalidità o dell'inefficacia della convenzione d'arbitrato (o dell'esorbitanza della lite rispetto ad essa), senza andare oltre²¹, e nel quale a tale pronuncia faccia seguito la riproposizione della domanda davanti all'organo che la parte ritenga competente per quella controversia²², attraverso l'instaurazione di un nuovo e distinto processo,

²⁰ In tal senso ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 263, nonché ANDRIOLI, *Commento*, cit., 845 e 846, il quale però riteneva che il giudice *ad quem* potesse comunque sottrarsi all'indicazione fatta dall'arbitro in caso di competenza funzionale o per materia. In senso favorevole – sia pur *de iure condendo* – anche BRIGUGLIO, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, cit., 95 e MENCHINI, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, cit., 108.

²¹ IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo. Studio sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, Torino, 2013, 168.

²² A rigore, l'individuazione del giudice competente a conoscere della controversia dovrebbe essere preceduta dall'individuazione del plesso giurisdizionale (ordinario o speciale) cui appartiene la controversia. Non sembra, tuttavia, che, nel rendere la declaratoria d'incompetenza, gli arbitri possano spingersi fino all'individuazione di questo plesso; non sembra, cioè, che, una volta dichiarata invalida o inoperante la convenzione arbitrale, gli arbitri possano decidere se la lite rientri o meno nella giurisdizione esclusiva. Tale questione potrà sorgere soltanto nel momento in cui il giudizio sia concretamente proseguito e, nel caso, dovrà essere risolta secondo i meccanismi che disciplinano il riparto di giurisdizione. In tal senso sembra opinare SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 699.

nell'ambito del quale il convenuto potrà sollevare l'eccezione d'incompetenza cui all'art. 38 c.p.c., cui seguirà, secondo la disciplina propria della competenza, l'individuazione dell'ufficio concretamente competente a decidere il merito della lite (in modo non dissimile da quanto avviene in caso di declinatoria di giurisdizione²³).

Volendo raggiungere una prima conclusione, possiamo dire che, *rebus sic stantibus*, ove gli arbitri o il giudice accolgano l'eccezione d'incompetenza formulata dalla parte convenuta e si dichiarano privi della *potestas iudicandi*, la loro decisione non sarà in grado di vincolare il soggetto, giudice o arbitro, individuato come competente in tale pronuncia. In assenza della speciale previsione di cui all'art. 44 c.p.c., la loro pronuncia, in quanto decisione di rito, avrà un'efficacia endoprocessuale, confinata cioè al procedimento nel quale è stata resa. Ciò significa – in teoria – che, ove la domanda sia riproposta dinanzi al soggetto indicato come competente, le parti potranno sollevare nuovamente l'eccezione d'incompetenza e l'organo adito sarà libero di valutare *ex novo* e in assoluta autonomia la questione di competenza²⁴. E tale soggetto potrà, se del caso, emettere a sua volta un provvedimento di tipo declinatorio, con la conseguenza che fra arbitri e giudice potrebbe ben configurarsi un conflitto negativo di competenza²⁵.

A tale regola sembrano fare eccezione due ipotesi.

La prima è rappresentata dal caso in cui sulla questione di competenza si sia pronunciata la Corte di cassazione. Qualora si opini nel senso che la questione inerente alla sussistenza della *potestas* arbitrale sia una questione di competenza

²³ BOVE, *Giurisdizione e competenza nella recente riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1303; E.F. RICCI, *Declinatoria di giurisdizione e (così detta) translatio iudicii*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 697.

²⁴ MENCHINI, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, cit., 103; BOVE, *Ricadute sulla disciplina dell'arbitrato della legge n. 69/2009*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 83; Coll. arb., Roma, 10 maggio 2012, in *Riv. arb.*, 2014, 601, con nota di RAVIDÀ, *Sull'efficacia della pronuncia del giudice che declina la propria competenza in favore dell'arbitro e sulla forma dell'accordo di arbitrato*. Secondo IZZO, *La convenzione*, cit., 260 ss., questo scenario potrebbe essere scongiurato invocando i principi di lealtà e probità sanciti dall'art. 88 c.p.c., i quali dovrebbe precludere alla parte che abbia dapprima contestato la competenza arbitrale di eccepire successivamente l'incompetenza del giudice ordinario. Per un'applicazione di tale principio ad un caso le difese contrastanti erano state fatte valere in due sedi differenti, ancorché nell'ambito della medesima processuale, v. Cass., 26 luglio 2012, n. 1328.

²⁵ MENCHINI, *Il controllo*, cit., 365; CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *Commentario alle riforme*, cit., 880; ID., *Rapporti tra arbitri*, cit.; BOVE, *Resta la confusione*, cit., 105; NELA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di Sergio Chiarloni, 2° tomo, Bologna, 2006, 1771.

(e, come tale, sia soggetta all'applicazione delle norme che ne compongono lo statuto, con la sola eccezione di quelle escluse dal legislatore), si dovrebbe ragionevolmente concludere che laddove la Corte di cassazione pronunci sulla questione in sede di regolamento di competenza o anche di ricorso ordinario proposto ai sensi dell'art. 360, 1° comma, n. 2, c.p.c., la sua decisione sia dotata di quell'efficacia panprocessuale tradizionalmente attribuita alle decisioni rese sulla competenza e sulla giurisdizione²⁶. Tale decisione dovrebbe quindi ritenersi vincolante per i giudici e per gli arbitri che successivamente dovessero essere investiti della medesima controversia. Ora, è vero che in passato la Corte di cassazione si è spinta fino ad affermare che le proprie pronunce non sarebbero state vincolanti nei confronti degli arbitri²⁷. Tuttavia, se già tale affermazione appariva alquanto discutibile in passato²⁸, oggi la vincolatività delle statuizioni compiute dalla Corte regolatrice, alla quale è istituzionalmente demandato il compito di statuire sulla competenza, dovrebbe essere fuori discussione.

Questa conclusione appare supportata dal fatto che l'ultimo legislatore abbia previsto il regolamento di competenza quale mezzo d'impugnazione delle sentenze che pronunciano sull'*exceptio compromissi* e dal fatto che, fra le norme

²⁶ MENCHINI, voce «Regiudicata civile», in *Dig. Civ.*, XVI, Torino, 1997, 417 ss.; ACONE, voce «Regolamento di competenza: diritto processuale civile», in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1995, 3 e 17; ARIETA, *La sentenza sulla competenza. Struttura, efficacia e stabilità*, Padova, 1990, 313; in giurisprudenza Cass., 22 settembre 2000, n. 12528; Cass. 7 gennaio 1983, n. 112; Cass., 18 novembre 1982, n. 6206. Ai sensi dell'art. 310, 2° comma, c.p.c., le sentenze sulla competenza, tanto se rese in sede di regolamento quanto se rese in sede di ricorso ordinario, sopravvivono all'estinzione del giudizio, esplicando la propria efficacia conformativa nell'eventuale successivo giudizio che venisse instaurato sulla medesima controversia. Analoga efficacia è tradizionalmente riconosciuta alle decisioni rese sulla giurisdizione; cfr. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2° ed., Torino, 1994, 91. Sennonché, per quanto riguarda queste ultime, il tenore dell'intervento riformatore del 2009 ha indotto parte della dottrina a rimeditare questo orientamento e a circoscrivere tale efficacia panprocessuale al solo caso in cui sulla questione di giurisdizione si pronuncino le Sezioni Unite adite con il relativo regolamento, escludendo dunque il caso in cui la decisione sia resa da una sezione semplice ai sensi dell'art. 374 c.p.c.; cfr. CONSOLO, *La translatio iudicii tra giurisdizioni nel nuovo art. 59 della legge di riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1267; BOVE, *Giurisdizione e competenza*, cit., 1303.

²⁷ Cass., 7 aprile 1997, n. 3001, cit.; Cass., 8 luglio 1996, n. 6205, cit.

²⁸ BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 279 e 290; ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 262. Si consideri che da una simile affermazione sarebbe dovuta discendere la conseguenza che la sentenza resa dalla Corte di cassazione non avrebbe dovuto ritenersi vincolante nemmeno nel giudizio d'impugnazione che fosse stato successivamente instaurato nei confronti del lodo; diversamente, infatti, si sarebbe caduti nell'assurdo di consentire la pronuncia di un lodo destinato a priori ad essere annullato; cfr. LUISO, *Ancora sui rapporti tra arbitri e giudice*, in *Riv. arb.*, 1997, 525 e, successivamente, BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite ed il regime della eccezione fondata su accordo compromissorio* (nota a Cass., 25 giugno 2002, n. 9289), in *Riv. arb.*, 2002, 525. Ritiene, invece, che la decisione della Corte di cassazione, pur non vincolando l'arbitro, vincoli comunque il giudice dell'impugnazione per nullità DELLA PIETRA, *op. cit.*, 238 e 240.

espressamente escluse dall'ambito dei rapporti fra arbitrato e processo ordinario, egli non abbia menzionato né l'art. 310 c.p.c. né l'art. 49 c.p.c.²⁹. Ne dovrebbe conseguire che, ogni qual volta la controversia in ordine alla sussistenza della *potestas iudicandi* arbitrale giunga in cassazione, la decisione resa dai giudici di legittimità vincolerà le parti (nonché gli arbitri e il giudice) all'indicazione in essa contenuta e ciò indipendentemente dalla tempestiva riassunzione o prosecuzione del giudizio dinanzi al soggetto indicato come competente a conoscere il merito della lite³⁰³¹.

La seconda eccezione dovrebbe essere rappresentata dal caso in cui la Corte d'appello adita ai sensi dell'art. 828 c.p.c. annulli un lodo dal contenuto

²⁹ MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino, 2008, 226.

³⁰ VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico* (nota a Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2013, n. 24153), in *Corr. giur.*, 2014, 98; MENCHINI, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, cit., 100; MENCHINI, *Il controllo e la tutela della convenzione arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2013, 397; IZZO, *Appunti sull'eccezione di patto compromissorio e sulla sentenza che la decide*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 465; NELA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *Le recenti riforme*, cit., 1816. In tal senso, già SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 236 e, sia pur in ipotesi, MARENGO, *Inammissibilità del regolamento di competenza avverso il lodo rituale* (nota ad App. Roma, 9 marzo 1992, n. 677), in *Riv. arb.*, 1992, 708. Ovviamente, tale efficacia conformativa sarebbe condizionata al fatto che la lite successivamente riproposta in sede arbitrale o in sede ordinaria coincida, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, con quella nell'ambito la Corte abbia reso la propria decisione. Ove tale identità venga meno, la pronuncia resa dai giudici di legittimità sarà priva di tale efficacia. È evidente che l'accertamento compiuto dalla Corte di cassazione, in quanto strumentale alla decisione sulla competenza (cfr. ACONE, voce «Regolamento», cit., 16), non sarebbe idoneo a provocare un giudicato sostanziale sul patto compromissorio. Volendo fare un esempio concreto, se la Corte di cassazione dichiarasse la sussistenza della *potestas* del giudice ordinario in ragione dell'invalidità del patto compromissorio, quest'ultimo non verrebbe certo rimosso dall'ordinamento (come nel caso di una pronuncia che ne accertasse *principaliter* la nullità), ma la sua operatività sarebbe preclusa solo nel caso in cui la domanda proposta nel successivo giudizio fosse identica a quella coltivata nel procedimento nel quale la Corte di cassazione abbia reso la propria pronuncia; cfr. VERDE, *Arbitrato e giurisdizione*, cit., 98. La decisione della Corte di cassazione sarebbe quindi inutile ogni qual volta venisse introdotta una diversa controversia, ancorché retta dal medesimo accordo arbitrale (si pensi al caso della convenzione arbitrale che accade ad un rapporto negoziale di durata, nell'ambito del quale possano sorgere molteplici controversie, oppure al caso della clausola per arbitrato endosocietario, di per sé idonea a ricomprendere una pluralità indefinita di controversie; in tali casi, ogni controversia potrebbe determinare l'insorgenza di contestazioni sulla clausola compromissoria).

³¹ In senso contrario si potrebbe argomentare sulla base dell'esclusione dell'art. 48 c.p.c. operata dall'art. 819 *ter* c.p.c. Si è già detto che – a nostro avviso – questa norma deve essere intesa nel senso che l'esclusione della sospensione dovrebbe valere solo rispetto al procedimento arbitrale e non anche rispetto al procedimento ordinario nell'ambito del quale il regolamento sia stato proposto. Ora, come noto la sospensione prevista da tale norma risponde all'esigenza di evitare che, in pendenza del mezzo d'impugnazione, venga compiuta dell'attività processuale destinata alla caducazione per effetto dell'accoglimento del regolamento di competenza. L'esclusione della norma dai rapporti fra arbitri e giudici il legislatore potrebbe dunque essere il frutto dell'idea che nei confronti degli arbitri la sentenza resa dalla Corte di cassazione sia inefficace, nel senso che, non esplicando effetti rispetto al giudice privato, non vi sarebbe ragione alcuna per disporre la sospensione del procedimento arbitrale. Di qui il dubbio che, in questo caso, l'art. 310 c.p.c. non trovi applicazione e che, come ritenuto in passato dalla stessa Corte di cassazione, la statuizione resa in sede di regolamento di competenza vincoli soltanto il giudice e non anche gli arbitri.

declinatorio, stabilendo che la controversia debba ritornare agli arbitri. In tal caso la vincolatività della decisione rescindente appare garantita dalla già citata previsione di cui all'art. 830 c.p.c., a mente della quale «quando la corte d'appello non decide nel merito, alla controversia si applica la convenzione d'arbitrato, salvo che la nullità (del lodo, n.d.r.) dipenda dalla sua invalidità o inefficacia», in forza della quale sembra corretto ritenere che, ove il giudizio venga riproposto dinanzi agli arbitri, questi ultimi non possano esimersi dal decidere il merito della controversia (sulla portata di tale previsione ritorneremo *infra*).

Fuori da queste due ipotesi, la statuizione (arbitrale o giurisdizionale) in ordine alla validità e all'ampiezza del patto compromissorio sarebbe priva di qualsivoglia efficacia extraprocedimentale.

Tale conclusione, tuttavia, lascia comprensibilmente insoddisfatti e legittima la ricerca di soluzioni di tipo diverso.

Una prima opzione, già avanzata prima della riforma, potrebbe essere quella di applicare analogicamente l'art. 4 della legge 218 del 1995, così da risolvere l'eventuale conflitto negativo di competenza fra arbitri e giudici ordinari sempre a favore di questi ultimi; soluzione, questa, che, nonostante l'apparente riconduzione dei rapporti fra arbitri e giudici alla categoria della competenza, potrebbe trovare spazio proprio in ragione della carenza che affligge la disciplina positiva³².

Una seconda opzione potrebbe consistere nell'erosione del dogma rappresentato dall'idoneità al giudicato delle pronunce a contenuto processuale³³,

³² G.F. RICCI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *Arbitrato. Commento al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile (artt. 806 – 840)*, a cura di Federico Carpi, 2° ed., Bologna, 2007, 512; BOVE, *Ancora sui rapporti*, cit., 375; ID., *Resta la confusione*, cit., 105; BOVE, CECHELLA, *op. cit.*, 81;

³³ L'orientamento più risalente e consolidato esclude, infatti, che le sentenze a contenuto processuale siano idonee alla formazione del giudicato sostanziale. Tali sentenze, infatti, hanno a oggetto l'esistenza del rapporto processuale (dunque, l'obbligo del giudice di pronunciare sul merito) e, a differenza delle sentenze di merito (che hanno ad oggetto un bene del vita e dunque devono necessariamente valere al di fuori del processo), spiegano efficacia solo all'interno di esso; cfr. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*. Ristampa, Napoli, 1980, 912. In argomento v. MENCHINI, voce «Regiudicata civile», in *Dig. Civ.*, XVI, Torino, 1997, 417 ss.; ID., *Il giudicato civile*, Torino, 1988, 249 ss.; ARIETA, *La sentenza sulla competenza. Struttura, efficacia e stabilità* Padova, 1990, 313 ss.; VACCARELLA, *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, 1975, 332 ss. e, più recentemente, v. TURRONI, *La sentenza civile sul processo. Profili sistematici*, Torino, 2006, 195 ss. Come visto poc'anzi nel testo, a tale regola fanno eccezione soltanto le sentenze sulla competenza e sulla giurisdizione, le quali, se emesse dalla Corte di cassazione, sono dotate di un'efficacia pan processuale; ciò, tuttavia, in ragione del disposto dell'art. 310 c.p.c. che integra un'deroga alla regola testé illustrata.

attraverso il ricorso della teoria dell'antecedente logico necessario, cioè riconoscendo alla pronuncia d'incompetenza resa sull'*exceptio compromissi* un'efficacia conformativa anche rispetto al suo presupposto fondamentale, che sarebbe costituito dall'accertamento in ordine alla validità e dell'ampiezza del patto compromissorio³⁴, oppure attraverso il riconoscimento del c.d. giudicato sulla motivazione, cioè attribuendo all'accertamento compiuto in ordine ai presupposti della pronuncia a contenuto processuale un'efficacia conformativa in tutti gli altri giudizi che siano legati al precedente da uno specifico legame logico-giuridico, tale da consentire al «*motivo portante*» della decisione in rito di operare anche nei giudizi successivi³⁵.

³⁴ LUISO, SASSANI, *La riforma del processo civile: commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Milano, 2006, 267; LUISO, *Rapporti tra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.*, 2005, 791. In giurisprudenza la tesi potrebbe trovare una conferma in Cass., 28 maggio 1998, n. 5280, in *Riv. arb.*, 1999, 445, con nota di LEPRI, *Spunti in tema di erronea impugnazione per nullità del lodo non rituale*, che, con riferimento al tema dell'impugnazione del lodo irrituale illegittimamente omologato, aveva affermato che la declaratoria d'inammissibilità dell'impugnazione per nullità proposta avverso tale lodo (per essere lo stesso sottoposto al regime impugnatorio del lodo irrituale) avrebbe esplicitato un'efficacia vincolante in tutti i successivi giudizi nei quali fosse sorta questione in ordine alla natura dell'arbitrato e del relativo lodo, precludendo alle parti la possibilità di rimettere in discussione (dinanzi al giudice adito con l'impugnazione negoziale) tale fatto. Nel compiere tale affermazione (alla quale i giudici di legittimità risultano indotti dalla necessità di evitare che il problema qualificatorio potesse riproporsi sia davanti alla Corte d'appello sia davanti al Tribunale, frustrando così ogni tentativo d'impugnazione del lodo erroneamente qualificato), essi rilevano che, nel caso di specie, la sentenza d'inammissibilità aveva come «*antecedente logico necessario il compiuto accertamento della effettiva volontà espressa dalle parti nel compromesso e la qualificazione giuridica in termini di compromesso irrituale*» e proseguono osservando che «*sarebbe contrario ad ogni esigenza logica e giuridica ammettere che un tale accertamento possa essere messo nel nulla nell'ulteriore processo insorto tra le stesse parti davanti al giudice dell'impugnazione del lodo irrituale*». In senso contrario BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, in AA. VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, II, 332 e BOVE, *Ancora sui rapporti*, cit., 375, secondo i quali la teoria in parola non sarebbe applicabile alle pronunce a contenuto processuale, potendo essa accrescere la portata di un precedente giudicato, ma non anche attribuire l'efficacia di giudicato a una decisione che ne sia priva. Su posizioni analoghe MURONI, *La pendenza*, cit., 226 e 227, secondo i quali il ricorso a tale istituto sarebbe reso impossibile dalla mancanza di una previsione *ad hoc*.

³⁵ Sul punto MENCHINI, *Il controllo*, cit., 398, 400, 401 e 408, secondo il quale tale conclusione parrebbe oggi suffragata anche da CGCE, 25 novembre 2012, C-456/11 in *Foro it.*, 2013, IV, 32, con nota di D'ALESSANDRO, *Pronunce declinatorie di giurisdizione: la Corte di giustizia impone limiti di efficacia europei*, con cui i giudici comunitari hanno riconosciuto alla pronuncia resa sulla clausola elettiva del foro la stessa efficacia (e, dunque, la stessa idoneità a circolare nello spazio comunitario) di qualsiasi altra pronuncia di merito; 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, 1111; BOCCAGNA, *Sub art. 817 c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, a cura di Massimo V. Benedettelli, Claudio Consolo e Luca Radicati di Brozolo, Padova, 2010, 257. Nello stesso senso, prima della riforma, v. CONSOLO, *Raccordi o antifonie fra arbitrato e giudizio ordinario? Profili comparatistici e transnazionali*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, V, Milano, 2004, 3833; BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 288 e 523 ss. Con riferimento alla sentenza *Gothaer*, si può osservare, tuttavia, che essa non chiarisce se l'idoneità

3.1. La valorizzazione della dimensione sostanziale della pronuncia sul patto compromissorio

Una terza e più radicale possibilità potrebbe essere quella di riconoscere alla decisione sul patto compromissorio un'efficacia diversa da quella tradizionalmente attribuita alle decisioni a contenuto processuale, valorizzando la sua dimensione sostanziale di provvedimento con cui il giudice o l'arbitro pronunciano sull'esistenza, sulla validità o sull'interpretazione di un contratto, quale è il patto compromissorio, e come tale in grado di vincolare le parti, i loro successori e gli aventi causa ai sensi dell'art. 2909 c.c.³⁶.

Sul punto, l'atteggiamento giurisprudenziale è sempre stato caratterizzato da una totale chiusura. In più occasioni la Corte di cassazione ha infatti ribadito come la pronuncia sull'eccezione d'incompetenza non potesse costituire un capo autonomo della sentenza (o del lodo) munito dell'autorità propria del giudicato³⁷: in quanto decisione a contenuto processuale, la pronuncia dichiarativa o declinatoria della competenza sarebbe stata priva di efficacia al di fuori del procedimento in cui fosse stata resa; con la conseguenza che, come visto poc'anzi, in un eventuale successivo giudizio (arbitrale o ordinario), il tema avrebbe potuto essere riproposto senza preclusioni e il giudice o l'arbitro successivamente aditi avrebbero potuto disattendere la valutazione compiuta in precedenza, dichiarandosi a loro volta incompetenti.

Alla negazione di qualsivoglia efficacia extraprocessuale della pronuncia resa sull'eccezione di patto compromissorio si accompagnava, del resto, la ritenuta impossibilità, per le parti, di proporre una domanda autonoma sulla

della decisione contenente una declaratoria d'incompetenza in favore di un giudice straniero sia fondata sulla circostanza che, nell'ordinamento d'origine, quella sentenza avesse comunque un'efficacia extraprocessuale (presupposto per il riconoscimento ai sensi del Regolamento comunitario) o se essa sia il frutto dell'attribuzione, a livello comunitario, di un'efficacia extraprocessuale alla sentenze di rito; conclusione, questa, evidentemente in contrasto con quanto accade nei singoli ordinamenti nazionali.

³⁶ La necessità di uscire «dalle secche» in cui si cade applicando alle pronunce sul patto compromissorio la disciplina delle sentenze sulla competenza (cfr. LUISSO, *Ancora sui rapporti*, cit., 526) è avvertita da SASSANI, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. arb.*, 2014, 113; da FRASCA, *Corte cost. n. 223 del 2013 e art. 819 ter c.p.c.: una dichiarazione di incostituzionalità veramente necessaria?* (nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223), in *Foro it.*, 2013, I, 2705 e da RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Sergio Menchini, Padova, 2010, 384.

³⁷ Cass., 28 marzo 1991, n. 3361, cit.; Cass., 27 maggio 1961, n. 1261, cit.; Cass., 27 luglio 1957, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 247 e 258, con nota di COLESANTI, *Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri*. In dottrina BOVE, *Rapporti tra arbitro*, cit., 420; VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 535.

convenzione arbitrale, cioè una domanda che, indipendentemente dall'instaurazione della controversia sul rapporto sostanziale cui la convenzione accedeva, fosse volta a conseguire l'accertamento dell'inesistenza o dell'(in)validità di tale convenzione o la sua interpretazione. Secondo l'orientamento giurisprudenziale dominante, tale azione, al pari di qualsiasi altra domanda volta ad accertare l'esistenza di un presupposto processuale, sarebbe stata sfornita d'interesse ad agire, in quanto destinata a sfociare in una pronuncia (sulla competenza) inidonea alla formazione del giudicato e dunque insuscettibile di essere spesa nell'eventuale successivo giudizio (arbitrale o ordinario) in cui si fosse posta la medesima questione³⁸.

L'orientamento testé riportato sarebbe stato superabile solo attribuendo alla questione inerente alla sussistenza della *potestas* arbitrale natura sostanziale. Più precisamente, sarebbe stato necessario riconoscerle il rango di autonomo bene della vita e qualificarla non già come semplice questione preliminare di merito, bensì come vera e propria questione pregiudiziale, ossia come una questione che, non potendo essere ridotta a mero elemento costitutivo del rapporto principale,

³⁸ Cass., 28 marzo 1991, n. 3361, cit.; Cass., 27 luglio 1957, cit. In dottrina BUONCRISTIANI, *op. cit.*, 1992, 755; ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 243; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 224 e 225; VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 331; ANDRIOLI, *Commento*, cit., 836 e 837. Sulla carenza di interesse ad agire insiste in modo particolare App. Milano, 10 aprile 2001, in *Corr. giur.*, 2001, 1452, con nota di CONSOLO, MURONI, *L'eccezione di arbitrato rituale come eccezione "di merito" e la supposta inammissibilità del regolamento di competenza*, e in *Riv. arb.*, 2001, 723, con nota di CHIZZINI, *Note in tema di clausola compromissoria per arbitrato irrituale e azione di mero accertamento dinanzi al giudice ordinario*, con riferimento ad un caso in cui, in pendenza di un procedimento per arbitrato irrituale, era stata proposta una domanda di accertamento sull'ampiezza della clausola compromissoria, ha dichiarato inammissibile l'azione per difetto di interesse ad agire, rilevando che l'eventuale accoglimento della domanda non avrebbe attribuito alle parti alcuna utilità non essendo spendibile né nel procedimento arbitrale (nel quale gli arbitri avevano già deliberato positivamente la questione), né nell'eventuale procedimento d'impugnazione (nel quale la questione avrebbe dovuto essere affrontata *ex novo*). Per la Corte d'appello un accertamento sul fatto che gli arbitri si fossero o meno mantenuti entro i limiti sanciti dall'accordo compromissorio non sarebbe stato ammissibile *ex ante*, ma solo *ex post*; inoltre, una simile iniziativa non avrebbe avuto alcuna finalità satisfattiva (non sarebbe cioè stata attributiva di alcun bene delle vite), ma si sarebbe tradotta in un accertamento preventivo da utilizzarsi in una prospettiva eventuale e futura, nel caso di soccombenza in sede arbitrale. In senso favorevole all'ammissibilità di tali azioni v., invece, PUNZI, *Disegno*, cit., I e II, 2000, 426 e 206 ss., sia pur limitatamente al caso in cui non fosse stata ancora introdotto il procedimento arbitrale; DANOVI, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999, 415; BOVE, *Rapporti tra arbitro*, cit., 1999, 414; FADEL, nota senza titolo a Cass., 28 marzo 1991, n. 3361, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 552; ANDRIOLI, *Commento*, cit., 836; COLESANTI, *Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri* (nota a Cass., 27 luglio 1957), in *Riv. dir. proc.*, 1958, 252, secondo il quale tale azione poteva essere considerata alla stregua di un'impugnazione anticipata del lodo (in senso contrario, sul punto, VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit. 329); REDENTI, voce «Compromesso», in *Novissimo Dig. It.*, III, Torino, 1957, 795; JANNUZZI, nota senza titolo a Cass., 9 dicembre 1949, n. 2564, in *Giur. it.*, 1951, I, 1, 156; CHIOVENDA, *op. cit.*, 118.

sarebbe stata idonea a divenire oggetto di un autonomo giudizio e sulla cui decisione può formarsi la cosa giudicata di cui all'art. 2909 c.c.³⁹. Ove si fosse aderito a tale ricostruzione, la statuizione resa sull'eccezione d'incompetenza avrebbe potuto assurgere a capo autonomo della sentenza, sul quale avrebbe potuto formarsi un giudicato spendibile in ogni altra sede⁴⁰.

Naturalmente, l'applicazione della disciplina propria delle questioni pregiudiziali avrebbe fatto sì che una decisione con efficacia di giudicato potesse conseguire solo alla proposizione di una domanda di accertamento, con la conseguenza che, ove la questione di competenza fosse sorta in via incidentale in seguito a un'eccezione sollevata dalla parte convenuta dinanzi agli arbitri o al giudice ordinario, la parte interessata a risolvere definitivamente tale questione sarebbe stata onerata dal formulare una domanda ai sensi dell'art. 34 c.p.c., in difetto della quale la questione sarebbe risolta solo *incidenter tantum*⁴¹. La

³⁹ Per comodità del lettore, ricordiamo che per questione pregiudiziale di merito s'intende la questione dalla cui definizione dipende la decisione della causa. Si tratta di una questione dotata di intrinseca autonomia, suscettibile di divenire causa autonoma (come tale azionabile anche in un separato giudizio), che ha ad oggetto un rapporto giuridico sostanziale diverso da quello principale, dalla cui esistenza dipende l'esistenza di quest'ultimo e la cui inesistenza rende superfluo l'esame degli altri elementi della fattispecie; e che, ai sensi dell'art. 34 c.p.c., può essere trasformata in causa pregiudiziale (ed essere quindi decisa con efficacia di giudicato) in forza di una previsione di legge o di una domanda di parte. La questione preliminare di merito consiste, invece, in una questione anch'essa idonea a definire il giudizio, ma riguardante un elemento costitutivo della fattispecie e, soprattutto, insuscettibile di un autonomo giudizio. Inoltre, mentre la sentenza non definitiva su questione pregiudiziale è idonea alla formazione della cosa giudicata (a condizione che la questione sia stata trasformata in causa) e, anche in caso di estinzione del giudizio, fa stato fra le parti ai sensi dell'art. 2909 c.c., la sentenza non definitiva su questione preliminare di merito è dotata solo della c.d. efficacia panprocessuale, nel senso che essa vale solo nei successivi giudizi fra le parti aventi ad oggetto la medesima controversia; cfr. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, 5^a ed., Napoli, 2006, 195. Su questi temi si rinvia a GARBAGNATI, *Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 257 ss. e, più recentemente, a COMOGLIO, *op. ult. cit.*, 602 ss. e DALFINO, *op. ult. cit.*, 310 ss. Considerazioni differenti valgono con riferimento al lodo, dal momento che, come già anticipato nel secondo capitolo (nota 106), la decisione resa dagli arbitri su questione preliminare di merito viene tradizionalmente ritenuta incapace di sopravvivere all'estinzione del procedimento; cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 670

⁴⁰ OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri sui presupposti dell'arbitrato*, Torino, 2011, 59; PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, III, 2° ed., Torino, 2010, 192; BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 289; BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite e la eccezione fondata su accordo compromissorio per arbitrato estero* (nota a Cass., Sez. Un., 15 aprile 2003, n. 6349), in *Riv. arb.*, 2004, 46; CONSOLO, MURONI, *L'eccezione di arbitrato rituale come eccezione "di merito" e la supposta inammissibilità del regolamento di competenza* (nota a Cass., 4 giugno 2001, n. 7533; Cass., Sez. Un., 5 dicembre 2000, 1251; App. Milano, 10 aprile 2001), in *Corr. giur.*, 2001, 1458; DANOVI, *La pregiudizialità*, cit., 106.

⁴¹ BOVE, *Rapporti tra arbitro*, cit., 421 e, successivamente, CONSOLO, MURONI, *op. cit.*, 1458. Dubitativi 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*, in *Corr. giur.*, 2004, 928 e BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite ed il regime*, cit., 518.

ricostruzione in parola avrebbe inoltre aperto la via alla proposizione di azioni autonome volte ad accertare la validità e l'ampiezza del patto compromissorio⁴²: trattandosi di questione pregiudiziale, ossia di questione inerente a una fattispecie autonoma e distinta rispetto al rapporto sostanziale cui accedeva il patto compromissorio, essa sarebbe stata suscettibile di cognizione anche in un separato giudizio⁴³.

Tale ultima prospettazione non ha mai incontrato il favore della giurisprudenza. Nemmeno dopo il noto *revirement* del 2000, allorquando la Corte di cassazione collocò l'*exceptio compromissi* fra le eccezioni sostanziali e la relativa decisione fra le pronunce di merito⁴⁴, essa si è spinta fino a ricondurre la fattispecie in parola entro la previsione dell'art. 34 c.p.c.; ancora in tempi recenti, i giudici di legittimità hanno infatti ribadito l'inidoneità della decisione resa sul patto compromissorio a esplicare effetti al di fuori del giudizio in cui fosse stata resa⁴⁵. Tale atteggiamento è il frutto di un'interpretazione rigorosa del principio

⁴² BOVE, *Rapporti tra arbitro*, cit., 421; MONTESANO, *La tutela*, cit., 53 e 54; JANNUZZI, *op. cit.*, 156. In senso contrario, per l'impossibilità di applicare alla fattispecie l'art. 34 c.p.c., v. Cass., 27 luglio 1957, cit.

⁴³ CHIZZINI, *Note in tema di clausola compromissoria per arbitrato irrituale e azione di mero accertamento dinanzi al giudice ordinario* (nota ad App. Milano, 10 aprile 2001), in *Riv. arb.*, 2001, 731; BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite ed il regime*, cit., 518. Laddove, invece, qualora la questione di competenza fosse qualificata come mera preliminare di merito, essa avrebbe potuto essere conosciuta solo nell'ambito del giudizio sul rapporto sostanziale; cfr. ANDRIOLI, *Commento*, cit., 839.

⁴⁴ Cass., Sez. Un., 6 luglio 2005, n. 14205.

⁴⁵ In tal senso Cass., 8 giugno 2007, n. 13508, secondo la quale «*la mancata impugnazione della pronuncia sulla competenza dà luogo soltanto a giudicato formale che preclude la riproposizione della questione davanti al giudice dello stesso processo, ma non fa stato in un diverso processo promosso dalle parti dinanzi a un giudice diverso e, meno che mai, nel giudizio arbitrale...*»; Cass., Sez. Un., 12 gennaio 2007, n. 412, sia pur con riferimento ad una clausola per arbitrato estero. Sul punto BOCCAGNA, *Appunti*, cit., 317. In senso contrario si segnala App. Milano, 28 settembre 2011, in *www.ilcaso.it*, secondo la quale la decisione definitiva con cui altro giudice, rilevando l'esistenza di un patto compromissorio, abbia affermato la sussistenza della *potestas* arbitrale costituirebbe giudicato idoneo a vincolare la diversa autorità giudiziaria dinanzi alla quale sia dedotta una controversia relativa al rapporto giuridico cui acceda la medesima convenzione arbitrale. Nel caso di specie le parti avevano agito dinanzi al Tribunale di Roma per ottenere la risoluzione del contratto o il suo annullamento per conflitto d'interesse. La domanda era stata dichiarata inammissibile in forza della clausola compromissoria contenuta nel contratto. La sentenza di primo grado era stata confermata dalla Corte d'appello di Roma, la quale aveva rilevato come la competenza arbitrale, riferita a «qualsiasi controversia», dovesse ritenersi comprensiva anche delle controversie inerenti alla validità del contratto (cfr. App. Roma, 6 novembre 2003, n. 4677, inedita). L'attore aveva adito successivamente il Tribunale di Milano, chiedendo la declaratoria di nullità del contratto per illiceità della clausola e per mancanza di causa. Il giudice di prime cure aveva dichiarato inammissibile la domanda in ragione della clausola compromissoria che accedeva al contratto. Proposta impugnazione dinanzi alla Corte d'appello, quest'ultima aveva respinto il gravame ritenendo che sulla questione relativa alla sussistenza della *potestas* arbitrale si fosse formato il giudicato in conseguenza della mancata impugnazione della sentenza resa dalla Corte d'appello di Roma, dalla cui motivazione emergeva come la competenza

della *Kompetenz – Kompetenz*, la quale renderebbe gli arbitri e i giudici sempre e comunque liberi di valutare, in piena autonomia, la propria competenza⁴⁶.

3.2. Il disposto dell'ultimo comma dell'art 819 ter c.p.c. e l'efficacia della sentenza resa dall'autorità giudiziaria

Non è facile prevedere se l'orientamento giurisprudenziale poc'anzi richiamato sia destinato a essere confermato anche nel novellato contesto normativo. Come abbiamo visto nei precedenti capitoli, il tenore degli artt. 817 e 819 ter c.p.c. induce ad assimilare l'*exceptio compromissi* e l'eccezione di difetto di *potestas* arbitrale all'eccezione d'incompetenza o comunque legittima la loro collocazione entro le eccezioni processuali. Il che, considerata l'esclusione dell'art. 44 c.p.c. dai rapporti fra arbitri e giudici, porta inevitabilmente ad escludere che la decisione resa in sede ordinaria o in sede arbitrale possa esplicitare efficacia al di fuori del processo in cui venga emessa⁴⁷.

Sennonché, accanto a tali disposizioni ve ne sono altre che, invece, sembrerebbero legittimare l'idea che l'arbitrabilità della controversia rappresenti

arbitrale si estendesse a tutte le controversie riguardanti il contratto, nell'ambito delle quali rientravano anche quelle inerenti alla sua nullità. Su posizioni analoghe sembrerebbe Cass., 26 novembre 2010, n. 24082, relativa a un caso in cui il giudice adito in primo grado aveva respinto l'*exceptio compromissi* e, al contempo, aveva declinato la propria competenza in favore di altro giudice. La statuizione sull'*exceptio compromissi* non era stata impugnata e, dinanzi al giudice *ad quem*, il convenuto in riassunzione aveva nuovamente fatto valere la sussistenza del patto compromissorio. Investiti della questione ai sensi dell'art. 45 c.p.c., i giudici di legittimità hanno dichiarato l'inammissibilità dell'istanza, rilevando che, nel caso di specie, il giudice *ad quem* avrebbe potuto sollevare il conflitto di competenza solo per contestare il criterio attributivo della competenza "interna" all'ordinamento giudiziario, ma non anche poter mettere in discussione la questione inerente alla (in)competenza arbitrale.

⁴⁶ Sull'impossibilità per gli arbitri di incidere sull'attività compiuta dai giudici ordinari, limitando così il loro potere di giudicare sulla propria competenza, v. Cass., 27 maggio 1961, n. 1261, cit. Analogamente, sull'inidoneità della sentenza emessa dal giudice ordinario (financo quella resa in sede di legittimità) a vincolare gli arbitri, v. App. Roma, 9 marzo 1992, n. 677, cit., e, in motivazione, Coll. Arb., Roma, 2 marzo 1996, in *Riv. arb.*, 1996, 364, con nota di LEPRI, *Arbitrato rituale, pendenza della stessa causa innanzi al giudice statale ed applicazione dell'art. 39, 1° comma, c.p.c.* Così pure SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1971, 229 e VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 194 secondo il quale la stipula del compromesso avrebbe sottratto al giudice la competenza a decidere sulla validità dello stesso.

⁴⁷ MARINUCCI, *Note sul contrasto fra lodo non definitivo e lodo definitivo nel giudizio di impugnazione per nullità*, in *Riv. arb.*, 2013, 970; CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *Commentario alle riforme*, cit., 879 ss.; G.F. RICCI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 508 e 512; NELA, *Sub art. 817 c.p.c. e Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *Le recenti riforme*, cit., 1711 e 1814, secondo il quale il rischio di un conflitto negativo di competenza rappresenterebbe il prezzo accettabile per garantire la reciproca autonomia dei due giudizi.

un bene della vita a sé stante⁴⁸, autonomo rispetto al rapporto giuridico sostanziale cui accede la convenzione arbitrale.

La più significativa fra tali disposizioni è sicuramente rappresentata dall'ultimo comma dell'art. 819 *ter* c.p.c., a mente del quale «*in pendenza del procedimento arbitrale non possono essere proposte domande giudiziali aventi ad oggetto l'invalidità o inefficacia della convenzione d'arbitrato*», con cui il legislatore del 2006 è parso recepire il § 1032 del codice di procedura civile tedesco che ammette la proposizione di domande volte ad accertare l'invalidità (o la validità) della clausola arbitrale prima della costituzione del collegio arbitrale e, per contro, le preclude ad arbitrato pendente⁴⁹.

Senza dubbio, la norma è stata dettata al precipuo scopo di evitare che le parti potessero intraprendere azioni pretestuose al fine di sabotare il procedimento arbitrale⁵⁰ e, con buona probabilità, il legislatore è stato indotto a inserire tale previsione temendo che la qualificazione dell'*exceptio compromissi* in termini sostanziali e la sua collocazione fra le questioni pregiudiziali di merito potessero determinare la giurisprudenza a mutare il proprio pregresso orientamento circa la (in)ammissibilità di simili azioni. In realtà, proprio a fronte di tale orientamento, al fine di scongiurare questo rischio sarebbe stato sufficiente per il legislatore limitarsi a qualificare l'*exceptio compromissi* come eccezione d'incompetenza; tanto ciò è vero che proprio in ragione del carattere processuale attribuito alla questione inerente alla sussistenza della *potestas* arbitrale, alcuni fra i commentatori della novella ritengono la disposizione in parola inutile e ridondante⁵¹.

⁴⁸ ZUCCONI GALLI FONSECA, Sub art. 827 c.p.c., in *Arbitrato*, cit., 2007, 658; CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario (evoluzioni e problemi irrisolti)*, in *Riv. arb.*, 1998, 671.

⁴⁹ Sulla norma di cui al testo v. IZZO, *La convenzione*, cit., 85; CONSOLO, *Raccordi o antifonie*, cit., 3850.

⁵⁰ CAPPONI, *Rapporti tra arbitri*, cit.

⁵¹ NELA, Sub art. 819 *ter* c.p.c., in *Le recenti riforme*, cit., 1820; CAPPONI, Sub art. 819 *ter* c.p.c., in *Commentario alle riforme*, cit., 886; ID., *Rapporti tra arbitri*, cit. Secondo costoro, l'azione autonoma sarebbe inammissibile sempre e comunque, indipendentemente dalla pendenza del giudizio arbitrale, risolvendosi in una statuizione astratta sulla competenza. Tale conclusione sarebbe confortata, in primo luogo, dall'esclusione dell'art. 44 c.p.c. operata dall'art. 819 *ter* c.p.c. sulla quale ci siamo intrattenuti poc'anzi: se, infatti, la statuizione sull'eccezione d'incompetenza (anche impugnabile con il regolamento) non è idonea a vincolare il giudice o l'arbitro *ad quos* non si comprende il motivo per cui la pronuncia resa in seguito a una domanda di accertamento sulla convenzione arbitrale dovrebbe avere diversa efficacia. In secondo luogo, dalla formulazione dell'art. 817 c.p.c., che – almeno secondo una certa lettura – assicurerebbe agli arbitri il potere di decidere sulla propria competenza sempre e comunque in piena autonomia, rendendo inefficaci nei

Attraverso il disposto dell'art. 819 *ter* c.p.c., il legislatore ha finito invece per circoscrivere il divieto di azioni autonome al caso in cui il procedimento arbitrale risulti già pendente, così ammettendo implicitamente l'esperibilità di simili azioni prima di tale momento⁵². Pertanto, laddove il procedimento arbitrale non risulti ancora instaurato, le parti che abbiano un concreto interesse ad agire rispetto alla convenzione arbitrale⁵³, potranno esperire un'azione volta a farne dichiarare l'invalidità (o la validità), l'inesistenza o l'inefficacia o a farne

loro confronti eventuali statuizioni compiute *aliunde*. Secondo NELA, *L'inesistenza della convenzione arbitrale rituale dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 991, tale azione potrebbe essere esperita soltanto in caso di inesistenza della convenzione arbitrale.

⁵² Sostengono questa lettura *a contrario* della norma SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 574; EAD., *Ancora sull'arbitrabilità*, cit., 925; MENCHINI, *Il controllo*, cit., 368; PUNZI, *Disegno*, I, 2012, 209; OCCHIPINTI, *La cognizione*, cit., 53; RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *La nuova disciplina*, cit., 365; MURONI, *La pendenza*, cit., 225; RIGHETTI, *L'eccezione di compromesso*, in AA. VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, II, 637; BOVE, *Ancora sui rapporti*, cit., 361; BOVE, CECHELLA, *op. cit.*, 85; ID., *Discutibile la scelta del "sistema tedesco"*, in *Guida dir.*, 2006, numero 8, 107; LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, 5° ed., Milano, 2009, 359 e 360; ID., SASSANI, *op. cit.*, 309; ID., *Rapporti tra arbitro*, cit., 776. Essa è stata recentemente fatta propria dalla Corte di cassazione con la sentenza n. 17019 del 4 agosto 2011, edita in *Foro it.*, 2012, 1143. Sicché, se l'intenzione del legislatore era davvero solo quella di cui al testo, possiamo ritenere di essere dinanzi a un curioso caso di eterogenesi dei fini della norma. Essa appare in ogni caso conforme alla natura contrattuale dell'accordo compromissorio, il quale, pur avendo l'effetto (processuale) di limitare la competenza del giudice ordinario in favore del giudice privato, rimane – sotto il profilo genetico e strutturale – un negozio, nei confronti del quale dovrebbero ritenersi esperibili tutte le azioni (di accertamento e costitutive) ammesse dalla legge (in tal senso PUNZI, *Disegno*, cit., I e II, 2000, 426 e 206 ss. e MORTARA, *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile*, III, 4° ed., Milano, 1922, 88). Del resto, nei confronti del negozio compromissorio è ammessa l'azione di risoluzione (esperibile nella particolare ipotesi in cui la parte destinataria della domanda d'arbitrato rimanga inerte e l'attore non intenda avvalersi del meccanismo di nomina suppletiva previsto dall'art. 810 c.p.c.; cfr. PUNZI, *Disegno*, cit., I, 2012, 674).

⁵³ IZZO, *La convenzione*, cit., 108; BOVE, *Ancora sui rapporti*, cit., 362. Secondo MENCHINI, *Il controllo*, cit., 377 e 378, in ordine all'interesse ad agire sarebbe necessario distinguere fra il caso del compromesso, ove, attesa l'attualità della lite, le parti non sarebbero legittimate a proporre l'azione autonoma e dove la tutela rispetto all'incompetenza arbitrale sarebbe data unicamente nel processo arbitrale, e l'ipotesi della clausola compromissoria, dove le parti sarebbero legittimate ad agire in prevenzione per porre rimedio ad una situazione di incertezza relativa a liti future. Anche rispetto alla clausola compromissoria sembrerebbe possibile operare una distinzione fra il caso in cui l'iniziativa sia volta a provocare la declaratoria della sua nullità o il suo annullamento, caso nel quale non sembrerebbero esservi ostacoli alla proposizione della domanda, e il caso in cui tale domanda sia volta a conseguire una pronuncia di accertamento in ordine al suo contenuto, nel quale appare difficile ravvisare un interesse ad agire prima dell'insorgere della controversia (così REDENTI, voce «Compromesso», in *Novissimo Dig. It.*, cit., 795). Per COLESANTI, *Cognizione*, cit., 251 e 252, l'interesse ad agire in via preventiva potrebbe essere ravvisato nell'esigenza di evitare la celebrazione di un procedimento arbitrale che, in quanto fondato su di una clausola compromissoria invalida o nella quale non fosse effettivamente ricompresa la controversia dedotta in giudizio, destinato inevitabilmente ad essere posto nel nulla in sede d'impugnazione, nonché nell'esigenza di risparmiare alle parti il pagamento delle spese della procedura e del compenso dovuto agli arbitri. La valutazione dell'interesse ad agire verrà in ogni caso compiuta in concreto, con riferimento alla particolare fattispecie dedotta in giudizio, nella quale sarà necessario verificare la sussistenza di una situazione effettiva e attuale di incertezza del dritto che determina l'interesse ad accertare l'esistenza o l'inesistenza del rapporto giuridico al fine di evitare un pregiudizio, anche solo potenziale, all'attore.

accertare il contenuto⁵⁴, dinanzi all'autorità giudiziaria competente in primo grado secondo le ordinarie regole sulla competenza⁵⁵. Così facendo, esse daranno avvio a un giudizio ordinario il cui merito sarà costituito dall'accertamento della validità o dell'ampiezza del patto compromissorio⁵⁶ e la cui decisione, dotata della medesima efficacia di giudicato prevista dall'art. 2909 c.p.c., dovrebbe quindi poter essere spesa in tutti gli eventuali successivi giudizi, arbitrali o giurisdizionali⁵⁷. Non avrebbe infatti alcun senso ammettere tale azione per poi negare la spendibilità della sentenza che ne scaturisse in un successivo giudizio arbitrale o ordinario in cui venisse contestata la valida esistenza o l'ampiezza del medesimo patto compromissorio.

Resta ferma, in ogni caso, l'applicazione della regola della preclusione del dedotto e del deducibile, con la conseguenza che, nel giudizio (ordinario o arbitrale) introdotto successivamente, l'incompetenza dell'organo adito potrà essere eccepita soltanto per motivi sopravvenuti o non coperti dal precedente giudicato⁵⁸.

⁵⁴ Dunque, sia azioni di accertamento, positivo e negativo, sia azioni costitutive, nel rispetto delle norme sostanziali che regolano il profilo di invalidità o inefficacia della convenzione; cfr. MENCHINI, *Il controllo*, cit., 369 e 370; IZZO, *La convenzione*, cit., 109 ss.; MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, Milano, 2009, 86. La convenzione arbitrale sarà quindi annullabile per errore, violenza e dolo, o per incapacità, ai sensi dell'art. 1441 e seguenti c.c., nel termine prescrizione di cinque anni previsto dall'art. 1442 c.c., decorso inutilmente il quale la parte potrà far valere l'invalidità solo in via di eccezione. Allo stesso modo, prima dell'instaurazione del procedimento arbitrale l'accordo compromissorio potrà essere dichiarato nullo ai sensi dell'art. 1421 c.c. oppure potrà essere oggetto di azione volta a determinarne l'esatto perimetro o l'efficacia soggettiva. Ovviamente, tali norme sostanziali troveranno applicazione soltanto fino a che non venga proposto il giudizio arbitrale; in tal caso, infatti, le norme sostanziali cederanno il passo alla disciplina processuale, con la conseguenza che la parte convenuta sarà tenuta a far valere il profilo d'invalidità nei più ristretti termini di cui agli artt. 817 e 819 *ter* c.p.c.

⁵⁵ Rileva provocatoriamente CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *Commentario alle riforme*, cit., 886, che, accedendo alla lettura di cui al testo, l'art. 819 *ter* c.p.c. potrebbe, in ipotesi, legittimare anche l'instaurazione di un giudizio arbitrale avente il medesimo oggetto. In senso contrario, per l'impossibilità di radicare un simile giudizio dinanzi agli arbitri, v. MENCHINI, *Il controllo*, cit., 370, secondo il quale tale lettura sarebbe imposta dalla formulazione dell'art. 819 *ter* c.p.c. che fa esplicito riferimento alla proposizione di una «domanda giudiziale».

⁵⁶ MARINUCCI, *L'impugnazione per nullità del lodo esorbitante dalla convenzione di arbitrato* (nota a Cass., 9 gennaio 2008, n. 178), in *Riv. dir. proc.*, 2008, 230.

⁵⁷ CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, I, Padova, 2014, 508; SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 575; EAD., *Ancora sull'arbitrabilità*, cit., 925; MENCHINI, *Il controllo*, cit., 369 e 370; RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *La nuova disciplina*, cit., 367; LUISO, *Diritto processuale*, cit., 360; LUISO, SASSANI, *op. cit.*, 309; LUISO, *Rapporti tra arbitro*, cit., 776 e 777; nello stesso senso, prima della riforma, PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, II, Padova, 2000, 206; BOVE, *Ricadute*, cit., 82; ID., *Rapporti tra arbitro*, cit., 415.

⁵⁸ IZZO, *La convenzione*, cit., 116; MENCHINI, *Il controllo*, cit., 370.

Ora, nel riconoscere alla questione inerente alla sussistenza della *potestas* arbitrale un'autonomia tale da giustificare la sua deduzione anche al di fuori della controversia inerente al rapporto giuridico sostanziale cui accede il patto compromissorio, il legislatore parrebbe legittimare la riconduzione di tale questione all'ambito delle questioni pregiudiziali di merito⁵⁹. Ne dovrebbe derivare la possibilità per la parte che intenda contestare la competenza del giudice adito di proporre domanda di accertamento incidentale in ordine al patto compromissorio, secondo lo schema di cui all'art. 34 c.p.c.⁶⁰.

Attraverso la previsione contenuta nell'art. 819 *ter* c.p.c. egli ha quindi riconosciuto la peculiarità della pronuncia sull'*exceptio compromissi*, la quale, oltre a essere pronuncia di rito in ordine alla possibilità o all'impossibilità di proseguire il giudizio, è (o può essere) anche pronuncia sull'esistenza, sulla validità e sull'interpretazione della convenzione arbitrale⁶¹, laddove, in passato, tale dimensione sostanziale è sempre stata negletta sulla base della considerazione che gli accertamenti circa la validità di un negozio o la sua interpretazione necessari ai fini della decisione dell'*exceptio compromissi* non determinassero un automatico slittamento della stessa verso le eccezioni di natura sostanziale, essendo essi strumentali rispetto alla decisione di una questione processuale⁶². Più

⁵⁹ PUNZI, *Disegno*, cit., I, 2012, 211; LUISO, *Rapporti tra arbitro*, cit., 778. Come rilevano SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 589 e IZZO, *Appunti*, cit., 460 e 461, lo schema della pregiudizialità tecnica appare integrato dall'autonomia della fattispecie (tale da legittimare la deduzione in un autonomo giudizio) e dal fatto che essa abbia ad oggetto un rapporto diverso da quello principale e, al contempo, dal fatto che dalla sua definizione dipenda l'esistenza di quest'ultimo. Ovviamente, in questo caso, il rapporto di pregiudizialità non interessa il diritto azionato, ma il diritto all'azione.

⁶⁰ In tal senso Cass., 4 agosto 2011, n. 17019.

⁶¹ Tale peculiarità è evidenziata da IZZO, *La convenzione*, cit., 128; da SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 588; EAD., *Ancora sull'arbitrabilità*, cit., 924 e 926 e da DANOVI, *La pregiudizialità*, cit., 104.

⁶² Cass., 25 ottobre 1982, n. 5568, in *Giust. civ.*, 1983, 1230. In realtà, come rileva anche VERDE, *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 827 ss., il rilievo non sembra valere nell'ipotesi in cui l'eccezione d'incompetenza sia fondata su un patto compromissorio per arbitrato estero. In tal caso, tanto la giurisprudenza quanto la dottrina si sono sempre trovate concordi nel ritenere che l'eventuale pronuncia declinatoria resa dal giudice ordinario si risolvesse semplicemente in una dichiarazione di difetto di giurisdizione e non fosse suscettibile di vincolare l'arbitro al quale fosse stata successivamente devoluta la controversia; cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Giudice italiano ed exceptio compromissi per arbitrato estero*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 763; BOVE, *Ricadute*, cit., 86; BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite e la eccezione*, cit., 47; CONSOLO, *Soprassalti*, cit., 928, per il quale una decisione con efficacia di giudicato sul patto compromissorio per arbitrato estero presupporrebbe necessariamente la sussistenza della giurisdizione italiana. Nello stesso senso, in giurisprudenza, Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2013, n. 24153, in *Corr. giur.*, 2014, 89, con nota di VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*, la quale ha ribadito come l'accertamento compiuto in ordine alla convenzione arbitrale sia strumentale alla decisione di una questione di giurisdizione e, dunque, l'inidoneità alla formazione del giudicato della decisione con cui il giudice italiano dichiara il

precisamente, egli ha attribuito alle parti uno strumento (la proposizione di una domanda di accertamento) in grado di far emergere le dimensione negoziale della pronuncia sul patto compromissorio; ovviamente, ove tale strumento non venga utilizzato dalla parte che ne abbia interesse nei termini consentiti dalla disciplina processuale di riferimento, la decisione sulle questioni attinenti alla convenzione arbitrale sarà assunta ai soli fini della competenza e non esplicherà alcun effetto sulla stessa, in modo non dissimile da quanto previsto dall'art. 38 c.p.c.⁶³.

Ovviamente, come anticipato poc'anzi, stante la previsione della previsione di cui la all'art. 819 *ter*, ult. comma, c.p.c., a tale dimensione sostanziale la pronuncia sul patto compromissorio potrà accedere solo in forza di

proprio difetto di giurisdizione in favore di un arbitro estero. Tale posizione, del resto, sembra essere stata recepita anche dal legislatore comunitario, con l'adozione del regolamento n. 1215 del 2012, il cui considerando n. 12, dopo aver escluso l'applicabilità del regolamento all'arbitrato ed aver confermato il potere del giudice nazionale investito di una controversia per la quale sia stato stipulato un accordo compromissorio di rimettere le parti davanti agli arbitri, di sospendere il procedimento, di dichiarare la domanda irricevibile e di esaminare l'eventuale nullità, inapplicabilità o inoperatività della convenzione arbitrale in conformità al proprio diritto nazionale, stabilisce che la decisione dell'autorità giurisdizionale di un stato membro sulla nullità, inapplicabilità o inoperatività del patto compromissorio non deve ritenersi soggetta alle disposizioni del regolamento in tema di riconoscimento ed esecuzione e ciò indipendentemente dal fatto che tale decisione sia stata adottata in via principale o in via incidentale. Il che sembrerebbe precludere, *ab origine*, la possibilità di invocare con riferimento all'arbitrato quanto stabilito dalla sentenza *Gothaer* sulla circolazione delle pronunce rese in ordine alla validità degli accordi derogativi della competenza (CGCE, 25 novembre 2012, C-456/11, cit.). Il considerando prosegue però precisando che la decisione resa sulla convenzione d'arbitrato non impedisce il riconoscimento o l'esecuzione della decisione resa da altro giudice sul merito della controversia né preclude ai giudici degli stati membri di decidere sul riconoscimento dei lodi esteri in conformità alla convenzione di New York. Ciò che viene dunque sancito dalla disposizione in parola è, di fatto, il principio della *Kompetenz-Kompetenz*, in forza del quale le statuizioni del giudice nazionale sul patto compromissorio non possono vincolare né gli arbitri né i giudici stranieri; ovviamente, però, se il giudice nazionale, sulla base della ritenuta invalidità dell'accordo compromissorio, abbia reso una decisione sul merito della controversia, questa circolerà nello spazio comunitario al pari di qualsiasi altra sentenza di merito. Sul punto ZUCCONI GALLI FONSECA, *Giudice italiano*, cit., 769 ss., secondo la quale il tenore del considerando impedisce di attribuire efficacia vincolante alla pronuncia sul patto compromissorio che sia resa incidentalmente dal giudice che affermi la propria giurisdizione.

⁶³ IZZO, *La convenzione*, cit., 142. In senso contrario PUNZI, *Disegno*, cit., I, 2012, 213, secondo il quale il giudicato sulla convenzione arbitrale non presupporrebbe la proposizione di una domanda, atteso che, nel regolare la decisione sull'eccezione di difetto di *potestas iudicandi*, il legislatore non avrebbe replicato il contenuto dell'art. 38 c.p.c., a mente del quale il giudice decide sull'eccezione d'incompetenza ai fini della competenza. Nel senso dell'accertamento incidentale *ex lege* anche SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 589. Secondo IZZO, *La convenzione*, cit., 194 ss., ogni tentativo di sganciare la decisione della questione con efficacia di giudicato dalla formulazione di una domanda di accertamento incidentale sarebbe destinato a naufragare di fronte alla previsione che individua nel regolamento di competenza necessario il mezzo d'impugnazione della sentenza che decida l'*exceptio compromissi*; opinando in senso contrario, tale previsione verrebbe svuotata di significato. Inoltre, il carattere relativo dell'*exceptio compromissi* porta a escludere la sussistenza di un interesse di rilevanza pubblicistica a che la questione debba essere sempre risolta con efficacia di giudicato.

una domanda di parte, secondo lo schema proprio delle questioni pregiudiziali di merito⁶⁴.

Così ragionando, si dovrebbe pervenire alla conclusione che, laddove le parti si siano limitate a formulare l'eccezione d'incompetenza, la sentenza avrebbe un contenuto meramente processuale, come tale inidoneo a esplicare effetti al di fuori del processo in cui sia stato reso⁶⁵ (e, stante l'esclusione degli artt. 44 e 45 c.p.c. essa non sarebbe in grado di vincolare il giudice o gli arbitri dinanzi ai quali la domanda venga riproposta), mentre laddove la questione sia stata trasformata in causa pregiudiziale attraverso la proposizione di una domanda di accertamento incidentale (sotto forma di domanda riconvenzionale o di *reconventio exceptionis*⁶⁶), la relativa decisione dovrebbe essere in grado di esplicitare l'efficacia extraprocessuale prevista dall'art. 2909 c.c. e di vincolare le parti che, in altro giudizio o in altro procedimento arbitrale, (ri)sollevino la questione di competenza⁶⁷, imponendo al giudice o all'arbitro aditi successivamente di conformarvisi.

La bontà della soluzione proposta non sembra inficiata dal principio della *Kompetenz-Kompetenz* sancito dall'art. 817 c.p.c. Invero, prevedendo che gli arbitri debbano decidere sulla propria competenza anche quando essa sia contestata in qualsiasi altra sede, la norma potrebbe ingenerare la convinzione che il legislatore dell'ultima riforma abbia inteso attribuire agli arbitri un potere

⁶⁴ E' evidente che, attribuendo alla previsione di cui all'art. 819 *ter* c.p.c. una portata eccezionale e innovativa, si ripropone il problema di capire se l'azione autonoma sia esperibile anche nei confronti delle convenzioni arbitrali concluse prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 40 del 2006, in altre parole se essa sia norma sulla clausola compromissoria o sul procedimento; sul punto IZZO, *La convenzione*, cit., 88.

⁶⁵ SALVANESCHI, *Ancora sull'arbitrabilità*, cit., 925; MENCHINI, *Il controllo*, cit., 372; MURONI, *La pendenza*, cit., 227; BOVE, *Ancora sui rapporti*, cit., 372 e 374. Così pure IZZO, *Appunti*, cit., 462, secondo la quale tale conclusione sarebbe suffragata dall'impugnabilità della decisione con il regolamento necessario di competenza. In senso contrario LUISO, *Rapporti tra arbitro*, cit., 791 e MENCHINI, *Il controllo*, cit., 401, i quali, come visto poc'anzi, ritengono rispettivamente che la pronuncia resa in via incidentale sulla convenzione d'arbitrato avrebbe la medesima efficacia di quella che su di essa fosse resa in via principale e che, indipendentemente dalla proposizione di una domanda di accertamento incidentale, la pronuncia sul patto compromissorio sarebbe comunque vincolante per gli arbitri e i giudici investiti successivamente della questione, sia pur nei limiti della motivazione resa in tale pronuncia.

⁶⁶ RUBINO SAMMARTANO, *Arbitrato, ADR conciliazione*, Bologna, 2009, 485.

⁶⁷ MENCHINI, *Il controllo*, cit., 401; IZZO, *La convenzione*, cit., 84, 117 e 193; EAD., *Appunti*, cit., 461 e 463.

⁶⁸ Per alcuni, tuttavia, la pronuncia sulla convenzione arbitrale sarebbe idonea alla formazione della cosa giudicata solo laddove abbia a oggetto la validità o l'invalidità della stessa e non anche nel caso in cui si controverta in ordine alla sua ampiezza; cfr. VERDE, *Pubblico e privato nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2002, 639.

esclusivo in ordine alla valutazione della propria investitura⁶⁹; conclusione, questa, che potrebbe trovare ulteriore conferma nell'esclusione dai rapporti fra arbitri e giudici, dell'art. 44 c.p.c.⁷⁰.

Sennonché, l'art. 817 c.p.c. va letto in funzione della previsione contenuta nell'art. 819 *ter* c.p.c. con cui il legislatore ha adottato il modello delle c.d. vie parallele per regolare la contemporanea pendenza della medesima controversia in sede arbitrale e in sede ordinaria, dunque come una norma il cui scopo è quello di rafforzare il principio per il quale la semplice pendenza della controversia in sede arbitrale non costituisce un ostacolo a che agli arbitri conoscano delle questioni attinenti alla sussistenza della propria *potestas* in piena autonomia e non già di rendere il principio della *Kompetenz-Kompetenz* insuscettibile di limitazioni, tanto più quando sia lo stesso legislatore, attraverso una previsione *ad hoc* (quale è l'ultimo comma dell'art. 819, *ter*, c.p.c.) a prevederle⁷¹. Del resto, non avrebbe senso ammettere la possibilità di accertare la valida esistenza di un patto compromissorio con efficacia di giudicato se poi tale decisione non fosse suscettibile di spiegare l'efficacia che le è propria; né sembrerebbe logico operare una discriminazione fra arbitri e giudici, limitando la portata dell'accertamento ai secondi.

Quanto alla seconda disposizione, la cennata esclusione ci pare destinata a operare nell'ambito delle norme sul riparto di competenza e, dunque, nel solo caso in cui rispetto alla questione di competenza non venga proposta una domanda di accertamento – caso in cui effettivamente la disciplina positiva non consente di escludere *a priori* un conflitto negativo di competenza – laddove la trasformazione della questione in causa pregiudiziale dovrebbe valere a superare *tout court* gli schemi propri delle questioni di competenza o di giurisdizione⁷².

⁶⁹ VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 3° ed., Torino, 2010, 21 e 25.

⁷⁰ AA. VV., *Arbitrato*, a cura di Bonelli Erede Pappalardo, Milano, 2012, 158.

⁷¹ IZZO, *La convenzione*, cit., 117 e 181, la quale precisa, tuttavia, come la limitazione del principio di cui al testo sia circoscritta alla sola ipotesi in cui sulla questione di competenza venga proposta una domanda di accertamento (in via principale o incidentale); PUNZI, *Disegno*, cit. I, 2012, 208; PUNZI, *Il processo civile*, cit., 212; RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *La nuova disciplina*, cit., 383; BOVE, *Giurisdizione e competenza*, cit., 1306; ID., *Ancora sui rapporti*, cit., 361 e 366; LUISO, *Rapporti tra arbitro*, cit., 777.

⁷² IZZO, *La convenzione*, cit., 175.

3.3 *Segue: l'efficacia della pronuncia resa dagli arbitri*

Se il tenore dell'art. 819 *ter*, ult. comma, c.p.c. supporta la possibilità che la sentenza resa sull'eccezione di patto compromissorio possa acquisire la forza del giudicato (ove venga proposta domanda riconvenzionale), maggiori incertezze si registrano con riferimento alla pronuncia che sulla medesima questione rendano gli arbitri. Per alcuni, infatti, la possibilità di formulare una domanda riconvenzionale sull'accordo arbitrale in sede arbitrale sarebbe preclusa sia dal tenore dello stesso art. 819 *ter* c.p.c. (che, facendo riferimento alla domanda giudiziale, parrebbe circoscrivere tale possibilità al solo processo ordinario⁷³), sia dalla natura di presupposto processuale che la sussistenza di un valido ed efficace patto compromissorio riveste nell'ambito del procedimento *apud arbitros*, come porta a ritenere la disciplina del giudizio di nullità, ove i vizi attinenti alla regolarità dell'investitura arbitrale sono considerati alla stregua di *errores in procedendo*⁷⁴. Secondo l'orientamento in parola, il lodo che gli arbitri rendano sull'eccezione d'incompetenza sarebbe sempre e comunque un lodo di rito e, pertanto, sarebbe privo di efficacia extraprocessuale.

Tale conclusione sembrerebbe tuttavia collidere con lo spirito della riforma con cui, come ricordato in più occasioni, il legislatore ha voluto assimilare l'arbitrato e il processo ordinario, garantendo la pari dignità fra i due istituti⁷⁵. Del resto, a fronte dell'art. 824 *bis* c.p.c. che attribuisce al lodo la medesima efficacia della sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, non si comprende il motivo per cui agli arbitri dovrebbe essere precluso decidere, con efficacia di giudicato, della validità di una pattuizione rientrante nell'ambito del rapporto controverso, quale è l'accordo compromissorio, quando essi siano invece titolari del potere di decidere con questa particolare efficacia su questo rapporto. In altre parole, il rilievo circa la necessità che gli arbitri siano davvero muniti di *potestas* dovrebbe valere indistintamente sia con riferimento alla decisione relativa al vero e proprio merito della lite, sia con riferimento alla controversia relativa alla valida

⁷³ MENCHINI, *Il controllo*, cit., 371; BOVE, *Ancora sui rapporti*, cit., 372 e 375.

⁷⁴ IZZO, *La convenzione*, cit., 225 e 226, secondo la quale perché gli arbitri possano decidere con efficacia di giudicato sul patto compromissorio sarebbe necessario che essi fossero effettivamente titolari della *potestas iudicandi*; MARINUCCI, *Note sul contrasto*, cit., 967.

⁷⁵ PUNZI, *Disegno*, cit., I, 2012, 208; LUISO, *Rapporti tra arbitro*, cit., 785. Secondo MURONI, *La pendenza*, cit., 227, in tal caso potrebbe però essere necessario il consenso di entrambe le parti.

esistenza dell'accordo compromissorio. Delle due, quindi, l'una: o gli arbitri sono abilitati a decidere con efficacia di giudicato sul rapporto dedotto in giudizio sempre, o non lo sono mai. Peraltro, la preoccupazione circa l'effettiva sussistenza della *potestas iudicandi* sembra ricevere un'adeguata risposta nella previsione di uno strumento impugnatorio che, rispetto ai vizi ad essa relativi, attribuisce all'autorità giudiziaria una cognizione piena.

Quanto alle differenze che, in sede d'impugnazione, sussistono fra le statuizioni sul patto compromissorio (che possono essere censurate direttamente attraverso la riproposizione del motivo d'incompetenza già dedotto dinanzi agli arbitri attraverso, sul quale la Corte d'appello può esercitare una cognizione piena e diretta) e quelle inerenti al merito della lite (che, come noto, non sono aggredibili per errori di fatto, ma lo sono solo per errori di diritto, sempreché le parti vi abbiano espressamente acconsentito in sede di stipula dell'accordo compromissorio), esse possono giustificarsi in ragione del fatto che l'ordinamento ritenga comunque irrinunciabile una verifica piena, in sede giurisdizionale, dei presupposti del giudizio arbitrale.

Infine, a suffragio dell'idoneità al giudicato della decisione arbitrale viene indicata la formulazione nell'art. 817 c.p.c. il quale, prevedendo che in caso di contestazione della *potestas* arbitrale «*gli arbitri decidono*» sulla propria competenza, parrebbe anzi imporre una decisione con l'efficacia di giudicato di cui all'art. 824 *bis* c.p.c. indipendentemente dalla formulazione di una domanda di accertamento incidentale⁷⁶.

L'attribuzione al lodo della medesima efficacia conformativa della sentenza resa dal giudice ordinario in ordine alla questione di competenza determina inevitabilmente una deroga alla previsione di cui al nuovo art. 808 *quinques* c.p.c. in forza della quale la definizione del processo arbitrale senza una pronuncia nel merito non fa venir meno l'efficacia del patto compromissorio: è evidente, infatti, che il lodo con cui gli arbitri si dichiarino incompetenti in ragione dell'invalidità del patto compromissorio toglie a quest'ultimo ogni

⁷⁶ RUFFINI, Sub art. 817 c.p.c., in *La nuova disciplina*, cit., 285, secondo il quale la formulazione della norma imporrebbe agli arbitri di emettere una vera e propria decisione, precludendogli la possibilità di limitare la propria cognizione a un mero accertamento *incidenter tantum*. Analogamente SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 589.

efficacia e le parti saranno tenute a rispettare l'accertamento compiuto dagli arbitri⁷⁷.

3.4. *Segue: l'efficacia della sentenza resa dalla Corte d'appello in sede d'impugnazione del lodo*

I rilievi che precedono ci portano a interrogarci sull'efficacia della sentenza resa dalla Corte d'appello in sede d'impugnazione del lodo e sulla sua idoneità a incidere sulla convenzione arbitrale.

In senso ostativo al riconoscimento, in capo a tale sentenza, di un'efficacia extraprocessuale milita il rilievo secondo cui l'oggetto del giudizio demandato alla Corte d'appello sarebbe costituito esclusivamente dalla nullità del lodo, rispetto alla quale ogni altro accertamento, ivi compreso quello compiuto sul patto compromissorio, avrebbe una portata meramente strumentale⁷⁸. Inoltre, benché l'impugnazione per nullità per molti rappresenti oggi il secondo grado di una medesima vicenda processuale e, rispetto alla questione di competenza, dia origine un giudizio di secondo grado rispetto a quello compiuto dagli arbitri (individuando nella tempestiva eccezione d'incompetenza la *condicio sine qua non* dell'impugnazione per nullità, l'art. 817 c.p.c. garantisce, infatti, che sulla questione di competenza si svolgano sempre e comunque due gradi di giudizio e ciò segna una profonda differenza rispetto al regime previgente nel quale l'incompetenza degli arbitri poteva essere dedotta per la prima volta in sede di nullità), manca l'addentellato normativo – che, nell'ambito del processo ordinario, potrebbe essere costituito dagli artt. 345 e 346 c.p.c. – attraverso il quale la domanda di accertamento incidentale che sia formulata dinanzi agli arbitri possa essere coltivata anche in sede d'impugnazione.

La risposta positiva potrebbe tuttavia fondarsi sul tenore dell'attuale art. 830 c.p.c., il quale, nel prevedere che, in caso di annullamento del lodo, alla controversia si applichi la convenzione d'arbitrato, salvo che la nullità dipenda da

⁷⁷ D'ALESSANDRO, Sub art. 808 quinquies c.p.c., in *Commentario alle riforme*, cit., 579; ZUCCONI GALLI FONSECA, Sub art. 808 quinquies c.p.c., in *Arbitrato*, cit., 2007, 199; BOVE, CECHELLA, *op. cit.*, 66.

⁷⁸ MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, cit., 100; ZUCCONI GALLI FONSECA, Sub art. 829 c.p.c., in *Arbitrato*, cit., 2007, 719; prima della riforma PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2000, 203; MONTESANO, *La tutela*, cit., 138; CARNACINI, *Arbitrato rituale*, in *Novissimo Dig. It.*, I, Torino, 1957, 874, 916.

sua invalidità o inefficacia, sembrerebbe attribuire alla pronuncia resa dalla Corte d'appello un *quid pluris*, consistente nel riconoscimento dell'efficacia vincolante in ordine all'esistenza o all'inesistenza della convenzione arbitrale⁷⁹. Anzi, la previsione in parola parrebbe quasi legittimare l'idea che l'idoneità al giudicato della decisione resa dalla Corte d'appello sulla sussistenza della *potestas* arbitrale non dipenda dalla formulazione di una domanda di accertamento incidentale nel corso del procedimento arbitrale, ma sia invece prevista *ex lege*⁸⁰; conclusione, questa che tuttavia potrebbe stridere con la natura impugnatoria del giudizio di nullità e che parrebbe forse più consona a una qualificazione di tale giudizio in termini di giudizio di unico grado avente a oggetto la validità di un atto negoziale.

Opinando diversamente, la disposizione dell'art. 830 c.p.c. potrebbe essere intesa nel senso che l'efficacia vincolante della pronuncia sul patto compromissorio resa dalla Corte d'appello sia strumentale all'instaurazione del processo dinanzi al soggetto, giudice o arbitro, indicato come competente a conoscere della lite e, dunque, che tale efficacia permanga a condizione che la domanda venga proposta entro il termine di tre mesi decorrente dal deposito della sentenza (o, come vedremo *infra*, dal suo passaggio in giudicato).

4. Ulteriori considerazioni sull'ultimo comma dell'art. 819 *ter* c.p.c.

L'adesione alla ricostruzione testé compiuta impone alcune ulteriori considerazioni.

Senza dubbio, la ricostruzione testé delineata consente di scongiurare il pericolo rappresentato dalla c.d. doppia declinatoria e il possibile diniego di giustizia ad essa conseguente⁸¹.

Essa presenta inoltre l'ulteriore "vantaggio" di attribuire alla decisione sul patto compromissorio un'efficacia vincolante non solo nel caso di pronuncia

⁷⁹ IZZO, *La convenzione*, cit., 185 e 235. In senso favorevole v. anche RUFFINI, Sub *art. 819 ter c.p.c.*, in *La nuova disciplina*, cit., 376; LUISO, *Rapporti tra arbitro*, cit., 785.

⁸⁰ Attraverso tale disposizione il legislatore sembrerebbe aver individuato nella Corte d'appello il giudice funzionalmente competente a decidere, una volta per tutte, della questione di competenza. In tal senso, prima della riforma, v. Cass., 25 luglio 1997, n. 6950, cit., sia pur in *obiter*, e CONSOLO, *Litispendenza e connessione*, cit., 673. Opinando in tal senso, si dovrebbe concludere che la medesima efficacia extraprocessuale caratterizzi anche la decisione resa ai sensi dell'art. 384 c.p.c. dalla Corte di cassazione adita in sede di ricorso contro la sentenza emessa al termine del giudizio di nullità; cfr. IZZO, *La convenzione*, cit., 239.

⁸¹ IZZO, *La convenzione*, cit., 84.

declinatoria, ma anche nel caso di pronuncia dichiarativa. Si tratta di un beneficio significativo, posto che la convenzione d'arbitrato potrebbe accedere a un rapporto di durata o ricomprendere una pluralità di rapporti (come nel caso della convenzione in materia societaria) e rispetto ad essa le parti ben potrebbero avere un interesse a stabilire, una volta per tutte, se le controversie su tali rapporti debbano essere portate alla cognizione degli arbitri. Opinando nel senso ora indicato, sarebbe infatti possibile porre fine a ogni *querelle* sulla validità o sull'estensione dell'accordo arbitrale, attraverso un accertamento valevole anche per il futuro. Il che consentirebbe di apprestare un adeguato strumento di coordinamento spendibile nell'ipotesi in cui la medesima controversia penda dinanzi agli arbitri e dinanzi al giudice. Come vedremo fra poco, tale ipotesi è caratterizzata dall'assenza di rimedi di carattere preventivo in quanto soggetta al modello delle c.d. vie parallele, il quale modello, tuttavia, non potrebbe funzionare appieno se non si ammettesse la spendibilità, in entrambe le sedi, della pronuncia che per prima abbia statuito circa la percorribilità dell'una o dell'altra via⁸².

Proprio la possibilità contemplata dal legislatore che, sulla medesima controversia, pendano contemporaneamente un procedimento arbitrale e un procedimento giudiziale ci inducono a una riflessione sulla portata del divieto di proporre domande sul patto compromissorio in pendenza di arbitrato sancito nell'ultimo comma dell'art. 819 *ter* c.p.c., onde verificare se esso sia aggirabile attraverso la proposizione di una domanda sul rapporto giuridico sostanziale cui accede tale patto.

Nel vietare la proposizione di domande di accertamento aventi a oggetto il patto compromissorio, la norma non sembrerebbe infatti operare alcuna distinzione fra l'ipotesi in cui la domanda sia proposta in via autonoma e quella in cui essa sia proposta in via incidentale⁸³. Si dovrebbe quindi ritenere che, una volta instaurato l'arbitrato, alle parti sia preclusa la possibilità di chiedere all'autorità giudiziaria una decisione dell'*exceptio compromissi* con efficacia di giudicato. Tale conclusione pare supportata anche dalla più volte citata previsione dell'art. 817 c.p.c. secondo la quale il potere degli arbitri di decidere della propria

⁸² LUISSO, *Rapporti tra arbitro*, cit., 785.

⁸³ IZZO, *La convenzione*, cit., 198.

competenza resta fermo anche quando i loro poteri siano contestati in «qualsiasi» altra sede. Se letta alla luce del divieto contenuto nell'ultimo comma dell'art. 819 *ter c.p.c.*, tale disposizione potrebbe essere intesa nel senso che l'instaurazione del procedimento arbitrale attribuirebbe agli arbitri una sorta di monopolio in ordine alla decisione sui propri poteri, con la conseguenza che, qualora la controversia venga introdotta anche in sede ordinaria, ivi la questione di competenza potrebbe porsi solo in via di mera eccezione e l'unico strumento per investire il giudice ordinario della relativa decisione sarebbe rappresentato, al più, dall'impugnazione per nullità⁸⁴.

Non solo; il combinato disposto delle due norme instilla il dubbio che l'instaurazione del giudizio arbitrale, in quanto elemento ostativo all'ammissibilità della domanda (principale o incidentale) di accertamento, possa determinare la sopravvenuta inammissibilità della stessa, ove previamente proposta⁸⁵.

Pur essendo consapevoli della difficoltà di superare l'interpretazione testé riportata (alla quale, peraltro, aderisce la pressoché totalità della dottrina), rileviamo che, in senso contrario, ossia per proponibilità della domanda di accertamento incidentale dinanzi al giudice anche nel caso di pendenza del procedimento arbitrale, potrebbe militare, da un lato, la *ratio* del divieto di cui

⁸⁴ SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 581; MENCHINI, *Il controllo*, cit., 371 e 372; AA. VV., *Arbitrato*, a cura di Bonelli Erede Pappalardo, Milano, 2012, 160; OCCHIPINTI, *La cognizione*, cit., 68; RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *La nuova disciplina*, cit., 366; E.F. RICCI, *Profili liberali della nuova disciplina dell'arbitrato*, in AA. VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, II, 618; MARINUCCI, *Note sull'impugnazione del lodo arbitrale per contrarietà ad altra pronuncia*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1183; in tal senso paiono orientati anche SANGIOVANNI, *Brevi note sulle eccezioni d'incompetenza sollevate nel corso dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2013, 564; IZZO, *Appunti*, cit., 464; RIGHETTI, *op. cit.*, 637 e G.F. RICCI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 503. A tale ricostruzione parrebbero aderire Cass., 4 agosto 2011, n. 17019, cit. e Trib. Bari, 25 maggio 2006, in *Il civilista*, 2007, 52, con nota di CARAMASCHI. In senso contrario v. però BOVE, *Resta la confusione*, cit., 105. Un simile monopolio è ravvisabile nel sistema francese dove l'art. 1465 c.p.c. individua nel tribunale arbitrale l'unico soggetto legittimato a decidere delle questioni riguardanti la propria competenza. In tal sistema, il rischio della contemporanea pendenza di un procedimento arbitrale e di un procedimento ordinario è però scongiurato dall'art. 1448 c.p.c. che istituisce una sorta di litispendenza zoppa in favore dell'arbitrato. Certamente, laddove si aderisse a tale orientamento, non vi potrebbero essere dubbi in ordine sulla necessità di riconoscere, in capo agli arbitri, il potere di decidere la questione di competenza con efficacia di giudicato. Qualora, infatti, si opinasse in senso contrario e il processo arbitrale fosse introdotto preventivamente rispetto a quello statale, l'impossibilità di chiedere al giudice una pronuncia definitiva sulla questione di competenza esporrebbe le parti – nuovamente – al rischio di un conflitto negativo di competenza.

⁸⁵ In senso contrario MENCHINI, *Il controllo*, cit., 371, secondo il quale il presupposto negativo di ammissibilità della domanda giudiziale di accertamento (ossia la non pendenza di un procedimento arbitrale) deve essere valutato con esclusivo riferimento al momento della proposizione della domanda.

all'art. 819 *ter*, ult. comma, c.p.c., che è quella di precludere domande volte a sabotare l'arbitrato una volta che esso sia stato avviato, dall'altro, la già rammentata strumentalità dell'enunciazione del principio della *Kompetenz-Kompetenz* contenuta nell'art. 817 c.p.c. rispetto al modello delle vie parallele sancito dall'art. 819 *ter* c.p.c. Proprio l'adozione, da parte del legislatore, di un sistema che consente la deduzione della medesima controversia in entrambe le sedi garantendo ad esse pari dignità, dovrebbe indurre a privilegiare la soluzione che consentisse di addivenire, sia pur attraverso una corsa di velocità, a un coordinamento fra i due procedimenti; coordinamento che, evidentemente, dovrebbe avvenire senza privilegiare alcuno di essi⁸⁶. Coloro i quali aderiscono a tali rilievi ritengono che, una volta introdotto il procedimento arbitrale, alla parte ivi convenuta sia comunque consentito incardinare un giudizio avente ad oggetto il rapporto giuridico sostanziale e, in tale sede, chiedere in via incidentale l'accertamento dell'incompetenza arbitrale⁸⁷.

Ancora, il riconoscimento di un'efficacia di giudicato alla pronuncia resa sul patto compromissorio pone un problema con riferimento all'ipotesi in cui tale patto vincoli una pluralità di soggetti, di cui non tutti siano parte del giudizio (arbitrale o ordinario) in corso. In tal caso, infatti, laddove venga proposta una domanda di accertamento incidentale in ordine alla validità del patto compromissorio, occorrerà interrogarsi sulla necessità di garantire a tali soggetti la possibilità di partecipare al giudizio, attribuendo loro la facoltà di intervento o riconoscendo alle parti in causa il potere di chiamarli a integrazione del contraddittorio⁸⁸.

Infine, l'adesione alla tesi sopra esposta, legittimando la qualificazione della decisione resa sull'eccezione d'incompetenza in termini di sentenza o di lodo parziale su domanda, consentirebbe assicurarne la sopravvivenza anche in

⁸⁶ In tal senso CONSOLO, *Raccordi o antifonie*, cit., 3851; CONSOLO, *Litispendenza e connessione*, cit., 678, che, con riferimento al § 1032 del codice di procedura civile tedesco, a cui è ispirato l'ultimo comma dell'art. 819 *ter* c.p.c., ricorda come anche in Germania la disposizione venga intesa nel senso che, dopo l'instaurazione del procedimento arbitrale, l'invalidità del patto compromissorio può essere dedotta solo proponendo domanda di merito.

⁸⁷ RUBINO SAMMARTANO, *Arbitrato*, cit., 485.

⁸⁸ BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite ed il regime*, cit., 519.

caso di estinzione del giudizio, attraverso l'attribuzione dell'efficacia prevista dall'art. 2909 c.c.⁸⁹.

5. Le conseguenze sul regime d'impugnazione della decisione sul patto compromissorio

Proprio quest'ultimo rilievo porta ad alcune ulteriori considerazioni sulle conseguenze che la lettura dell'art. 819 *ter* c.p.c. qui ipotizzata determina sul regime d'impugnazione della decisione sull'*exceptio compromissi*.

Ora, al pari di ogni altra sentenza che pronuncia sulla validità o sul contenuto di una clausola contrattuale, la pronuncia resa sull'azione autonoma dovrebbe ritenersi impugnabile con l'appello e con il ricorso per cassazione⁹⁰.

Meno scontata appare la scelta del mezzo d'impugnazione nel caso in cui tale pronuncia venga resa nell'ambito di un giudizio nel quale la questione sia sorta in via incidentale. In questo caso, infatti, la formulazione di una domanda di accertamento incidentale sull'eccezione di patto compromissorio renderebbe la relativa pronuncia a tutti gli effetti un capo autonomo della sentenza, avente a oggetto una statuizione di merito. Senonché, come si è visto nel terzo capitolo, l'ordinamento individua l'unico strumento d'impugnazione della decisione resa sull'*exceptio compromissi* nel regolamento di competenza.

Il coordinamento fra il primo e l'ultimo comma dell'art. 819 *ter* c.p.c. dovrebbe essere realizzabile ammettendo l'impugnabilità della pronuncia resa sul patto compromissorio con regolamento di competenza nel caso in cui il giudice si sia limitato a conoscere della questione come mera eccezione e con l'appello (e poi con il ricorso per cassazione) nel caso in cui le parti abbiano formulato

⁸⁹ Ove, invece, le parti si siano limitate ad eccepire l'incompetenza senza formulare alcuna domanda riconvenzionale, la sentenza e il lodo, in quanto rese su una pregiudiziale di rito, saranno inidonee a sopravvivere all'estinzione del processo; cfr. IZZO, *La convenzione*, cit., 145. Sul punto si rinvia ai riferimenti contenuti alla nota 106 del secondo capitolo.

⁹⁰ SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 688; EAD., *Ancora sull'arbitrabilità*, cit., 925; RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *La nuova disciplina*, cit., 367; MARINUCCI, *L'impugnazione per nullità del lodo esorbitante*, cit., 230. Avverso tale sentenza il regolamento di competenza sarebbe dunque esperibile solo per contestare la competenza del giudice adito con la domanda di accertamento; giudice che dovrebbe essere quello del luogo in cui il contratto (e quindi la convenzione arbitrale) è stato stipulato oppure con quello del luogo in cui il contratto dovrebbe essere adempiuto, secondo quanto previsto dall'art. 20 c.p.c. Per la proponibilità del regolamento di competenza v. invece la risalente Cass., 27 luglio 1957, cit., nonché ANDRIOLI, *Commento*, cit., 836.

domanda di accertamento incidentale⁹¹. In questo modo, la definizione di ogni controversia in ordine alla validità del patto compromissorio verrebbe rimessa all'iniziativa delle parti: ove queste non vogliano ottenere una decisione tombale della questione, si limiteranno ad eccepire l'incompetenza arbitrale e l'eventuale decisione che la Corte di cassazione emetterà in sede di regolamento di competenza avrà l'efficacia generalmente riconosciuta alle sentenze sulla competenza; ove, invece, venga richiesto in via riconvenzionale l'accertamento dell'esistenza (o dell'inesistenza) della *potestas* arbitrale, la relativa decisione sarà idonea alla formazione della cosa giudicata ai sensi dell'art. 2909 c.c. e sarà impugnabile con l'appello e con il ricorso per cassazione. Superfluo aggiungere che, nel primo caso, la Corte di cassazione eserciterà una cognizione diretta sulla convenzione arbitrale, mentre nel secondo caso, la questione relativa alla spettanza della lite agli arbitri piuttosto che al giudice potrà essere portata all'attenzione dei giudici di legittimità negli stessi limiti in cui può essere dedotta in sede di legittimità una qualsiasi altra decisione di merito, dunque nei termini di cui all'art. 360, 1° comma, nn. 3 e 5, c.p.c.

Inoltre, accedendo a questa ricostruzione, si porrà il problema di qualificare la sentenza che pronunci sulla sola *exceptio compromissi* in senso non ostativo alla prosecuzione del giudizio. In quanto pronuncia su domanda (oggettivamente cumulata alle altre), essa dovrebbe essere soggetta alla previsione di cui all'art. 279, 1° comma, n. 5, c.p.c. Tale sentenza, al pari di ogni altra decisione, sarà quindi immediatamente impugnabile; tuttavia, laddove, nel rendere la decisione il giudice non provveda alla liquidazione delle spese e alla separazione delle cause, l'impugnazione sarà suscettibile di riserva ai sensi dell'art. 340 c.p.c.⁹².

Evidentemente, quella ora proposta è una pesante integrazione del dettato normativo, la cui praticabilità non pare agevole in ragione dell'esclusività recentemente attribuita alla previsione di cui all'art. 819 *ter* c.p.c.⁹³; tuttavia, esigenze di coerenza non ci consentono di sottacere tale conclusione.

⁹¹ In tal senso, sia pur ipoteticamente, VERDE, *Arbitrato e giurisdizione*, cit., 98, Lo stesso A., tuttavia, in altra sede ipotizza l'esperibilità del regolamento facoltativo; cfr. VERDE, *Lineamenti*, cit., 26. Tale ultima prospettazione solleva, tuttavia, qualche perplessità.

⁹² Sul punto si rinvia al terzo capitolo.

⁹³ Cfr. Cass., 8 marzo 2011, n. 5510, in *Riv. arb.*, 2012, 825, con nota di CAMPIONE, *Sul regime della sentenza che afferma o nega la competenza del giudice in relazione a controversia*

Rispetto al procedimento arbitrale, le conseguenze sulla decisione e sul suo regime d'impugnazione si appalesano in termini diversi.

Innanzitutto, la formulazione di una domanda di accertamento incidentale fuga ogni dubbio in ordine al fatto che la decisione debba inderogabilmente essere resa con lodo⁹⁴.

Dopodiché, non essendo la pronuncia arbitrale suscettibile d'impugnazione attraverso il regolamento di competenza⁹⁵; per cui, indipendentemente dalla proposizione di una domanda di accertamento incidentale, lo strumento per contestare la decisione resa dai giudici privati sarà in ogni caso rappresentato dall'impugnazione per nullità.

La proposizione di una domanda di accertamento incidentale potrà però rilevare ai fini dell'impugnabilità immediata o differita della decisione arbitrale. Al termine del terzo capitolo abbiamo affermato come la nuova qualificazione della questione relativa alla sussistenza della *potestas* arbitrale dovesse indurre a considerare il relativo lodo come lodo non definitivo su questione, dunque come un lodo impugnabile solo unitamente al successivo lodo definitivo o parziale e, in quella sede, ci siamo ripromessi di ritornare su tale conclusione quando avessimo affrontato il tema dell'efficacia della decisione. Qui non possiamo esimerci dal rilevare che laddove la questione relativa al riparto di competenza fra arbitri e giudici divenga oggetto di domanda di accertamento incidentale e sia, dunque, trasformata in causa pregiudiziale, il lodo che su di essa venga pronunciato dovrà necessariamente essere qualificato come decisione parziale di merito (in quanto lodo su domanda attributivo di uno specifico bene quale il diritto di agire in arbitrato) con la conseguenza che, laddove abbia un contenuto dichiarativo, esso dovrà ritenersi impugnabile immediatamente ai sensi dell'art. 827 c.p.c.⁹⁶.

compromessa in arbitri. Spunti sul rapporto tra arbitri e giudici. Nel senso dell'inderogabilità delle previsioni contenute nell'art. 819 *ter* c.p.c. anche SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 685.

⁹⁴ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 658.

⁹⁵ V. terzo capitolo.

⁹⁶ SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 852; MURONI, *La pendenza*, cit., 228; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 827 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 662, 670 e 672. Del resto, se la *ratio* del divieto di impugnazione immediata per il lodo non definitivo su questioni è quella di evitare di impegnare la Corte d'appello su questioni che, da sole, non sarebbero suscettibili di accertamento davanti all'autorità giudiziaria (LUISO, *L'oggetto del processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1996, 677) e se le controversie sulla validità e sull'ampiezza della clausola compromissoria possono costituire oggetto di autonomo accertamento in sede giurisdizionale, allora non vi sarebbe motivo per escludere che il lodo reso su di esse possa essere impugnato immediatamente. Sull'immediata

Qualora, invece, la questione venga dedotta in via di mera eccezione, il lodo che la decida, in quanto avente a oggetto una questione preliminare di rito, dovrà ritenersi impugnabile solo insieme alla decisione definitiva⁹⁷.

L'immediata impugnabilità della decisione resa sulla questione di competenza impone, infine, una breve riflessione sul coordinamento fra il giudizio d'impugnazione e il giudizio *a quo* che nel frattempo prosegua con l'esame del merito della controversia.

Per quanto riguarda il procedimento ordinario, esso proseguirà salvo che le parti non formulino concordemente istanza di sospensione ai sensi dell'art. 279, 4° comma, c.p.c.⁹⁸.

Quanto, invece, al procedimento arbitrale, la prima conseguenza dell'emanazione di un lodo parziale è l'automatica proroga del termine per la pronuncia della decisione finale di ulteriori centottanta giorni⁹⁹. Si tratta, naturalmente, di uno strumento inadeguato; per cui, al fine di garantire un coordinamento fra le due sedi, non sembrano esservi alternative a una sospensione concordata del procedimento arbitrale in attesa della definizione della questione di competenza¹⁰⁰.

Ove, poi, il procedimento giudiziale e quello arbitrale proseguano, l'accoglimento dell'impugnazione determinerà, ai sensi dell'art. 336, 2° comma, c.p.c., la caducazione della sentenza e del lodo definitivi che siano stati nel frattempo pronunciati¹⁰¹. E dal momento che la legge n. 353 del 1990 ha espunto

impugnabilità del lodo reso su questione pregiudiziale trasformata in causa v. anche DANOVI, *La pregiudizialità*, cit. 90.

⁹⁷ VERDE, *Lineamenti*, cit., 26

⁹⁸ È infatti pacifico, in giurisprudenza, che la sospensione prevista dall'art. 279, 4° comma, c.p.c. trovi applicazione anche nel caso in cui venga resa una sentenza parziale, non potendo per contro il procedimento essere sospeso né ai sensi dell'art. 295 né ai sensi dell'art. 337, 2° comma, c.p.c.; cfr. Cass., 12 ottobre 2009, n. 21590; Cass., 30 ottobre 2007, n. 22944.

⁹⁹ Il legislatore della riforma ha infatti modificato l'art. 820 c.p.c., rendendo automatica la proroga del termine per la pronuncia del lodo definitivo ed estendendo la previsione anche al caso in cui venga reso un « lodo parziale ».

¹⁰⁰ TARZIA, Sub art. 21, in *Legge 5 gennaio 1994 n. 25*, a cura di Giuseppe Tarzia, Riccardo Luzzatto ed Edoardo Flavio Ricci, Padova, 1995, 157 e 158. Non sembra invece possibile applicare analogicamente il disposto dell'art. 279, 4° comma, c.p.c. Tale norma, infatti, potrebbe essere trasposta nel procedimento arbitrale solo in presenza di un'esplicita indicazione delle parti; cfr. PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., II, 2012, 502; ZUCCONI GALLI FONSECA, Sub art. 827 c.p.c., in *Arbitrato*, cit., 2007, 665 e 666.

¹⁰¹ PUNZI, *Disegno sistematico*, cit., 2012, II, 503; CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze*, cit., 527; così già TARZIA, *op. loc. ult. cit.* e MONTESANO, *op. loc. ult. cit.* Il lodo definitivo sarà dunque travolto per effetto della dichiarazione di nullità del lodo parziale anche laddove esso non sia stato impugnato e sia nel frattempo divenuto incontrovertibile.

dall'art. 336 c.p.c. il riferimento al passaggio in giudicato della sentenza, l'effetto espansivo esterno si produrrà immediatamente, in seguito al deposito della sentenza resa dalla Corte d'appello¹⁰²; con la conseguenza che, qualora tale sentenza sia a sua volta impugnata dinanzi alla Corte di cassazione e l'impugnazione venga accolta, non si potrà fare altro che riaprire il procedimento di primo grado¹⁰³. Laddove, invece, la sentenza o il lodo siano annullati prima della conclusione del giudizio, il giudice ordinario e gli arbitri dovranno conformarsi alla statuizione della Corte d'appello e respingere la domanda, prendendo atto della propria incompetenza¹⁰⁴.

6. Il *dies a quo* per la riproposizione della domanda

L'assimilazione della decisione sul patto compromissorio a una pronuncia di merito ci impone, infine, di ritornare sul problema legato all'individuazione del momento a partire dal quale detta pronuncia espliciti la propria efficacia conformativa nelle eventuali altre sedi e, dunque, il problema (anticipato alla fine del quarto capitolo) legato all'individuazione del *dies a quo* a partire dal quale, in caso di pronuncia declinatoria, le parti saranno gravate dall'onere di instaurare il nuovo giudizio al fine di assicurare la salvezza degli effetti della domanda.

Secondo l'orientamento tradizionale, la sentenza di accertamento o costitutiva esplicita i propri effetti con il suo passaggio in giudicato. Conformemente, quindi, una parte della dottrina ha opinato nel senso che la sentenza e il lodo con cui il giudice e gli arbitri si pronuncino sull'eccezione d'incompetenza dovrebbe esplicitare la propria efficacia conformativa nel procedimento arbitrale o giurisdizionale nel quale siano prodotti solo una volta passati in giudicato¹⁰⁵. Donde l'individuazione del *dies a quo* per l'instaurazione del nuovo giudizio nel momento a partire dal quale si consolida la decisione sulla

¹⁰² TEDOLDI, Sub art. 336 c.p.c., in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Claudio Consolo, 4^a ed., 2010, 524.

¹⁰³ CONSOLO, Sub art. 336 c.p.c., in *Commentario alla riforma del processo civile*, a cura di Claudio Consolo, Francesco Paolo Luiso e Bruno Sassani, Milano, 1996, 358.

¹⁰⁴ RUFFINI, BOCCAGNA, Sub art. 827 c.p.c., in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Claudio Consolo, 4^a ed., 2010, 1193.

¹⁰⁵ PUNZI, *Il processo civile*, cit., 212; BOVE, *Giurisdizione e competenza*, cit., 1305, sia pur ipotizzando l'applicazione dell'art. 59 della legge n. 669 del 2009; CONSOLO, *Raccordi o antifonie*, cit., 3851 e 3852; ID., *Litispendenza e connessione*, cit., 672; BOVE, *Rapporti tra arbitro*, cit., 425; LUISO, *Ancora sui rapporti*, cit., 527.

competenza¹⁰⁶. Si tratta di una soluzione nella quale è evidente il sacrificio dell'esigenza di ragionevole durata del processo alla certezza e all'incontrovertibilità dell'individuazione del soggetto cui spetta la decisione della controversia.

In tempi più recenti, taluni hanno invece ipotizzato di anticipare la produzione degli effetti di tale decisione rispetto al suo passaggio in giudicato, ricorrendo a tal fine all'art. 337, 2° comma, c.p.c., a mente del quale «*quando l'autorità di una sentenza è invocata in diverso processo, questo può essere sospeso se tale sentenza è impugnata*»; norma che, come noto, il legislatore dell'ultima riforma ha reso applicabile anche in sede arbitrale¹⁰⁷. Questo orientamento sembra oggi trovare un'ulteriore conferma nella sentenza resa dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione sul tema dei rapporti fra la norma da ultimo richiamata e l'art. 295 c.p.c.¹⁰⁸, la quale, indipendentemente dalle conclusioni che si vogliano trarre in ordine all'anticipazione degli effetti di accertamento e costitutivi della decisione, sembrerebbe fugare ogni dubbio sull'utilizzabilità dell'art. 337, 2° comma, c.p.c. nell'ambito di cause legate da un

¹⁰⁶ BRIGUGLIO, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, cit., 98. In tal senso v. anche Trib. Milano, 9 luglio 2009, n. 81629, in motivazione.

¹⁰⁷ RUFFINI, Sub art. 819 ter c.p.c., in *La nuova disciplina*, cit., 368. In senso favorevole all'applicazione dell'art. 337, 2° comma, c.p.c. già prima della riforma BOVE, *Rapporti tra arbitro*, cit., 419; TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali e tra lodi e sentenze*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 633; ID., Sub art. 21, in *Legge 5 gennaio 1994 n. 25*, cit., 169. Sull'applicazione di tale norma è nota la *querelle* fra coloro i quali circoscrivono l'applicabilità della norma al caso in cui in altro processo sia fatta valere una sentenza passata in giudicato, ma oggetto d'impugnazione straordinaria e coloro che invece vedono nella norma una parziale deroga alla regola secondo la quale la sentenza sarebbe produttiva di effetti extraprocessuali solo in seguito al suo passaggio in giudicato e, pertanto, ne estendono l'applicazione anche al caso in cui contro la decisione invocata sia proposta un'impugnazione ordinaria (sul punto G.F. RICCI, Sub art. 819 bis c.p.c., in *Arbitrato*, cit., 2007, 498; BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 350 ss. e 364 ss.). Va tuttavia segnalato che, secondo taluni (ZUMPARO, Sub art. 819 bis c.p.c., in *Commentario alle riforme*, cit., 867; MARINUCCI, *Note sull'impugnazione del lodo arbitrale per contrarietà*, cit., 1195 e NELA, Sub art. 819 bis c.p.c., in *Le recenti riforme*, cit., 1806), in sede arbitrale tale dibattito sarebbe privo di eco, dal momento che l'esplicita esclusione dell'art. 295 c.p.c. dall'ambito dei rapporti fra arbitrato e processo ordinario, consentirebbe di ritenere la norma applicabile indipendentemente dal tipo di impugnazione proposta nei confronti della sentenza.

¹⁰⁸ Cass., Sez. Un., 19 giugno 2012, n. 10027, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 683, con nota di MENCHINI, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra gli articoli 295, 297 e 337, 2° comma, c.p.c.: una decisione che non convince*, con cui i giudici di legittimità hanno affermato che, salvo diversa previsione di legge, la sussistenza di un rapporto di pregiudizialità non impone la sospensione del procedimento sulla causa pregiudicata fino a che la causa pregiudiziale non sia definita con sentenza passata in giudicato, con la conseguenza che, una volta che su quest'ultima sia stata resa una decisione, il procedimento avente a oggetto la causa pregiudicata potrà essere sospeso solo ai sensi dell'art. 337, 2° comma, c.p.c. Sul punto v., fra gli altri, TRINCHI, *Sugli effetti delle decisioni non ancora passate in giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 702 ss.

vincolo di pregiudizialità-dipendenza anche prima del passaggio in giudicato della decisione sulla causa pregiudiziale¹⁰⁹.

Applicando la norma in parola ai rapporti fra arbitrato e processo ordinario, si dovrebbe concludere che, laddove il giudice o gli arbitri abbiano emesso una decisione sull'eccezione d'incompetenza (rispetto alla quale – s'intende – sia stata proposta una domanda riconvenzionale di accertamento), gli arbitri¹¹⁰ o il giudice dinanzi ai quali essa sia invocata potranno scegliere se conformarsi al suo contenuto (e, nel caso di pronuncia declinatoria, procedere con l'esame del merito della controversia) oppure sospendere il giudizio in attesa dell'esito dell'impugnazione¹¹¹.

Contro tale interpretazione potrebbe tuttavia militare il disposto dell'art. 817 c.p.c., che, come visto a più riprese, fa salvo il principio della *Kompetenz-Kompetenz* anche quando i poteri degli arbitri risultino «*contestati in qualsiasi sede*»: proprio l'utilizzo del termine contestati potrebbe lasciare intendere l'intenzione del legislatore di assicurare agli arbitri la pienezza della cognizione in ordine alla propria competenza fintanto che i rispettivi poteri siano oggetto di contestazione e, quindi, fintanto che essi non siano stati accertati con efficacia di giudicato (tale potere dovrebbe dunque venire meno nel momento in cui, per effetto di una pronuncia definitiva, la questione avrà cessato di essere controversa). In questo senso l'art. 817 c.p.c. potrebbe rappresentare un ostacolo all'applicazione dell'istituto della sospensione facoltativa¹¹², da cui deriverebbe la

¹⁰⁹ MENCHINI, *Il controllo*, cit., 375; CONSOLO, *Il rapporto arbitri-giudici*, cit., 1111.

¹¹⁰ Benché la formulazione dell'art. 819 *bis* c.p.c. abbia indotto taluno a ritenere che l'istituto della sospensione facoltativa non possa trovare applicazione nel caso in cui nel procedimento giudiziale sia fatto valere un lodo e, dunque, a circoscriverne l'ammissibilità al solo procedimento arbitrale (ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 755), recedente la giurisprudenza ha invece opinato nel senso opposto, ammettendo l'applicazione della norma in parola anche nell'ambito del processo ordinario; cfr. Trib. Milano, 30 novembre 2012, in *Riv. arb.*, 2014, 367, con nota di AMADEI, *Vie parallele ed efficacia del lodo nel procedimento giurisdizionale*. Resta, tuttavia, poco chiara quale sia la sorte del lodo con cui gli arbitri eventualmente disattendano il contenuto della norma e, invece che sospendere il giudizio o conformarsi alla sentenza, pronuncino in senso ad essa contrario. Non è agevole, infatti, ravvisare nell'elenco di cui all'art. 829 c.p.c. il motivo di nullità con cui possa essere fatto valere l'*error in procedendo* commesso dagli arbitri.

¹¹¹ Trib. Milano, 30 novembre 2012, cit., sia pur con riferimento a un caso in cui gli arbitri avevano pronunciato sia sull'eccezione d'incompetenza sia sul merito, che nella motivazione invoca proprio il precedente delle Sezioni Unite.

¹¹² Del resto, la stessa sentenza delle Sezioni Unite n. 10027 del 2012 ha precisato che l'applicazione dell'art. 337, 2° comma, c.p.c. è suscettibile di limitazioni in quei casi in cui sia la legge a imporre che la questione pregiudiziale venga decisa con efficacia di giudicato. Ebbene, alla luce dell'insegnamento giurisprudenziale la previsione di cui all'art. 817 c.p.c. potrebbe essere

possibilità per gli arbitri *ad quem* (e, per simmetria, anche per il giudice) di valutare liberamente la propria competenza fino al passaggio in giudicato della relativa decisione. Ciò, ovviamente, significa non già che alle parti sia preclusa la riposizione della domanda prima di tale momento¹¹³, ma solo che di fronte alla pronuncia declinatoria, l'organo dinanzi al quale sia instaurato il nuovo giudizio dovrebbe poter decidere in piena autonomia e senza condizionamenti; in tal caso, quindi, potrebbe residuare ancora uno spazio per una doppia declinatoria¹¹⁴.

considerata alla stregua di una norma derogativa della regola che attribuisce alla decisione non ancora passata in giudicata un'immediata efficacia conformativa negli altri giudizi.

¹¹³ Come chiarito da Cass., Sez. Un., 22 novembre 2010, n. 23596, con riferimento alla declinatoria di giurisdizione, il termine di riassunzione è infatti un termine massimo.

¹¹⁴ SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 698.

CAPITOLO VI: LA CONTEMPORANEA PENDENZA DI DUE PROCEDIMENTI AVENTI AD OGGETTO CONTROVERSIE IDENTICHE O CONNESSE

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Litispendenza e connessione: dal codice del 1940 alla riforma del 1994 – 3. La riforma del 1994 e la “litispendenza zoppa” – 4. La riforma del 2006 e l’adozione del modello delle vie parallele – 5. Il coordinamento fra le due sedi – 5.1. La disciplina vigente prima della riforma del 2006 – 5.2. Le modifiche introdotte dal legislatore del 2006 – 5.3. Il conflitto fra pronunce

1. Premessa

A completamento della nostra indagine e in particolare dopo aver esaminato la disciplina dell’*exceptio compromissi* ed aver indagato gli effetti della decisione resa in ordine alla sussistenza della *potestas* arbitrale, occorre verificare se nell’ambito dei rapporti fra arbitrato e processo ordinario trovino applicazione quegli istituti che, in sede giurisdizionale, sono volti ad assicurare il rispetto del *ne bis in idem*, ossia la litispendenza, che impedisce la contemporanea pendenza, dinanzi a giudici diversi, della medesima lite, e la revocazione ordinaria, che costituisce il rimedio di carattere successivo con cui possono essere rimossi eventuali conflitti fra pronunce, nonché se nel medesimo ambito trovino applicazione gli istituti volti a assicurare il c.d. *simultaneus processus*. In altre parole, occorre verificare accertare se i rapporti fra arbitri e giudici siano o meno modellati su quelli sussistenti fra diversi giudici appartenenti al medesimo plesso giurisdizionale.

2. Litispendenza e connessione: dal codice del 1940 alla riforma del 1994

Come noto, il primo degli effetti processuali della domanda giudiziale è la c.d. litispendenza. Tale istituto, disciplinato dall’art. 39 c.p.c. impedisce che la medesima controversia possa pendere dinanzi a uffici diversi prevedendo che il conflitto fra tali uffici venga risolto secondo il criterio della prevenzione (data

dalla notifica dell'atto di citazione o dal deposito del ricorso), in forza del quale il giudice successivamente adito si spoglia della causa in favore di quello adito preventivamente¹. Tale criterio trova applicazione anche nell'ipotesi in cui fra le due cause vi sia un rapporto di continenza, con la precisazione che, in tal caso, la prevenzione opera solo nella misura in cui il giudice della causa contenuta sia competente a conoscere anche della causa continente; in caso contrario, egli dovrà rimettere la causa a quest'ultimo. L'eccezione di litispendenza o di continenza è rilevabile d'ufficio e la decisione resa sul punto è impugnabile, per espressa previsione dell'art. 39 c.p.c., con regolamento di competenza².

Ciò premesso, occorre domandarsi se tale istituto possa trovare applicazione anche nei rapporti fra arbitrato e processo ordinario e, dunque, se l'avvio del procedimento arbitrale o del procedimento giurisdizionale costituisca un impedimento all'instaurazione della medesima controversia nell'altra sede.

Tale quesito ha trovato e trova tuttora una risposta negativa.

Nella vigenza del codice del 1940, nonostante l'assimilazione dei rapporti fra arbitri e giudici ai rapporti di competenza, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza avevano opinato in senso contrario all'applicazione, nell'ambito degli stessi, dell'art. 39 c.p.c.³.

A fondamento di tale posizione, si poneva innanzitutto la formulazione dell'art. 39 c.p.c., che, circoscrivendo l'applicazione della litispendenza all'ipotesi in cui la medesima causa fosse proposta davanti a «*giudici diversi*», escludeva la configurabilità dell'istituto quando la causa fosse stata incardinata dinanzi a

¹ Secondo l'orientamento prevalente, l'eccezione di litispendenza ha la precedenza rispetto a quella d'incompetenza, nel senso che, ai fini della declaratoria di litispendenza, il giudice successivamente adito deve limitarsi a seguire il criterio della prevenzione, senza che possa avere rilievo un'indagine sulla propria competenza o su quella del giudice preventivamente adito; cfr. Cass., Sez. Un., 31 luglio 2014, n. 17443; Cass., 11 novembre 1994, n. 9409; Cass., 23 agosto 1991, n. 9068.

² Sull'argomento v., in generale, G.F. RICCI, voce «Litispendenza», in *Digesto Civ.*, XI, Torino, 1994, 64 ss.; MONTELEONE, voce «Litispendenza», in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Roma, 1990, 1 ss.

³ Cass., 4 aprile 1979, n. 1943; Cass., 17 aprile 1968, n. 1143, in *Giust. civ.*, 1968, I, 1892; Cass., Sez. Un., 9 maggio 1956, n. 1505, in *Foro it.*, 1956, I, 853, con nota di ANDRIOLI, *Procedura arbitrale e regolamento di giurisdizione*; in *Foro pad.*, 1956, 686, con nota di GARBAGNATI, *In tema di regolamento preventivo di giurisdizione nel corso del procedimento arbitrale*, in *Giust. civ.*, 1956, I, 819, con nota di MARMO, *Recenti orientamenti della dottrina e della giurisprudenza sulla natura giuridica dell'arbitrato rituale*; Coll. Arb., 6 giugno 1984, n. 24, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1985, 837. L'applicazione di tale istituto veniva invece giustificata in caso di arbitrato obbligatorio (in argomento v. VACCARELLA, *Questioni di litispendenza e competenza nei rapporti fra arbitri e giudici*, in *Giust. civ.*, 1997, I, 1, 270), nonché, almeno secondo alcuni, in caso di contemporanea pendenza fra più procedimenti arbitrali aventi ad oggetto la medesima controversia (cfr. BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, in *Riv. arb.*, 1998, 509).

soggetti estranei all'ordinamento giudiziario⁴. Invero, tale rilievo avrebbe potuto essere superato facendo applicazione della teoria della giurisdizionalizzazione *ex post*. Sennonché, la stessa giurisprudenza che invocava tale teoria per giustificare la ricostruzione dei rapporti fra arbitrato e processo secondo lo schema della competenza si era sempre premurata di precisare che proprio il carattere successivo dell'omologa avrebbe imposto di considerare gli atti intermedi del procedimento arbitrale (a partire dalla domanda d'arbitrato) privi di quel carattere giurisdizionale necessario per l'applicazione dell'istituto della litispendenza⁵.

Evidente la debolezza di tale argomentazione: se le conseguenze "giurisdizionalizzanti" dell'omologa pretorile venivano anticipate per consentire l'applicazione della disciplina dell'eccezione d'incompetenza (e come vedremo appresso, anche della disciplina della connessione), non v'era ragione per escludere che tale anticipazione potesse avere luogo anche ai fini della litispendenza⁶.

In secondo luogo, si riteneva che l'eccezione di litispendenza (così come quella di continenza, istituto ritenuto parimenti inapplicabile⁷) fosse "superata", da un punto di vista logico, dell'eccezione d'incompetenza, nel senso che ove una stessa controversia fosse stata proposta avanti al giudice ordinario e avanti agli arbitri, non si sarebbe posto un problema di litispendenza, ma di competenza, da risolversi non sulla base del criterio della prevenzione, ma attraverso la valutazione della validità e dei limiti della convenzione d'arbitrato⁸. Questo

⁴ FAZZALARI, voce «Arbitrato nel diritto processuale civile», in *Digesto Civ., Aggiornamento*, 1, Torino, 2000, 98; FAZZALARI, Sub art. 819 bis c.p.c., in *La riforma dell'arbitrato*, a cura di Antonio Briguglio, Elio Fazzalari e Roberto Marengo, Milano, 1994, 144.

⁵ Cass., Sez. Un., 9 maggio 1956, n. 1505, cit.

⁶ ACONE, *Arbitrato e competenza*, in *Riv. arb.*, 1996, 247; TOMBARI, *Natura e regime giuridico dell'eccezione di compromesso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 1041.

⁷ Coll. Arb., Roma, 22 febbraio 1989, in *Riv. arb.*, 1991, 141, con nota di GIARDINA, *Continenza e connessione di cause fra arbitro e giudice ordinario*; DANOVÌ, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999, 416 ss. Come rileva G.F. RICCI, Sub art. 819 ter c.p.c., in *Arbitrato. Commento al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile (artt. 806 – 840)*, a cura di Federico Carpi, 2° ed., Bologna, 2007, 504, per continenza non s'intende soltanto il caso di mera differenza quantitativa di *petitum*, ma anche quello in cui fra le due cause ci sia una relazione di interdipendenza tale che la decisione dell'una è presupposto per la decisione dell'altra. Sul punto v. anche BOCCAGNA, *L'impugnazione del lodo per nullità*, I, Napoli, 2005, 308 ss.

⁸ Cass., 9 aprile 1998, n. 3676, in *Riv. arb.*, 1998, 502, con nota di BOVE, *Arbitrato e litispendenza*; Cass., 17 aprile 1968, n. 1143, cit.; Coll. Arb., 9 marzo 1996, in *Giust. civ.*, 1997, I, 1, 268, con nota di VACCARELLA, *Questioni di litispendenza e competenza nei rapporti fra arbitri e giudici*; Coll. Arb., Roma, 2 marzo 1996, in *Riv. arb.*, 1996, 361, con nota di LEPRI, *Arbitrato rituale, pendenza della stessa causa innanzi al giudice statale ed applicazione dell'art. 39, 1° comma, c.p.c.* In dottrina SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, 3° ed., Milano, 1988, 229; ANDRIOLI,

argomento non è mai apparso condivisibile fino in fondo, dal momento che, l'eccezione di litispendenza assorbe ogni valutazione in ordine alla competenza dei giudici aditi⁹. Nel condizionare la declaratoria di litispendenza al fatto che la stessa causa sia proposta davanti a giudici diversi, l'art. 39 c.p.c. impone infatti al giudice successivamente adito di limitare il proprio accertamento alla preventiva instaurazione della stessa causa dinanzi ad altro giudice, precludendogli a ogni valutazione sulla propria come sull'altrui competenza¹⁰. Inoltre, così opinando, si sarebbe finito – forse un po' ingenuamente – per affidare la prevenzione del contrasto fra le due sedi *sic et simpliciter* al fatto che la questione di competenza fosse correttamente risolta dagli arbitri e dal giudice e che, pertanto, in entrambe le sedi si pervenisse alla medesima decisione; circostanza, questa, assolutamente non scontata¹¹.

In terzo e ultimo luogo, si riteneva che il rilievo officioso che connotava l'eccezione di litispendenza non potesse conciliarsi con il carattere disponibile dell'*exceptio compromissi* e che, pertanto, la declinatoria di competenza da parte degli arbitri o del giudice ordinario potesse conseguire solo alla formulazione di una fondata eccezione d'incompetenza ad opera della parte interessata¹².

Esclusa l'applicazione del criterio della prevenzione ed escluso altresì il ricorso all'istituto della sospensione di cui agli artt. 295 o 819 c.p.c. (cioè esclusa la possibilità di ravvisare fra i due procedimenti un nesso di pregiudizialità

Commento al codice di procedura civile, IV, 3° ed., Napoli, 1964, 843 e 844 e, più recentemente, DANOVÌ, *La pregiudizialità*, cit., 406; DELLA PIETRA, *Il procedimento*, in *Diritto dell'arbitrato rituale*, a cura di Giovanni Verde, 3° ed., Torino, 2005, 229 e 237.

⁹ Cfr nota 1 del presente capitolo.

¹⁰ Tale norma ha infatti sostituito l'art. 104 del codice del 1865, secondo il quale per aversi litispendenza sarebbe stato necessario che la medesima causa fosse promossa dinanzi a due autorità giudiziarie «ugualmente competenti»; sicché, nell'attuale codice di rito, la litispendenza si configura, quale questione di procedibilità che deve essere risolta prima della questione di competenza e indipendentemente da essa; così Cass., 26 novembre 2002, n. 16724; Cass., 2 giugno 2000, n. 7360 e, in dottrina, G.F. RICCI, voce «Litispendenza», cit.; MONTELEONE, voce «Litispendenza», cit., 2. Con riferimento al procedimento arbitrale il rilievo è condiviso da MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino, 2008, 222; BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 303; LEPRI, *Arbitrato rituale, pendenza della stessa causa innanzi al giudice statale ed applicazione dell'art. 39, 1° comma, c.p.c.* (nota a Coll. Arb., Bergamo, 20 luglio 1995), in *Riv. arb.*, 1996, 381; ANDRIOLI, *Commento*, cit., 127.

¹¹ CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario (evoluzioni e problemi irrisolti)*, in *Riv. arb.*, 1998, 670.

¹² Cass., Sez. Un., 9 maggio 1956, n. 1505, cit.

dipendenza avente a oggetto la questione di competenza)¹³, non vi sarebbero stati impedimenti a che la medesima controversia potesse essere coltivata contemporaneamente in sede arbitrale e in sede giurisdizionale. Arbitri e giudice sarebbero stati quindi liberi di valutare, in piena e reciproca autonomia, la propria competenza¹⁴; l'unica condizione perché la medesima controversia potesse pendere contemporaneamente in sede arbitrale e in sede giurisdizionale era ravvisata, dalla giurisprudenza, nel fatto che la parte convenuta nel procedimento ordinario – non importa se instaurato preventivamente o successivamente rispetto a quello arbitrale – avesse tempestivamente formulato l'*exceptio compromissi*¹⁵. Fra il procedimento arbitrale e quello giurisdizionale si sarebbe quindi realizzata una sorta di corsa di velocità che sarebbe terminata nel momento in cui in una delle due sedi si fosse giunti ad una decisione definitiva, la quale avrebbe esplicitato i propri effetti nel processo ancora pendente¹⁶.

La scarsa coerenza dell'atteggiamento giurisprudenziale emergeva tuttavia nel caso in cui i procedimenti pendenti non avessero a oggetto la medesima controversia ma controversie fra loro connesse. Ritenendo impossibile la coesistenza, su questioni connesse, di una pronuncia arbitrale e di una pronuncia giurisdizionale¹⁷ e valorizzando il fatto che i rapporti fra arbitri e giudici fossero rapporti di competenza, nonché affermando una non meglio precisata primazia della giurisdizione statale rispetto a quella arbitrale¹⁸, la giurisprudenza aveva elaborato la c.d. regola della *vis attractiva*, secondo la quale, in caso di connessione fra una controversia pendente in arbitrato rituale e altra causa pendente davanti all'autorità giudiziaria e non sottoposta all'accordo compromissorio, il potere decisorio degli arbitri sarebbe venuto meno e la controversia arbitrale avrebbe dovuto essere attratta nella competenza del giudice

¹³ Cass., 9 aprile 1998, n. 3676, cit.. Nello stesso senso, all'indomani dell'ultima riforma, Coll. Arb. Bari, 22 giugno 2011, in *Riv. arb.*, 2011, 660, con nota di ALLOTTI, *Rapporti tra arbitri e giudice ordinario*,

¹⁴ RICCI, RUOSI, Sub art. 11, in *Legge 5 gennaio 1994 n. 25*, a cura di Giuseppe Tarzia, Riccardo Luzzatto ed Edoardo Flavio Ricci, Padova, 1995, 114.

¹⁵ Sul punto si rinvia al secondo capitolo.

¹⁶ LUIISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 1997, 311; FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, 43; ID., voce «Arbitrato, cit., 99; ID., Sub art. 819 bis c.p.c., in *La riforma dell'arbitrato*, cit., 145.

¹⁷ PUNZI, Sub art. 11, in *La riforma dell'arbitrato. Legge 5 gennaio 1994, n. 24*, a cura di Piero Bernardini, Giorgio De Nova, Raffaele Nobili e Carmine Punzi, Milano, 1994, 43 ss.

¹⁸ Cass., 23 agosto 1990, n. 8608, in *Riv. arb.*, 1991, 757, con nota di MARENGO, *Arbitrato e connessione di cause*; App. Torino, 29 gennaio 1993, 104, in *Riv. arb.*, 1994, 296, con nota di LONGO, *Ancora in tema di connessione e giudizio arbitrale*.

togato¹⁹²⁰. In forza della *vis attractiva* esercitata dal giudice ordinario, ove in sede ordinaria fosse stata pendente una controversia connessa con quella devoluta in arbitrato, gli arbitri – non importa se aditi preventivamente o successivamente rispetto all'autorità giudiziaria²¹ – avrebbero dovuto, d'ufficio²² e in ogni momento del procedimento²³, spogliarsi della controversia in favore del giudice ordinario, così da consentire la trattazione congiunta di entrambe le controversie in un'unica sede. La decisione che essi avessero eventualmente reso in violazione di tale regola sarebbe stata impugnabile per nullità ai sensi dell'art. 829, 1° comma, n. 4, c.p.c., quale pronuncia resa fuori dai limiti del compromesso, perché emessa su una materia che, per effetto della connessione, sarebbe stata loro sottratta²⁴; all'accoglimento di tale impugnazione non sarebbe però seguito il

¹⁹ Cass., 23 agosto 1990, n. 8608, cit.; Cass., 28 maggio 1979, n. 3099; Cass., 7 agosto 1972, n. 2647, in *Giust. civ.*, 1973, I, 827; Cass., 20 maggio 1969, n. 1752, in *Foro it.*, 1969, I, c. 2195, con nota senza titolo di BARONE; Cass., 28 febbraio 1964, n. 458, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 469, con nota di LIEBMAN, *Giudizio arbitrale e connessione di cause*; App. Torino, 29 gennaio 1993, 104, cit. Fra le decisioni arbitrali Coll. Arb., Roma, 22 febbraio 1989, cit. In dottrina REDENTI, voce «Compromesso», in *Nuovo Dig. It.*, III, Torino, 1938, 506 e 507, il quale tuttavia suggerisce di distinguere a seconda del tipo di connessione.

²⁰ Come per tutte le regole che traevano fondamento nella riconduzione dei rapporti fra arbitri e giudici ordinari alla categoria della competenza, quella in esame non trovava invece applicazione quando la controversia fosse stata instaurata dinanzi ad arbitri irrituali; cfr. Cass., 18 gennaio 1990, n. 231. Questa era peraltro una delle ragioni alla base del successo di questo istituto, la cui insensibilità all'eventuale pendenza di una controversia in sede giurisdizionale garantiva l'effettività dell'opzione arbitrale; cfr. E.F. RICCI, *La «funzione giudicante degli arbitri» e l'efficacia del lodo (Un grand arret della Corte Costituzionale)*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 372; RICCI, RUOSI, *op. cit.*, 112.

²¹ In questo caso, il criterio della prevenzione sancito dall'art. 40 c.p.c. cedeva il passo a quello della prevalenza della competenza giurisdizionale. Ai fini dell'attuazione del *simultaneous processus*, sarebbe stato comunque necessario che le due controversie fossero contemporaneamente pendenti nelle rispettive sedi e che nessuna di esse fosse già giunta a decisione; cfr. Cass., 13 dicembre 1969, n. 3981, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, 138, con nota di SEGRE', *Connessione di cause e incompetenza di arbitri*. L'operatività della regola in parola era stata tuttavia esclusa quando la domanda giudiziale fosse stata proposta condizionatamente all'accertamento dell'incompetenza arbitrale; cfr. Cass., 25 luglio 1997, n. 6950, in *Giust. civ.*, 1998, I, 476

²² Cass., 7 agosto 1972, n. 2647, cit. In senso contrario v. però SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 229, e VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Napoli, 1971, 544, entrambi favorevoli all'applicazione del meccanismo decadenziale di cui all'art. 817 c.p.c.

²³ Cass., 15 luglio 1982, n. 4171, con cui la Corte aveva escluso l'applicabilità, nel caso di specie, delle preclusioni previste dall'art. 40 c.p.c.

²⁴ Cass., 7 agosto 1972, n. 2647, cit.; Cass., 13 dicembre 1969, n. 3981, cit. In dottrina, SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 229. Come per ogni altra decisione resa sulla *potestas* arbitrale, la sentenza della Corte d'appello veniva ritenuta impugnabile a sua volta con il regolamento di competenza, cfr. Cass., 7 agosto 1972, n. 2647, cit. Critico sul punto SEGRE', *Connessione di cause e incompetenza di arbitri* (nota a Cass., 13 dicembre 1969, n. 3981), in *Giur. it.*, 1971, I, 1, 133, secondo il quale l'invalidità della decisione arbitrale dovrebbe essere ricondotta all'ultimo comma dell'art. 829 c.p.c., nella sua formulazione originaria, che consentiva l'impugnazione per nullità del lodo laddove gli arbitri, nel giudicare, non avessero osservato «le

giudizio rescissorio, come previsto dall'art. 830 c.p.c., bensì la rimessione al giudice dinanzi al quale pendeva la causa connessa²⁵.

Numerose le critiche che questo orientamento suscitava fra gli interpreti.

Al di là della più radicale contestazione della riconduzione dei rapporti fra arbitri e giudici alla categoria della competenza²⁶, segnatamente a quella per territorio derogabile, si rilevava che contrariamente alla disciplina del processo ordinario, quella dell'arbitrato non contenesse alcuna norma che prevedesse la caducazione della convenzione arbitrale per ragioni di connessione²⁷. Inoltre si additava il diverso trattamento riservato alla connessione e alla litispendenza²⁸.

Non meno rilevanti erano infine gli abusi cui questa regola si prestava²⁹. Abusi che erano incoraggiati dalla larghezza con cui la giurisprudenza applicava la regola in parola: essa veniva, infatti, ritenuta operante a prescindere dal tipo di

regole di diritto», essendo tale locuzione suscettibile di ricomprendere anche le regole di diritto processuale, fra cui si collocava quella della *vis attractiva*.

²⁵ Cass., 28 febbraio 1964, n. 458, *Riv. dir. proc.*, 1964, 469, con nota di LIEBMAN, *Giudizio arbitrale e connessione di cause*, in cui la Corte invocò a sostegno di tale soluzione il concetto di inesistenza del lodo.

²⁶ Cfr. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2° ed., Torino, 1994, 54; LIEBMAN, *Giudizio arbitrale e connessione di cause* (nota a Cass., 28 febbraio 1964, n. 458), in *Riv. dir. proc.*, 1964, 470.

²⁷ Sul punto LIEBMAN, *op. cit.*, 472, secondo il quale le istanze poste alla base dell'opzione arbitrale erano molto diverse da quelle che giustificavano la stipula di un *patcum de foro prorogando* e, pertanto, la conclusione di un patto compromissorio non poteva essere assimilata a una semplice proroga della competenza territoriale. Né, del resto, la regola della *vis attractiva* poteva trovare riscontro nel carattere derogabile della competenza arbitrale, dal momento che, mentre la connessione trovava applicazione in caso di competenza territoriale derogabile perché tanto la modifica della competenza per ragioni di connessione quanto la deroga della competenza per via pattizia erano espressamente consentite dalla legge in vista del perseguimento di interessi ritenuti meritevoli di tutela, la competenza arbitrale, in quanto prodotto della volontà delle parti, sarebbe stata derogabile solo per effetto della medesima volontà o di un'espressa disposizione di legge. L'assenza, nella disciplina dell'arbitrato, di una disposizione *ad hoc* era significativa della volontà del legislatore di garantire il rispetto della volontà espressa dalle parti con la stipula del patto compromissorio, anche se ciò avesse comportato la rinuncia ai vantaggi derivanti dal *simultaneus processus*; cfr. LIEBMAN, *op. cit.*, 472 e 473. Un'ulteriore conferma in tal senso avrebbe potuto essere tratta dalle norme sulla connessione per pregiudizialità, che rappresentava tradizionalmente un'ipotesi di connessione c.d. forte. Nel processo ordinario, la possibilità di attuare il processo simultaneo trovava un limite, infatti, nella diversità di stato dei due processi, nella competenza inderogabile dei giudici dinanzi ai quali essi pendevano o, ancora, nel rilievo del vincolo di connessione oltre il termine previsto dall'art. 40 c.p.c.; tutti casi in cui non vi era alternativa alla sospensione *ex art.* 295 c.p.c. Peraltro, ai sensi dell'art. 819 c.p.c., la regola della *vis attractiva* non trovava applicazione in caso di connessione per pregiudizialità; caso in cui si doveva parimenti procedere alla sospensione del procedimento. Tali rilievi palesavano (i) che la regola del *simultaneus processus* era suscettibile di limitazione e (ii) che la regola della *vis attractiva*, proprio perché esclusa con riferimento all'ipotesi di connessione per pregiudizialità, lo sarebbe stato a maggior ragione per tutte le altre; cfr. RUFFINI, *Sub art. 819 bis c.p.c.*, in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Claudio Consolo e Francesco Paolo Luiso, 2° ed., Milano, 2000, 3449.

²⁸ ANDRIOLI, *Commento*, cit., 844.

²⁹ SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 229

connessione sussistente fra le cause³⁰, anche in caso di connessione impropria di cui all'art. 103, 1° comma, c.p.c.³¹, nonché in tutti i casi di litisconsorzio, anche facoltativo³². Abusi che solo negli ultimi tempi e in modo peraltro non univoco la giurisprudenza cercò di reprimere, escludendo l'operatività della *vis attractiva* quando l'instaurazione della controversia pendente davanti al giudice ordinario fosse avvenuta dopo la chiusura della discussione dinanzi agli arbitri³³ oppure quando essa fosse apparsa talmente pretestuosa da integrare un mero espediente per eludere gli effetti dell'accordo arbitrale³⁴, e che, diversamente, avrebbero potuto essere scongiurati solo attraverso una (preventiva) rinuncia delle parti ad eccepire la connessione o, comunque, attraverso la regolamentazione di tale eccezione³⁵.

³⁰ Ad esempio nel caso in cui la controversia pendente dinanzi al giudice ordinario fosse risultata accessoria rispetto a quella principale pendente davanti agli arbitri; cfr. Cass., 23 agosto 1990, n. 8608, cit.; Cass., 28 maggio 1979, n. 3099; Coll. Arb., Roma, 22 febbraio 1989, cit.

³¹ Cass., 7 agosto 1972, n. 2647, cit.

³² Cass., 8 marzo 1974, n. 616, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1266.

³³ Cass., 25 ottobre 1984, n. 4820, in *Foro it.*, 1985, I, 817.

³⁴ Cass., 23 settembre 1986, n. 5707; Cass., 27 gennaio 1981, n. 628; Coll. Arb., Roma, 22 febbraio 1989, cit. A tale approdo la giurisprudenza di legittimità giunse piuttosto tardi e dopo forti resistenze iniziali; v. sul punto Cass., 28 febbraio 1964, n. 458, cit., con cui la Corte negò espressamente che, ai fini della risoluzione della questione di competenza sorta in ragione del vincolo di connessione, fosse possibile indagare la fondatezza della domanda proposta dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria o le finalità perseguite dai contendenti. Ciò, peraltro, contrariamente a quanto accadeva nel giudizio ordinario, dove per lo spostamento della competenza in casi cumulo soggettivo, la Corte di cassazione riteneva ammissibile una simile indagine; cfr. App. Torino, 29 gennaio 1993, 104, cit. Peraltro la stessa giurisprudenza di cassazione non era univoca nell'individuare quali fossero i parametri alla luce di quali avrebbe dovuto compiere il giudizio di ammissibilità, posto che talvolta si invocava la necessità di un vaglio preventivo circa l'ammissibilità e la fondatezza della domanda connessa mentre in altre occasioni si precisava che l'assorbimento avrebbe dovuto escludersi quando dall'esame della domanda connessa fosse risultato *prima facie* che la sua proposizione avesse carattere pretestuoso (Cass., 23 giugno 1986, n. 5707). In ogni caso, l'applicazione del principio espresso in tali pronunce è rimasta piuttosto limitata, dal momento che, come rilevato in dottrina (RICCI, RUOSI, *op. cit.*, 108), nella maggior parte dei casi esso veniva enunciato proprio al fine di rilevare la mancanza dei presupposti per la sua applicazione al caso di specie.

³⁵ Il riferimento è alla sentenza n. 4171 resa dalla Corte di cassazione il 15 luglio 1982, edita in *Arch. giur. oo. pp.*, 1982, II, 325 e successivamente commentata da E.F. RICCI, *Un raggio di luce nel buio (una svolta in tema di incompetenza degli arbitri rituali per connessione di cause?)*, in *Riv. arb.*, 1993, 179. Nella sentenza in parola, i giudici di legittimità avevano affermato che, in sede arbitrale, l'eccezione di connessione doveva ritenersi non soggetta al termine di cui all'art. 40 c.p.c., salvo la diversa previsione contenuta nel patto compromissorio e salvo che gli arbitri non avessero regolato il procedimento ai sensi dell'art. 816 c.p.c., così implicitamente ammettendo la possibilità che tale eccezione potesse essere sottoposta ad una decadenza, la cui fissazione era rimessa alla disponibilità delle parti o degli arbitri. Tale sentenza sembrava quindi sancire il carattere disponibile dell'eccezione di connessione, il quale avrebbe consentito alle parti, in sede di stipula del patto compromissorio (o, comunque, prima dell'instaurazione del giudizio arbitrale) di stabilire la conservazione della competenza arbitrale anche in caso di connessione della controversia con altra causa promossa davanti all'autorità giudiziaria.

3. La riforma del 1994 e la “litispendenza zoppa”

Nel contesto appena delineato si inserì la novella del 1994, la quale – come più volte ricordato nel corso della presente trattazione – per molti determinò una significativa assimilazione del procedimento arbitrale a quello ordinario.

Con il proprio intervento riformatore, il legislatore del 1994 pose innanzitutto fine alla regola della *vis attractiva*, introducendo l’art. 819 *bis* c.p.c., a mente del quale la competenza degli arbitri non sarebbe stata esclusa dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente dinanzi al giudice. All’abbandono di tale regola si accompagnò il superamento del principio di indivisibilità del lodo, attraverso la modifica dell’art. 830 c.p.c. e l’ammissione della declaratoria di nullità parziale della decisione arbitrale, volta a consentire la sopravvivenza della decisione impugnata nelle parti che fossero risultate esenti da vizi.

Nulla venne previsto, tuttavia, con riferimento al tema della litispendenza arbitrale. Il che – in ipotesi – avrebbe dovuto indurre gli interpreti a dare continuità all’orientamento giurisprudenziale più risalente. Anzi, per una parte della dottrina, il disposto dell’art. 819 *bis* c.p.c. sopra citato sarebbe stato idoneo a regolare non solo le ipotesi di connessione fra due controversie, ma anche il caso in cui fra esse vi fosse identità di tutti gli elementi oggettivi e soggettivi così derogando alla previsione di cui all’art. 39 c.p.c.; con la conseguenza che, come la competenza degli arbitri non sarebbe venuta meno in ragione della pendenza della lita in sede ordinaria, così la competenza del giudice non avrebbe risentito dell’instaurazione del procedimento arbitrale³⁶.

Senonché, il venir meno del meccanismo di giurisdizionalizzazione *a posteriori* del lodo che fino a quel momento aveva caratterizzato la disciplina dell’arbitrato (sul quale ci siamo intrattenuti nel primo capitolo), il riconoscimento, in capo alla domanda d’arbitrato, dei medesimi effetti della domanda giudiziale e la parificazione degli effetti della decisione arbitrale a quelli della sentenza (attraverso l’inserimento del motivo di nullità di cui all’art. 829, 1°

³⁶ E.F. RICCI, *L’arbitrato di fronte alla litispendenza giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 502 e 509. Così Coll. Arb., Salerno, 25 giugno 2001, in *Riv. arb.*, 2003, 525, con nota di RUFFINI, *In tema di sospensione del processo arbitrale per pregiudizialità*. Nello stesso senso Coll. Arb., 9 marzo 1996, cit.; Coll. Arb., Roma, 2 marzo 1996 e Coll. Arb., Bergamo, 20 luglio 1995, in *Riv. arb.*, 1996, 353 e 375, con nota di LEPRI, *Arbitrato rituale, pendenza della stessa causa innanzi al giudice statale ed applicazione dell’art. 39, 1° comma, c.p.c.*

comma, n. 8 c.p.c.), condussero molti autori a ritenere che, potendosi finalmente parlare di litispendenza arbitrale, nei rapporti fra arbitrato e processo ordinario dovessero trovare applicazione gli istituti che, nell'ambito della giurisdizione ordinaria, erano volti a prevenire il rischio del *bis in idem*³⁷, fra i quali vi era l'istituto disciplinato dall'art. 39 c.p.c.³⁸. Ovviamente, l'estensione di tale istituto ai rapporti fra arbitro e processo avrebbe fornito alle parti uno strumento per "sabotare" la competenza arbitrale: sarebbe stato infatti sufficiente sottoporre la controversia in via preventiva all'autorità giudiziaria per precludere la devoluzione della stessa agli arbitri³⁹; un simile inconveniente avrebbe potuto essere evitato solo ipotizzando un'applicazione unilaterale della litispendenza, cosa che, però, non sembrava possibile alla luce della disciplina positiva.

Diversa la soluzione prospettata da quell'orientamento, invero minoritario, secondo il quale l'intervento riformatore avesse impresso all'arbitrato un'autonomia tale da legittimare l'assimilazione dei rapporti fra arbitrato e processo ordinario ai rapporti fra diverse giurisdizioni. Costoro, infatti, al fine di garantire l'utilizzabilità dell'istituto della litispendenza ma preoccupati che ciò potesse andare a esclusivo pregiudizio della parte che avesse instaurato il giudizio ordinario, ipotizzavano l'applicazione analogica dell'istituto della litispendenza internazionale di cui all'art. 7 della legge n. 218 del 1995. Secondo tale ricostruzione, come il giudice italiano dinanzi al quale fosse stata eccepita la previa pendenza della stessa causa dinanzi a un giudice straniero avrebbe dovuto sospendere il giudizio laddove avesse ritenuto che il provvedimento straniero fosse in grado di spiegare effetti nell'ordinamento italiano ai sensi dell'art. 64 della predetta legge, così il giudice ordinario dinanzi al quale fosse stata dedotta la

³⁷ MURONI, *La pendenza*, cit., 222; BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 298, 300 e 305; BOVE, *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 444; BOVE, *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.*, 1999, 422, per il quale l'eccezione di litispendenza altro non sarebbe stata che un'eccezione di giudicato anticipata. Nello stesso senso BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in *Arbitrato. Commento al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile (artt. 806 – 840)*, a cura di Federico Carpi, Bologna, 2001, 230; ACONE, *Arbitrato e competenza*, cit., 1996, 255; SALVANESCHI, *La domanda d'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 667; LEPRI, *Arbitrato rituale*, cit., 375.

³⁸ Sulla strumentalità dell'istituto della litispendenza a impedire il conflitto di giudicati v. MONTELEONE, voce «Litispendenza», cit., 1.

³⁹ E.F. RICCI, *L'arbitrato di fronte*, cit., 508; LUISO, *Ancora sui rapporti tra arbitri e giudice*, in *Riv. arb.*, 1997, 523. Secondo BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 301, l'applicazione dell'art. 39 c.p.c. avrebbe fatto sì che il giudice o l'arbitri aditi successivamente sul medesimo oggetto fossero tenuti a dichiarare d'ufficio la litispendenza.

previa pendenza di un procedimento arbitrale sarebbe stato chiamato a valutare, in modo sommario, la competenza degli arbitri preventivamente aditi e, in caso di valutazione positiva, avrebbe dovuto sospendere il giudizio; analoga valutazione avrebbero dovuto compiere gli arbitri laddove fossero stati aditi successivamente al giudice ordinario. In questo modo, egli avrebbe dovuto sospendere il giudizio rilevando l'esistenza della convenzione d'arbitrato, senza particolari approfondimenti in ordine alla sua validità e ampiezza, mentre gli arbitri avrebbero dovuto arrestare il procedimento constatando la carenza del patto compromissorio o proseguirlo in ragione della semplice esistenza dello stesso⁴⁰. Naturalmente, un sistema di questo tipo sarebbe stato comunque caratterizzato da un certo *favor* verso l'arbitrato (essendo determinante ai fini della sospensione del procedimento la semplice esistenza o inesistenza dell'accordo arbitrale). Inoltre, nell'ipotesi in cui il giudice statale fosse stato adito per primo, non sarebbe stato comunque possibile evitare la contemporanea pendenza del procedimento sol che gli arbitri avessero ritenuto esistente l'accordo compromissorio.

Fra tali diverse soluzioni, inizialmente la Corte di cassazione sembrò optare per un'applicazione, sia pur molto *sui generis*, dell'art. 39 c.p.c., attraverso l'elaborazione della regola della c.d. "litispendenza zoppa". Con le sentenze n. 6205 del 1996 e n. 3001 del 1997, i giudici di legittimità affermarono, infatti, che la pendenza di un procedimento arbitrale avrebbe impedito alle parti la possibilità di sottoporre la controversia alla cognizione del giudice ordinario, essendo a quest'ultimo ormai precluso qualsiasi sindacato sull'esistenza e sulla portata dell'accordo compromissorio. Per la Corte, l'instaurazione del procedimento arbitrale avrebbe attribuito agli arbitri, in via esclusiva, il potere di verificare i propri poteri, salva naturalmente la successiva impugnabilità del lodo per carenza di *potestas iudicandi*⁴¹. In tal caso, quindi, il giudice ordinario avrebbe dovuto

⁴⁰ RASIA, *Il conflitto transnazionale tra giurisdizione ordinaria e arbitrato sulla medesima lite. spunti su un principio di «lis alibi pendens» nell'arbitrato internazionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1078 e 1093; BOVE, *Il patto compromissorio*, cit., 444; ID., *Rapporti tra arbitro*, cit., 423; ID., *Arbitrato e litispendenza*, cit., 515.

⁴¹ Cass., 8 luglio 1996, n. 6205, in *Corr. giur.*, 1996, 1007, con nota di V. CARBONE; in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 623, con nota senza titolo di RAMPAZZI; in *Riv. arb.*, 1997, 325, con nota di VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale a giudicare della propria competenza*, relativa ad un caso in cui, dopo la concorde instaurazione del procedimento arbitrale, uno dei compromittenti aveva adito l'autorità giudiziaria chiedendo la declaratoria di inesistenza dell'accordo compromissorio; Cass., 7 aprile 1997, n. 3001, in *Riv. arb.*, 1997, 515, con nota di LUISO, *Ancora sui rapporti tra arbitri e giudice*; in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 623; in *Giust. civ.*, 1997,

spogliarsi della causa senza compiere alcun accertamento in ordine alla clausola compromissoria, ma semplicemente limitandosi a prendere atto della «*concreta attuazione dell'accordo derogatorio della competenza dell'autorità giudiziaria*» da parte dei litiganti. Tale conclusione sarebbe stata imposta, ad avviso dei giudici di legittimità, dall'esigenza di evitare un conflitto fra lodo e sentenza sulla medesima controversia; conflitto che, in assenza di strumenti volti a garantire il coordinamento preventivo (ma anche successivo) fra il procedimento arbitrale e quello giurisdizionale, avrebbe potuto verificarsi qualora gli arbitri e il giudice ordinario si fossero dichiarati entrambi competenti a decidere la lite⁴².

Come rilevato da autorevole dottrina⁴³, nell'affermare che la costituzione del collegio arbitrale⁴⁴ sottraeva al giudice la competenza a conoscere delle controversie inerenti alla *potestas iudicandi* degli arbitri, la Corte di cassazione aveva finito per applicare in modo unilaterale il criterio della prevenzione, ancorché la sua operatività fosse comunque rimessa all'eccezione di parte. Tale soluzione, sia pur elaborata con riferimento all'ipotesi in cui l'avvio del procedimento arbitrale avesse preceduto l'instaurazione del giudizio ordinario, avrebbe potuto essere estesa anche all'ipotesi inversa: escluso, infatti, il criterio della prevenzione, se la carenza di potere dell'autorità giudiziaria conseguiva alla formazione del collegio arbitrale (o alla notifica della domanda di arbitrato), allora la successiva costituzione dell'organo legittimato ad accertare la propria *potestas iudicandi* avrebbe determinato la medesima (sopravvenuta) carenza di potere in

II, 2451, con nota di GIACOBBE, *Questioni di litispendenza tra giudizio ordinario e giudizio arbitrale*, dove invece la parte convenuta in sede arbitrale aveva contestato la competenza del collegio ed aveva successivamente instaurato un giudizio ordinario sulla medesima controversia.

⁴² Cass., 7 aprile 1997, n. 3001, cit.; Cass., 8 luglio 1996, n. 6205, cit. Nel pervenire a tale conclusione la Corte di cassazione muove però da un presupposto del tutto indimostrato, ossia che il giudizio ordinario segua sempre l'instaurazione del procedimento arbitrale e che, per contro, ove la controversia risulti già incardinata dinanzi al giudice, le parti si astengano dal promuovere l'arbitrato. In un simile contesto – afferma la Corte – il procedimento ordinario si sarebbe concluso successivamente a quello arbitrale e la sentenza ivi pronunciata non sarebbe stata eccepibile dinanzi agli arbitri, con la conseguenza che, come il lodo non sarebbe stato censurabile ai sensi dell'art. 829, 1° comma, n. 8, c.p.c., così la sentenza non avrebbe potuto essere impugnata attraverso lo strumento della revocazione ordinaria di cui all'art. 395, n. 5, c.p.c. (su questi aspetti ritorneremo meglio *infra*).

⁴³ VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale a giudicare della propria competenza* (nota a Cass., 8 luglio 1996, n. 6205), in *Riv. arb.*, 1997, 331 e 332; CONSOLO, *Litispendenza e connessione*, cit., 668.

⁴⁴ Invero, mentre nella sentenza del 1996, la Corte fa riferimento alla costituzione del collegio, in quella del 1997 la Corte, conformemente alla disciplina introdotta con la novella del 1994, fa riferimento alla proposizione della domanda d'arbitrato.

capo al giudice ordinario, il quale avrebbe dovuto spogliarsi della causa rilevando la pendenza del giudizio arbitrale⁴⁵.

Le critiche che venivano avanzate nei confronti di questa soluzione erano sostanzialmente due. Da un lato, si riteneva che essa determinasse una discriminazione ingiustificata nei confronti del procedimento giurisdizionale in favore di quello arbitrale, laddove la pari dignità fra le due vie – peraltro consacrata dall'intervento riformatore del 1994 – avrebbe dovuto legittimare una soluzione che garantisse alle parti tanto la libertà di dare attuazione all'accordo compromissorio quanto la possibilità di adire il giudice laddove questo non fosse stato valido⁴⁶. Dall'altro, si evidenziava come una simile soluzione dovesse necessariamente trovare giustificazione nella volontà del legislatore e, pertanto, potesse essere praticata solo in presenza di un'esplicita disposizione normativa; tanto più in un sistema, quale quello italiano, in cui al principio della *Kompetenz-Kompetenz* veniva attribuito un effetto meramente positivo⁴⁷.

⁴⁵ VACCARELLA, *Sulla competenza*, cit., 332. Come suggerito da altra dottrina (LUISO, *Ancora sui rapporti*, cit., 521), tale ricostruzione avrebbe dovuto però essere mitigata dalla previsione di un termine ultimo oltre il quale l'instaurazione del processo arbitrale non avrebbe più potuto travolgere il giudizio pendente in sede ordinaria. In senso contrario v. però App. Napoli, 29 settembre 1997, in *Riv. arb.*, 1998, 505, con nota di BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, con cui i giudici partenopei hanno confermato la pronuncia con la quale gli arbitri, investiti della controversia successivamente al giudice ordinario, avevano dichiarato il giudizio improcedibile allo stato degli atti e, in dottrina, RASIA, *op. cit.*, 1076.

⁴⁶ E.F. RICCI, *L'arbitrato di fronte*, cit., 508; GIACOBBE, D'ALESSANDRO, *L'arbitrato*, Milano, 1999, 141; BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, cit., 513; GIACOBBE, *Questioni di litispendenza tra giudizio ordinario e giudizio arbitrale* (nota a Cass., 7 aprile 1997, n. 3001), in *Giust. civ.*, 1997, II, 2457 e 2458.

⁴⁷ BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 296 e 297; DELLA PIETRA, *op. cit.*, 229; BOVE, *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 443; BOVE, *Arbitrato e litispendenza*, cit., 510; CONSOLO, *Litispendenza e connessione*, cit., 667. La soluzione proposta dalla Corte di cassazione ricalcava quella contenuta nel codice di procura civile francese o della Convenzione di Ginevra sull'arbitrato commerciale internazionale del 1961. Il primo, come novellato nel 1980 e da ultimo nel 2011, prevede, infatti, che una volta attivato l'arbitrato il giudice dinanzi al quale venga proposta la domanda sia sempre e comunque obbligato a emettere una declaratoria d'incompetenza, senza che possano residuare margini per valutare la valida esistenza dell'accordo compromissorio (ovviamente, tale soluzione non esclude il sindacato dell'autorità giudiziaria, ma si limita a posticiparlo alla fase d'impugnazione del lodo, sicché al giudice togato è comunque assicurata l'ultima parola sulla sussistenza della *potestas* arbitrale). A tale disposizione, contenuta nell'art. 1448, si accompagna quella di cui all'art. 1465, che individua nel tribunale arbitrale l'unico soggetto competente a decidere delle controversie relative alla propria *potestas*. Il combinato disposto delle due norme attribuisce al principio di *compétence-compétence* un duplice effetto, positivo e negativo. Sul punto v. DE SANTIS, WINKLER, *La riforma francese del diritto dell'arbitrato: un commento sistematico*, in *Dir. comm. int.*, 2011, 942 e 961; BONATO, *L'ultima riforma francese dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2012, 499. Analogamente, l'art. VI, 3° comma, della Convenzione ginevrina prevede che «qualora, prima di qualsiasi ricorso ad un tribunale giudiziario, una procedura di arbitrato sia stata introdotta, i tribunali giudiziari degli Stati contraenti, investiti successivamente di un'istanza sulla medesima vertenza tra le stesse Parti oppure di un'istanza sulla constatazione dell'inesistenza, della nullità o della caducità della

Le pronunce poc'anzi citate rimasero tuttavia due precedenti isolati. Il *revirement* giurisprudenziale che di lì a pochi anni avrebbe interessato la qualificazione dell'istituto arbitrale e i suoi rapporti con la giurisdizione ordinaria, sancendo il carattere *tout court* negoziale dell'attività svolta dagli arbitri avrebbe inevitabilmente precluso ogni possibilità di estendere ai rapporti fra arbitrato e processo ordinario l'applicazione di un istituto quale la litispendenza. Collocandosi su piani diversi (uno negoziale, l'altro giurisdizionale), il procedimento arbitrale e quello ordinario sarebbero stati insuscettibili di interagire, per lo meno fino a che in una delle due sedi non si fosse giunti a una definizione della controversia. Donde il ritorno al tradizionale modello delle vie parallele⁴⁸.

4. La riforma del 2006 e l'adozione del modello delle vie parallele

L'istituto della litispendenza (analogamente a quello della continenza) non trova applicazione nemmeno nella disciplina attuale, come novellata in occasione della riforma del 2006⁴⁹. Ponendosi in continuità con l'orientamento giurisprudenziale più risalente, l'ultimo legislatore ha infatti previsto, all'art. 819 *ter*, 1° comma, c.p.c., che «*la competenza degli arbitri non è esclusa dalla pendenza della stessa causa davanti al giudice*». A tale disposizione fa eco quella contenuta nell'art. 817, 2° comma, c.p.c., sulla quale ci siamo soffermati in più occasioni, a mente della quale il potere degli arbitri di conoscere della validità, del contenuto e dell'ampiezza della convenzione d'arbitrato (sancito dal primo

convenzione d'arbitrato, si asterranno, salvo gravi motivi, dal pronunciarsi sulla competenza dell'arbitro fino alla pronuncia della sentenza arbitrale».

⁴⁸ Cass., 30 luglio 2004, n. 14557; Cass., 13 dicembre 2001, n. 15753, in *Riv. arb.*, 2003, 81, con nota di BALDI, *L'arbitrato irrituale e il potere di verifica degli arbitri in merito all'esistenza, validità e portata della clausola compromissoria*, in alcuni passaggi della motivazione; Cass., 9 aprile 1998, n. 3676, cit.; così anche Trib. Verona, 7 novembre 2006, n. 3143, in *Giur. merito*, 2008, 2, 409, con nota di NARDELLI e Coll. Arb., Salerno, 25 giugno 2001, cit. In dottrina DELLA PIETRA, *op. cit.*, 236; CONSOLO, *Raccordi o antifonie fra arbitrato e giudizio ordinario? Profili comparatistici e transnazionali*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, V, Milano, 2004, 3834; RUFFINI, *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione?* (nota a Cass., 3 agosto 2000, n. 527), in *Corr. giur.*, 2001, 61; CONSOLO, MURONI, *L'eccezione di arbitrato rituale come eccezione "di merito" e la supposta inammissibilità del regolamento di competenza* (nota a Cass., 4 giugno 2001, n. 7533; Cass., Sez. Un., 5 dicembre 2000, 1251; App. Milano, 10 aprile 2001), in *Corr. giur.*, 2001, 1461.

⁴⁹ CAPPONI, *Modestino Acone, la competenza e l'arbitrato*, in *Il giusto processo civile*, 2009, 402; BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.*, 2007, 359.

comma della medesima norma) resta fermo anche se «*i poteri degli arbitri sono contestati in qualsiasi sede*».

E' vero che, come rilevato da alcuni commentatori, l'art. 819 *ter* c.p.c. si preoccupa di affermare soltanto che la pendenza del processo statale non impedisce la proposizione della domanda di arbitrato e non viceversa; il che, unitamente all'assenza di riferimenti all'art. 39 c.p.c., potrebbe indurre a ritenere – in teoria – che il legislatore abbia inteso fare propria la soluzione della c.d. litispendenza zoppa in favore della previa pendenza del giudizio arbitrale⁵⁰. Tale deduzione non appare tuttavia condivisibile. L'art. 819 *ter* c.p.c. recepisce il vecchio testo dell'art. 819 *bis* c.p.c. sulla connessione (sul punto v. *infra*) e risente, con buona probabilità, del fatto che, storicamente, fosse l'arbitro la “parte debole” del rapporto la cui competenza avrebbe dovuto essere salvaguardata da speciali previsioni⁵¹, le quali, invece, non sarebbero state necessarie per affermare la regola generale della competenza dell'autorità giudiziaria⁵²; inoltre, stabilendo che la pendenza del procedimento arbitrale preclude la proposizione di azioni giudiziali aventi a oggetto la convenzione d'arbitrato, l'art. 819 *ter*, ult. comma, c.p.c., sembra implicitamente negare che dalla previa instaurazione del giudizio arbitrale possano ricavarsi ulteriori effetti impedienti, segnatamente l'impossibilità di proporre una domanda sul merito⁵³.

⁵⁰ Ipoteticamente BOCCAGNA, Sub art. 817 c.p.c., in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, a cura di Massimo V. Benedettelli, Claudio Consolo e Luca Radicati di Brozolo, Padova, 2010, 282; BOVE, CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006, 81 e 84; BOVE, *Resta la confusione sulle liti transnazionali*, in *Guida dir.*, 2006, numero 8, 105. La tesi sembra invece accolta da ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 272, sulla base del combinato disposto fra gli artt. 817 e 819 *ter* c.p.c., nonché da Trib. Bari, 25 maggio 2006, in *Il civilista*, 2007, 52, con nota di CARAMASCHI.

⁵¹ SALVANESCHI, *Arbitrato. Libro Quarto: Procedimenti speciali art. 806-840*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, a cura di Sergio Chiarloni, Bologna, 2014, 583; CAPPONI, Sub art. 819 *ter* c.p.c., in *Commentario alle riforme del processo civile*, a cura di Antonio Briguglio e Bruno Capponi, III, 2° tomo, Padova, 2009, 878; ID., *Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria secondo il nuovo art. 819 ter c.p.c.*, in www.Judicium.it.

⁵² NELA, Sub art. 819 *ter* c.p.c., in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di Sergio Chiarloni, 2° tomo, Bologna, 2006, 1813.

⁵³ G.F. RICCI, Sub art. 819 *ter* c.p.c., in *Arbitrato*, cit., 2007, 503; BOVE, CECHELLA, *op. cit.*, 84. Non sembra, invece, meritevole di accoglimento l'obiezione secondo la quale la configurazione di una litispendenza unilaterale in favore dell'arbitrato (anche nel caso in cui il convenuto non abbia mai espresso la volontà di derogare alla giurisdizione ordinaria) imporrebbe alle parti una sorta di un arbitrato obbligatorio (GIACOBBE, *op. cit.*, 2458), esponendo la disciplina positiva al rischio di una declaratoria d'incostituzionalità. La teorica previsione di una litispendenza unilaterale in favore dell'arbitro non varrebbe, infatti, a rendere il giudizio arbitrale obbligatorio, dal momento che la sua legittimità continuerebbe a dipendere dall'esistenza di un valido accordo compromissorio, in mancanza del quale gli arbitri sarebbero tenuti a declinare la competenza in favore dell'autorità giudiziaria; in tal senso già BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 307.

Nel dettare le disposizioni di cui sopra, il legislatore italiano ha dunque seguito la via tedesca⁵⁴ (ma anche la via fatta propria dalla Convenzione di New York⁵⁵), recependo un modello nel quale la pendenza della controversia in una sede non impedisce la proposizione della domanda nell'altra, nel quale non v'è dunque la priorità di una via rispetto all'altra, nel quale giudici e arbitri conoscono della propria competenza in piena autonomia e nel quale il raccordo fra le due vie avviene in un momento successivo, attraverso la spendita delle rispettive decisioni finali⁵⁶.

La scelta compiuta dal legislatore è stata invero criticata da una parte della dottrina⁵⁷, la quale avrebbe forse preferito l'adozione di un sistema più simile a quello francese, che privilegiasse la previa valutazione degli arbitri in ordine al sindacato sulla convenzione arbitrale e, prima dell'introduzione del processo arbitrale, circoscrivesse il potere del giudice in ordine a tale sindacato alle sole ipotesi di manifesta nullità o inesistenza dell'accordo compromissorio. E' comunque innegabile che essa scongiuri il rischio di manovre strumentali, volte a

⁵⁴ Laddove altri (BOVE, *Ancora sui rapporti*, cit., 368; ID., *Discutibile la scelta del "sistema tedesco"*, in *Guida dir.*, 2006, numero 8, 107; BOVE, CECHELLA, *op. cit.*, 85;) ritenevano migliore l'adozione di un sistema più simile a quello francese, che privilegiasse la previa valutazione degli arbitri in ordine al sindacato sulla convenzione arbitrale e, prima dell'introduzione del processo arbitrale, circoscrivesse il potere del giudice in ordine a tale sindacato alle sole ipotesi di manifesta nullità o inesistenza dell'accordo compromissorio. L'assenza di rimedi di carattere preventivo è criticamente rilevata anche da CAPPONI, *Rapporti tra arbitri*, cit. Secondo ZIINO, *La translatio iudicii tra arbitri e giudici ordinari (sulla parziale illegittimità costituzionale dell'art. 819-ter, secondo comma, c.p.c.)*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 921, il pregio della soluzione adottata dal legislatore risiederebbe nella possibilità di scongiurare il rischio di manovre strumentali, volte a bloccare la decisione della controversia attraverso la proposizione della domanda ad un soggetto privo della potestas iudicandi.

⁵⁵ La quale, prevedendo, all'art. II, 3° comma, che il «Tribunale di uno Stato contraente, investito di una lite su di una questione in merito alla quale le parti hanno stipulato una convenzione nel senso precisato da questo articolo, rinverrà le parti all'arbitrato, su richiesta di una di esse, a meno che non accerti che detta convenzione è caducata, inoperante o non suscettibile di applicazione», avalla indirettamente il sistema delle vie parallele. Sul punto CONSOLO, *Raccordi o antifonie*, cit., 3833; RASIA, *op. cit.*, 1080.

⁵⁶ SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 677; MENCHINI, *Il controllo e la tutela della convenzione arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2013, 395 e 407; LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, 5° ed., Milano, 2009, 359; RIGHETTI, *L'eccezione di compromesso*, in AA. VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, II, 642 e 643; BOVE, *Ancora sui rapporti*, cit., 361 e 368; ID., *Discutibile la scelta*, cit., 107; G.F. RICCI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 501; NELA, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *Le recenti riforme*, cit., 1814; LUISO, *Rapporti tra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.*, 2005, 788. Per una prima applicazione delle nuove disposizioni v. Coll. Arb. Bari, 22 giugno 2011, cit.

⁵⁷ CAPPONI, *Rapporti tra arbitri*, cit.; BOVE, CECHELLA, *op. cit.*, 85; BOVE, *Discutibile la scelta*, cit., 107

bloccare la decisione della controversia attraverso la proposizione della domanda ad un soggetto privo della *potestas iudicandi*⁵⁸.

L'unica eccezione al modello sancito dall'art. 819 *ter* c.p.c. a questa condizione di parità fra il procedimento arbitrale e quello ordinario – e dunque l'unica possibilità di realizzare un coordinamento preventivo fra le due sedi – è rappresentata dalla previsione, contenuta nell'art. 819 *ter* c.p.c., a mente della quale la mancata proposizione dell'*exceptio compromissi* esclude la competenza arbitrale limitatamente alla controversia decisa in quel giudizio. Sui problemi legati all'applicazione di tale disposizione ci siamo interattenti nel secondo capitolo; in questa sede ci limitiamo a ricordare che, secondo un'interpretazione piuttosto condivisa, la norma attribuirebbe al contegno processuale tenuto dalle parti nel procedimento instaurato (anche successivamente) davanti al giudice ordinario un effetto estintivo della competenza arbitrale, la quale sarebbe destinata a venire meno in conseguenza della mancata eccezione d'incompetenza, anche se resta controverso se tale effetto estintivo si produca immediatamente o in seguito alla decisione della lite⁵⁹. Fuori da quest'ipotesi, i due procedimenti proseguiranno quindi parallelamente fino a che uno dei due non venga definito e l'unico disincentivo, per le parti, alla coltivazione della controversia in entrambe le sedi potrà essere costituito, tutt'al più, dalla condanna alle spese resa in sede giurisdizionale, alla quale potrà eventualmente aggiungersi la condanna ai sensi dell'art. 96, 3° comma, c.p.c.⁶⁰.

Il modello delineato dal legislatore è completato dall'esplicita esclusione, operata sempre dall'art. 819 *ter* c.p.c., delle regole corrispondenti agli artt. 44, 45, 48 e 50 c.p.c., ossia di quelle norme che, per il loro contenuto, avrebbero potuto

⁵⁸ ZIINO, *op. cit.*, 921.

⁵⁹ Nel rinvio a quanto detto nel secondo capitolo, ci limitiamo a ricordare che, secondo una parte della dottrina (SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 593; CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *Commentario alle riforme*, cit., 884), la lettura secondo la quale la competenza arbitrale verrebbe meno semplicemente in conseguenza della mancata eccezione sarebbe preclusa proprio dall'adozione del sistema delle vie parallele.

⁶⁰ Trib. Verona, 22 novembre 2012, in *Riv. arb.*, 2013, 443, con nota di AMENDOLAGINE, *L'inosservanza della clausola arbitrale derogatoria della giurisdizione rende applicabile l'art. 96, comma 3, c.p.c. quale rimedio sanzionatorio per l'abuso del processo*, che ha condannato la parte che, dopo aver agito in sede ordinaria nonostante la presenza di un patto compromissorio, invece che aderire all'eccezione d'incompetenza formulata dal convenuto, aveva resistito adducendo argomenti infondati.

rappresentare un limite all'indipendenza dei due procedimenti⁶¹. Nell'ottica del legislatore questa esclusione era volta a tutelare l'autonomia di giudizio degli arbitri e del giudice ordinario rispetto alla questione di competenza e a consentire che la causa potesse procedere autonomamente in entrambe le sedi.

Va tuttavia ricordato come in occasione della rimessione alla Corte costituzionale della questione relativa alla legittimità dell'art. 819 *ter* c.p.c., ci si sia interrogati sulla compatibilità del modello delle vie parallele con un sistema in cui l'incomunicabilità fra la via arbitrale e quella ordinaria fosse venuta per effetto dell'eventuale declaratoria d'illegittimità della norma; in altre parole, considerando l'esclusione dell'art. 50 c.p.c. come una diretta conseguenza dell'adozione del modello delle vie parallele, ci si è domandati se la sua applicazione ai rapporti fra arbitrato e processo non potesse costituire un valido argomento per superare tale modello⁶².

Ora, è vero che anche all'indomani della sentenza della Corte costituzionale n. 77 del 2007 e, successivamente, dell'entrata in vigore dell'art. 59 della legge n. 69 del 2009, taluni interpreti si sono interrogati sulla possibilità di configurare l'istituto della litispendenza (ma anche quello della continenza e della connessione) fra il processo ordinario e quello amministrativo⁶³; così come è vero che l'applicazione di un meccanismo analogo a quello previsto dall'art. 50 c.p.c. potrebbe sollevare qualche dubbio sulla tenuta del sistema voluto dal legislatore⁶⁴. Tuttavia, al di là dei dubbi circa l'opportunità di procedere a una simile *reductio ad unitatem* riguardo a soggetti (quali sono gli arbitri) addirittura estranei all'apparato statale e delle perplessità sulle conseguenze cui un simile percorso potrebbe condurre con riferimento, ad esempio, al tema della

⁶¹ SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 700; CAPPONI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *Commentario alle riforme*, cit., 879; NELA, *Sub art. 817 c.p.c. e Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *Le recenti riforme*, cit., 1771 e 1818; LUISO, *Rapporti tra arbitro*, cit., 790.

⁶² Così Trib. Catania, 21 giugno 2012, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 476, con nota di BOCCAGNA, *Translatio iudicii nei rapporti tra giudice e arbitro: sollevata la questione di costituzionalità dell'art. 819 ter c.p.c.*; in *Riv. arb.*, 2012, 891, con nota di FORNACIARI, *Conservazione degli effetti dell'atto introduttivo anche nei rapporti fra giudice e arbitro: sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 819 ter, 2° comma, c.p.c.*

⁶³ In argomento v. CONSOLO, DE CRISTOFARO, *Evoluzioni processuali fra translatio iudicii e riduzione della proliferazione dei riti e dei ritualismi*, in *Corr. giur.*, 2007, 747 e, sia pur criticamente, E.F. RICCI, *La nuova disciplina della declinatoria di giurisdizione tra intuizioni felici e confusione di idee*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1535 ss.; E.F. RICCI, *Declinatoria di giurisdizione e (così detta) translatio iudicii*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 695 e 699.

⁶⁴ Che, come osservato da VERDE, *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 827 ss., sembra oggi sgretolarsi.

connessione – così ragionando, si potrebbe in ipotesi configurare un ritorno alla vecchia (e perniciosa) regola della *vis attractiva* – ci sembra che il tenore del primo comma dell'art. 819 *ter* c.p.c. sia difficilmente superabile per via interpretativa. Fra l'istituto della litispendenza e un istituto che garantisca la salvezza degli effetti della domanda non sembra esservi una corrispondenza biunivoca, nel senso che l'assenza del primo non impedisce comunque di riconoscere alla pronuncia sulla questione di competenza un'efficacia vincolante⁶⁵; soprattutto quando lo strumento per assicurare tale risultato sia estraneo alla disciplina della competenza o della giurisdizione.

Ovviamente, il fatto che sulla medesima controversia possano pendere contemporaneamente due giudizi farà sì che gli effetti della declinatoria siano limitati all'efficacia vincolante dell'accertamento compiuto in ordine alla *potestas* arbitrale; in altre parole, non si farà luogo all'instaurazione di un nuovo processo (il quale sarebbe certamente destinato a chiudersi con una declaratoria di litispendenza o di continenza), ma – più semplicemente – il giudice o l'arbitro dinanzi al quale penda il procedimento dovranno conformarsi alla statuizione resa nell'altra sede e esaminare il merito della lite.

Infine, allo scopo di garantire la massima indipendenza (e la pari dignità) fra il procedimento arbitrale e quello giurisdizionale, il legislatore del 2006 ha ribadito la disposizione in tema di connessione originariamente contenuta nell'art. 819 *bis* c.p.c. (e oggi trasfusa nell'art. 819 *ter*, 1° comma, c.p.c.), prevedendo che la competenza degli arbitri non sia esclusa, oltre che dalla pendenza della medesima lite, «*dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice*». Attraverso tale disposizione, egli ha consegnato definitivamente all'oblio la regola della *vis attractiva*⁶⁶. Oggi, pertanto, in caso di connessione fra controversie soggette alla *potestas* arbitrale e controversie ad essa estranee non v'è alternativa alla celebrazione di giudizi separati, salva naturalmente la possibilità per le parti di rinunciare spontaneamente alla via arbitrale onde consentire il *simultaneus processus*, oppure di chiedere

⁶⁵ BOVE, *Sulla dichiarazione di parziale incostituzionalità dell'art. 819 ter c.p.c.*, in *Il giusto processo civile*, 2013, 1123; FORNACIARI, *Conservazione degli effetti dell'atto introduttivo anche nei rapporti fra giudice e arbitro: sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 819 ter, 2° comma, c.p.c.* (nota Trib. Catania, 21 giugno 2012), in *Riv. arb.*, 2012, 898.

⁶⁶ PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, 2° ed., Padova, 2012, 195; ID., *Luci ed ombre nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 412.

congiuntamente agli arbitri una sospensione del procedimento in attesa della definizione del giudizio ordinario. Considerazioni a parte devono compiersi con riferimento all'ipotesi in cui fra la lite pendente in sede arbitrale e quella pendente davanti al giudice sussista un nesso di pregiudizialità-dipendenza; nel qual caso, esclusa l'applicabilità dell'istituto della sospensione necessaria di cui all'art. 295 c.p.c., potrà farsi luogo a sospensione soltanto nelle ipotesi previste dagli artt. 819 e 819 *bis* c.p.c.⁶⁷. Laddove, poi, la connessione riguardi cause fra parti diverse, di cui solo alcune siano vincolate all'accordo arbitrale, troveranno applicazione le norme sull'intervento e sull'arbitrato con pluralità di parti di cui agli artt. 816 *quater* e *quinques* c.p.c. In tal caso, laddove sussista un'ipotesi di litisconsorzio necessario e le parti non trovino un accordo che consenta la celebrazione di un procedimento unitario in sede arbitrale, non vi sarà alternativa alla declaratoria d'improcedibilità dell'arbitrato e la controversia dovrà essere instaurata, alla presenza di tutti i litisconsorti necessari, davanti all'autorità giudiziaria; questa, dunque, è l'unica ipotesi in cui si verifica tuttora una "prevalenza" della competenza giurisdizionale rispetto a quella arbitrale⁶⁸.

5. Il coordinamento fra le due sedi

Nelle pagine che precedono si è detto più volte che il modello adottato dal legislatore rinvia il coordinamento fra le due sedi al momento in cui in una delle due si giunga a una definizione della controversia⁶⁹. Tale coordinamento potrà avvenire, ovviamente, mediante la spendita del lodo o della sentenza con cui gli arbitri o il giudice abbiano deciso il merito della lite (lodo e sentenza che, ovviamente, presuppongono un rigetto, quanto meno implicito, dell'eccezione d'incompetenza), ma anche attraverso la spendita della pronuncia con cui essi si

⁶⁷ RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, a cura di Sergio Menchini, Padova, 2010, 379.

⁶⁸ PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000, 639; GROSSI, *Connessione*, in AA. VV., *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, 1997, 261; RICCI, RUOSI, *op. cit.*, 114 e 115; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1971, 230.

⁶⁹ Come rileva IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo. Studio sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, Torino, 2013, 253, è ovviamente escluso che il procedimento instaurato in sede arbitrale e quello introdotto in sede giudiziaria possano essere riuniti in fase d'impugnazione (ossia che il giudizio di nullità del lodo possa essere riunito a quello d'appello contro la sentenza di primo grado); l'istituto della riunione *ex art. 274 c.p.c.* presuppone, infatti, che i diversi giudizi abbiano la stessa natura e siano trattati nello stesso grado e nella medesima fase processuale; cfr. Cass., Sez Un., 9 marzo 2012, n. 3690.

siano limitati a pronunciare (attraverso una decisione dichiarativa o declinatoria) sulla questione di competenza⁷⁰ (ovviamente, a condizione che le parti abbiano formulato domanda di accertamento incidentale); diversamente opinando, infatti, il modello delineato dal legislatore non potrebbe funzionare in modo corretto, giacché esporrebbe le parti al rischio di un conflitto positivo di competenza (eventualità forse meno grave, perché non preclusiva della possibilità per le parti di ottenere una decisione sul merito della lite) e di un conflitto negativo (senza dubbio più problematico)⁷¹.

Peraltro, il tenore dell'art. 819 *ter*, ult. comma, c.p.c. rende possibile che a pendere contemporaneamente siano il processo statale sulla convenzione arbitrale e il processo arbitrale sul rapporto sostanziale cui quest'ultimo accede⁷². Anche in tale ipotesi troverà applicazione l'art. 817 c.p.c.: esclusa, infatti, la possibilità che il procedimento arbitrale resti sospeso ai sensi dell'art. 295 c.p.c. (norma la cui applicazione ai rapporti fra arbitrato e processo è stata espressamente esclusa dall'ultimo legislatore) e rimanendo gli arbitri titolari del potere di decidere sulla propria investitura⁷³, i due giudizi non potranno che proseguire parallelamente fino a che uno di essi venga definito⁷⁴.

Se si chiuda prima il procedimento dinanzi al giudice ordinario, la sentenza emessa in quella sede potrà essere fatta valere in sede arbitrale e gli arbitri dovranno adeguarvisi⁷⁵; in caso contrario, cioè ove il lodo si consolidi prima della sentenza resa sul patto compromissorio, l'accertamento giudiziale sarà

⁷⁰ SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 577; MENCHINI, *Il controllo*, cit., 373; LUISO, *Rapporti tra arbitro*, cit., 785; LUISO, *Ancora sui rapporti*, cit., 526; CONSOLO, *Raccordi o antifonie*, cit., 3851-3852; CONSOLO, *Litispendenza e connessione*, cit., 671; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 496. In senso contrario IZZO, *La convenzione*, cit., 257, secondo la quale, non essendo la decisione resa dagli arbitri sulla questione di competenza idonea alla formazione del giudicato, la spendita del lodo potrebbe avvenire solo nel caso di decisione nel merito della lite.

⁷¹ MENCHINI, *Il controllo*, cit., 395 e 397; LUISO, *Ancora sui rapporti*, cit., 521. Una simile eventualità viene ovviamente accettata da coloro i quali ritengono che la decisione resa sull'eccezione d'incompetenza sia idonea a esplicare effetti al di fuori del giudizio in cui sia resa; cfr. G.F. RICCI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 507. Contro la spendibilità nell'altra sede della decisione sull'eccezione d'incompetenza anche MARINUCCI, *Note sul contrasto fra lodo non definitivo e lodo definitivo nel giudizio di impugnazione per nullità*, in *Riv. arb.*, 2013, 967, secondo la quale laddove gli arbitri non si conformino a una precedente decisione dell'autorità giudiziaria, il lodo dovrebbe ritenersi impugnabile soltanto per i motivi di cui all'art. 829, n. 1 e n. 10, c.p.c.

⁷² Circostanza, questa, che, come ricorda MENCHINI, *Il controllo*, cit., 373, si verificherà solo laddove l'azione giudiziale sia stata proposta in via preventiva.

⁷³ MENCHINI, *Il controllo*, cit., 374.

⁷⁴ RUFFINI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *La nuova disciplina*, cit., 367; BOVE, *Ancora sui rapporti*, cit., 363; BOVE, *Rapporti tra arbitro*, cit. 425.

⁷⁵ MENCHINI, *Il controllo*, cit., 373; BOVE, *Ancora sui rapporti*, cit., 363;

irrilevante ai fini della validità del lodo e potrà valere, al più, solo per gli eventuali successivi giudizi che dovessero essere istaurati sulla base della medesima convenzione arbitrale⁷⁶. Ben inteso che, laddove si acceda alla tesi secondo la quale le parti potrebbero richiedere agli arbitri una decisione con efficacia di giudicato sulla questione di competenza, si dovrebbe opinare nel senso che, ove tale richiesta venga effettivamente formulata, la decisione resa dagli arbitri potrà essere fatta valere, al pari di qualsiasi altro giudicato, dinanzi al giudice ordinario, al fine di ottenere da quest'ultimo la chiusura in rito del giudizio avente a oggetto la convenzione arbitrale.

In questa sede, merita ricordare che, come visto nel quinto capitolo, l'orientamento tradizionale riteneva che la corsa di velocità fra il procedimento arbitrale e quello ordinario si arrestasse con il consolidamento della decisione resa in una delle due sedi e che, pertanto, soltanto la sentenza passata in giudicato o il lodo non più impugnabile potessero essere validamente spesi al di fuori della sede in cui fossero stati resi⁷⁷ e che oggi sembra invece vacillare di fronte dalla rammentata applicabilità dell'art. 337, 2° comma, c.p.c., come recentemente inteso dalla Sezioni Unite della Corte di cassazione⁷⁸.

Ora, in quella sede abbiamo espresso una certa preferenza per l'orientamento tradizionale, argomentando sulla base dell'art. 817 c.p.c. e pur essendo consapevoli che tale opzione rappresenti, di fatto, una scelta di favore per l'arbitrato, dal momento che, nella corsa di velocità fra i due procedimenti, quello arbitrale viaggerà – quasi sicuramente – con maggiore speditezza. Assumendo di dare seguito a tale opinione e, dunque, di condizionare la possibilità di coordinamento fra le due sedi al passaggio in giudicato della decisione⁷⁹, dovremmo concludere che, laddove a passare in giudicato per prima sia la

⁷⁶ BOVE, *Ancora sui rapporti*, cit., 363; CHIZZINI, *Note in tema di clausola compromissoria per arbitrato irrituale e azione di mero accertamento dinanzi al giudice ordinario* (nota ad App. Milano, 10 aprile 2001), in *Riv. arb.*, 2001, 732; BOVE, *Rapporti tra arbitro*, cit., 424.

⁷⁷ Fra i molti CONSOLO, *Raccordi o antifonie*, cit., 3851 e 3852; CONSOLO, *Litispendenza e connessione*, cit., 672; LUISO, *Ancora sui rapporti*, cit., 524; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, cit., 496.

⁷⁸ MENCHINI, *Il controllo*, cit., 375 e, in giurisprudenza, Trib. Milano, 30 novembre 2012, in *Riv. arb.*, 2014, 367, con nota di AMADEI, *Vie parallele ed efficacia del lodo nel procedimento giurisdizionale*. E' evidente che, così opinando, nulla impedirà alla parte di far valere la decisione non ancora passata in giudicato nel procedimento ancora pendente; in tal caso, tuttavia, il giudice e l'arbitro non sarebbe comunque vincolati al suo contenuto (non importa se dichiarativo o declinatorio), potendo decidere della propria competenza in piena autonomia.

⁷⁹ Cfr. BRIGUGLIO, nota a Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. arb.*, 2014, 98.

sentenza resa dal giudice ordinario e questa sia fatta valere in sede arbitrale, gli arbitri dovranno necessariamente conformarsi ad essa e, quindi, ove tale sentenza abbia un contenuto dichiarativo, essi dovranno spogliarsi della controversia, mentre laddove essa abbia un contenuto declinatorio, essi non potranno esimersi dal decidere il merito della lite. Analoghe considerazioni valgono, sia pur inversamente, con riferimento al caso in cui a consolidarsi preventivamente sia il lodo⁸⁰; ipotesi, quest'ultima, statisticamente più probabile. Ove gli arbitri o il giudice disattendano il precedente giudicato, la loro decisione sarà suscettibile d'impugnazione, nelle forme proprie dell'impugnazione per nullità (ai sensi dell'art. 829, 1° comma, n. 8, c.p.c.) per quanto riguarda il lodo e attraverso i mezzi ordinari per quanto riguarda la sentenza.

Ciò premesso, occorre ora esaminare più da vicino i termini le modalità con cui la sentenza e il lodo fanno il proprio ingresso nel procedimento arbitrale e in quello ordinario ancora pendente.

5.1. La disciplina vigente prima della riforma del 2006

Per quanto riguarda il procedimento arbitrale, nella sua formulazione originaria l'art. 829, 1° comma, n. 8, c.p.c. condizionava la proposizione dell'impugnazione per nullità del lodo per contrarietà a «*precedente lodo non più impugnabile o a precedente sentenza passata in giudicato tra le parti*»⁸¹ alla circostanza che la relativa eccezione fosse stata «*dedotta nel giudizio arbitrale*». In ossequio al consolidato insegnamento giurisprudenziale che qualificava

⁸⁰ LUISO, *Ancora sui rapporti*, cit., 524.

⁸¹ Con la locuzione «*lodo non più impugnabile*», rimasta inalterata anche dopo l'ultima riforma, il legislatore è parso confermare che l'efficacia conformativa della decisione arbitrale – il giudicato, per coloro che sono propensi ad esprimersi in tali termini – possa conseguire in primo luogo all'inutile decorso dei termini previsti dall'art. 828 c.p.c. per la proposizione dell'impugnazione per nullità. Ove, invece, l'impugnazione sia proposta e accolta e la Corte d'appello si occupi anche del giudizio rescissorio, il giudicato si formerà (sulla nuova decisione e non più sul lodo) quando sia decorso il termine per la proposizione del ricorso per cassazione o all'esito di quest'ultimo. Qualora, infine, l'impugnazione per nullità sia respinta potrebbe sorgere qualche dubbio in ordine alla necessità di attendere comunque il passaggio in giudicato della sentenza (di rigetto). Benché la formulazione dell'art. 829, 1° comma, n. 8, c.p.c. sembri collegare la formazione del giudicato sostanziale alla non proponibilità dell'impugnazione per nullità, nel senso della necessità del giudicato milita la previsione contenuta nell'art. 2945, 3° comma, c.c. che ricollega il mantenimento dell'effetto interruttivo permanente della prescrizione al passaggio in giudicato della sentenza resa in sede d'impugnazione del lodo. Sul punto D'ALESSANDRO, *Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell'art. 824 bis c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2007, 541.

l'eccezione di giudicato esterno come un'eccezione in senso stretto⁸², tale previsione chiariva che l'esistenza di un precedente giudicato avrebbe dovuto essere oggetto di un'eccezione di parte e che, in sua assenza, il lodo che ad esso fosse stato contrario non sarebbe stato suscettibile di rimozione⁸³. Per cui, laddove l'eccezione di precedente giudicato fosse stata sollevata e ciò nonostante gli arbitri non ne avessero tenuto conto, il lodo sarebbe stato impugnabile per nullità ai sensi dell'art. 829, 1° comma, n. 8 c.p.c., mentre nel caso in cui le parti avessero ommesso di far valere il precedente giudicato (o il precedente lodo non più impugnabile), il lodo non sarebbe stato censurabile e la decisione arbitrale (pur contraria al precedente giudicato) si sarebbe definitivamente consolidata⁸⁴.

Una disciplina analoga trovava applicazione con riferimento al procedimento dinanzi all'autorità giudiziaria. Anche qui, infatti, le parti sarebbero state gravate dall'onere di eccepire l'esistenza del lodo non più impugnabile; anzi, il carattere privato-negoziale attribuito alla decisione arbitrale dalla novella del 1994⁸⁵ avrebbe escluso *ab origine* la rilevabilità officiosa della stessa⁸⁶. Pertanto,

⁸² TARZIA, Sub art. 21, in *Legge 5 gennaio 1994 n. 25*, a cura di Giuseppe Tarzia, Riccardo Luzzatto ed Edoardo Flavio Ricci, Padova, 1995, 169.

⁸³ RUFFINI, Sub art. 829 c.p.c., in *Codice di procedura civile commentato*, a cura di Claudio Consolo e Francesco Paolo Luiso, 2° ed., Milano, 2000, 3539.

⁸⁴ ZUCCONI GALLI FONSECA, Sub art. 829 c.p.c., in *Arbitrato*, cit., 2001, 640; BOVE, *Rapporti tra arbitro*, cit., 415.

⁸⁵ Il quale avrebbe reso l'eccezione di precedente lodo del tutto assimilabile a quella con cui le parti avessero fatto valere l'esistenza di un precedente contratto; cfr. MENCHINI, *La natura e la disciplina dell'eccezione con la quale è fatta valere l'efficacia di un precedente lodo non più impugnabile*, (nota a Cass., 27 novembre 2001, n. 15023), in *Riv. arb.*, 2002, 294, nonché E.F. RICCI, *La «funzione giudicante*, cit., 355.

⁸⁶ Tanto ciò è vero che tale posizione non venne minimamente scalfita dal *revirement* del 2001, con cui le Sezioni Unite della Corte di cassazione affermarono la rilevabilità officiosa dell'eccezione di giudicato esterno (Cass., Sez. Un., 25 maggio 2001, n. 226, in *Foro it.*, 2001, I, 2810). Come affermato in motivazione da Cass., 25 giugno 2002, n. 9289, in *Riv. arb.*, 2002, 513, con nota di BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite ed il regime della eccezione fondata su accordo compromissorio*, e in *Giust. civ.*, 2003, 717, con nota adesiva di PUNZI, *Natura dell'arbitrato e regolamento di competenza*, e da Cass., 27 novembre 2001, n. 15023, in *Riv. dir proc.*, 2002, 1238, con nota critica di E.F. RICCI, *La Cassazione insiste sulla natura «negoziale» del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici*, in *Riv. arb.*, 2002, 287, con nota critica di MENCHINI, *La natura e la disciplina dell'eccezione con la quale è fatta valere l'efficacia di un precedente lodo non più impugnabile*, le esigenze di natura pubblicistica che nel processo ordinario giustificavano la rilevabilità officiosa della sentenza passata in giudicato non sarebbero state ravvisabili con riferimento al lodo arbitrale, il cui rilievo sarebbe stato sempre disponibile per le parti. In senso contrario E.F. RICCI, *La Cassazione insiste sulla natura «negoziale» del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici*, in *Riv. dir proc.*, 2002, 1238 ss., secondo il quale la premessa del ragionamento svolto dalla Corte, ossia la natura negoziale del lodo non sarebbe stata di per sé dirimente, dal momento che la maggior parte delle eccezioni derivanti da rapporti contrattuali sono, in assenza di previsione esplicita, rilevabili d'ufficio. Nello stesso senso v., più recentemente, Cass., 19 ottobre 2012, n. 18041 e T.A.R. Campania Napoli, 14 aprile 2009, n. 1967. Alla posizione giurisprudenziale aderisce, sia pur dubitativamente, anche VERDE, *Pubblico e privato nel processo*

in caso di tempestiva eccezione, la sentenza che si fosse discostata dal *dictum* degli arbitri sarebbe stata suscettibile di impugnazione mediante appello e, successivamente, mediante ricorso per cassazione⁸⁷; in caso contrario, essa non sarebbe stata censurabile per tale motivo.

Nel contesto appena delineato la disponibilità dell'eccezione di precedente giudicato (giudiziale e arbitrale), imponeva quindi alle parti l'onere di eccepire l'esistenza della decisione⁸⁸; diversamente, il conflitto fra lodo e sentenza avrebbe dovuto essere risolto in favore della seconda decisione⁸⁹.

5.2. Le modifiche introdotte dal legislatore del 2006

Considerazioni parzialmente diverse devono compiersi con riferimento alla disciplina attualmente in vigore. In occasione dell'ultimo intervento riformatore il legislatore ha infatti modificato il disposto dell'art. 829, 1° comma, n. 8, c.p.c., condizionando l'esperibilità dell'impugnazione per nullità del lodo non più alla formulazione dell'eccezione nel corso del procedimento, ma solo alla circostanza che il precedente lodo o la precedente sentenza siano prodotti nel procedimento⁹⁰. Così facendo, egli parrebbe aver sancito l'obbligo per gli arbitri di rilevare d'ufficio il precedente giudicato ogni qual volta questo risulti *ex actis*; ciò in ossequio all'insegnamento della Corte di cassazione in merito alla natura

arbitrale, in *Riv. arb.*, 2002, 647. *Contra*, per il rilievo officioso del precedente lodo non più impugnabile non solo in sede ordinaria ma anche in sede arbitrale, BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 298.

⁸⁷ PUNZI, *L'efficacia del lodo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 23. Ricorso che, attesa la natura negoziale del lodo, sarebbe stato esperibile negli stessi termini in cui sarebbe stata denunciabile l'omessa valutazione, da parte del giudice del merito, di un precedente contratto fra le parti; cfr. D'ALESSANDRO, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in *Commentario alle riforme*, cit., 964; MENCHINI, *La natura e la disciplina*, cit., 295.

⁸⁸ Ovviamente, attesa la mancanza di preclusioni assertive, nel procedimento arbitrale tale eccezione avrebbe potuto essere sollevata *sine die*, salvo il rispetto del principio del contraddittorio e salvo che le parti o gli arbitri non avessero introdotto termini perentori, mentre nel procedimento giurisdizionale, essa avrebbe dovuto essere al pari di qualsiasi altra eccezione in senso stretto.

⁸⁹ MENCHINI, *La natura e la disciplina*, cit., 294; BOVE, *Rapporti tra arbitro*, cit., 417; LUISSO, *Ancora sui rapporti*, cit., 524.

⁹⁰ MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, Milano, 2009, 198; MARINUCCI, *Note sull'impugnazione del lodo arbitrale per contrarietà ad altra pronuncia*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1178. Come rileva ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 752, la nuova formulazione della norma rende l'impugnazione del lodo possibile anche nel caso in cui il lodo sia stato prodotto nel procedimento in un momento in cui non si fosse ancora consolidato, a condizione che il passaggio in giudicato si verifichi prima della decisione.

dell'eccezione di giudicato esterno⁹¹. Per effetto del mutamento legislativo, deve quindi ritenersi che il lodo in cui gli arbitri abbiano omissso di rilevare il precedente giudicato (ordinario o arbitrale) prodotto agli atti sia impugnabile per nullità indipendentemente dalla formulazione, nel corso del procedimento, della corrispondente eccezione⁹².

Ovviamente, il fatto che il legislatore abbia ammesso gli arbitri a rilevare d'ufficio il precedente giudicato che risulti agli atti del procedimento non influisce sul fatto che l'eventuale omissione in cui essi siano incorsi e la conseguente nullità del lodo per contrarietà a precedente giudicato possano essere fatti valere solo attraverso l'iniziativa della parte che vi abbia interesse⁹³: come noto, infatti, al giudice dell'impugnazione è precluso il rilievo dei vizi non dedotti con l'atto di impugnazione⁹⁴; pertanto, laddove il lodo venga impugnato per nullità per un motivo diverso da quello di cui all'art. 829, 1° comma, n. 8, c.p.c., la Corte d'appello non potrà in nessun modo rilevare d'ufficio l'*error in procedendo* in cui siano incorsi gli arbitri e la decisione arbitrale, pur contraria a giudicato, diverrà insuscettibile di rimozione⁹⁵. Ciò significa che, omettendo la proposizione dell'impugnazione, le parti potranno rinunciare a dare rilievo al contrasto fra pronunce.

⁹¹ CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, 3° ed., Padova, 2012, 567; G.F. RICCI, *Ancora sulla natura e sugli effetti del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2011, 172 ss.; LUISO, *Diritto processuale civile*, cit., 424; LUISO, SASSANI, *La riforma del processo civile: commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Milano, 2006, 326; BOCCAGNA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in *Commentario alle riforme*, cit., 1029; MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, cit., 198; MARINUCCI, *Note sull'impugnazione*, cit., 1178; MENCHINI, *Impugnazioni del lodo rituale*, in *Riv. arb.*, 2005, 852. In senso contrario TOMMASEO, *Le impugnazioni del lodo arbitrale nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2008, 214, secondo il quale rimarrebbe comunque la necessità di un'eccezione di parte. Inoltre, stante l'assimilazione del lodo alla sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria, deve ritenersi che la relativa eccezione sia a tutti gli effetti un'eccezione di natura processuale e che, il suo accoglimento comporti la chiusura in rito del procedimento; così già BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 159; MENCHINI, *La natura e la disciplina*, cit., 297 e, sia pur dubitativamente, BOVE, *L'impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2009, 30.

⁹² BOVE, *L'impugnazione*, cit., 31. Il che, come rileva IZZO, *La convenzione arbitrale*, cit., 120, determina il superamento del sistema delineato dall'art. 817 c.p.c. che attribuisce alle parti l'onere di eccepire tempestivamente l'incompetenza arbitrale pena il consolidamento della competenza arbitrale.

⁹³ Così ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 755 e, prima della riforma, MENCHINI, *La natura e la disciplina*, cit., 301.

⁹⁴ Cass., 2 marzo 2000, n. 2307, in *Riv. arb.*, 2001, 221, con nota di RUFFINI, *Motivi di impugnazione per nullità del lodo arbitrale e poteri della Corte d'appello*; Cass., 22 gennaio 1986, n. 398. Come visto nel terzo capitolo, a questa regola fa eccezione soltanto il caso dell'inarbitrabilità della lite e ciò, peraltro, in forza di un'esplicita previsione normativa.

⁹⁵ IZZO, *La convenzione*, cit., 246; MENCHINI, *Impugnazioni*, cit., 853. In senso dubitativo v. però BOVE, *L'impugnazione*, cit., 31.

L'utilizzo del motivo di nullità previsto dall'art. 829, 1° comma, n. 8, c.p.c. impone tuttavia una riflessione con riferimento all'esito dell'impugnazione. L'art. 830, 2° comma, c.p.c. annovera il motivo di cui all'art. 829, 1° comma, n. 8, c.p.c. fra le ipotesi in cui la Corte d'appello, una volta accolta l'impugnazione, è ammessa a decidere il merito della controversia. Il che, come rilevato in dottrina, sembra essere, in parte, il frutto dell'adesione alla c.d. teoria sostanziale del giudicato (la quale impone al secondo giudice di pronunciare in modo conforme alla precedente decisione) in luogo della c.d. teoria processuale del giudicato (che invece porta il giudice a considerare il precedente giudicato alla stregua di un presupposto negativo per la pronuncia sul merito); in parte, il portato dell'adozione di una prospettiva che considera la fattispecie come riferita, almeno principalmente, al caso in cui la contrarietà riguardi pronunce aventi a oggetto rapporti legati da nesso di pregiudizialità-dipendenza⁹⁶ e non pronunce sulla medesima lite.

Ora, una decisione sul merito della lite conforme al precedente giudicato potrebbe reputarsi ancora ammissibile laddove ad essere dedotta nel giudizio ancora pendente sia una decisione sul merito della medesima lite. La previsione di cui all'art. 830, 2° comma, c.p.c. appare invece di difficile applicazione nel caso in cui il precedente abbia a oggetto la sola questione di competenza⁹⁷. In tal caso, infatti, possono farsi due ipotesi. Può accadere, ad esempio, che in sede arbitrale sia fatta valere una sentenza a contenuto declinatorio e, ciò nonostante, gli arbitri si dichiarino a loro volta privi della *potestas iudicandi*. In tal caso, il lodo potrebbe essere impugnato ai sensi dell'art. 829, 1° comma, n. 10, c.p.c. e la Corte d'appello, attesa la produzione agli atti del precedente giudicato, non potrebbe che conformarvisi dichiarando la nullità del lodo e rinviando agli arbitri la decisione sul merito della lite; in alternativa, il lodo potrebbe essere impugnato ai sensi dell'art. 829, 1° comma, n. 8, c.p.c. e, in tal caso, la Corte d'appello dovrebbe annullare il lodo, rilevando l'errore commesso dagli arbitri con la declaratoria d'incompetenza⁹⁸. E' evidente che, in questo secondo caso, non sarebbe ipotizzabile una decisione sul merito della lite da parte del giudice

⁹⁶ MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, cit., 202 ss.

⁹⁷ Il problema è evidenziato anche da SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 932.

⁹⁸ Secondo IZZO, *La convenzione*, cit., 121, l'erroneità della pronuncia declinatoria resa dagli arbitri sarebbe censurabile unicamente ai sensi dell'art. 829, 1° comma, n. 10, c.p.c.

dell'impugnazione; così opinando, infatti, le parti verrebbero private non solo di un grado di giudizio, ma addirittura del diritto a vedere la loro controversia decisa in sede arbitrale. Ma può accadere anche che in sede giudiziale sia prodotta una sentenza dichiarativa della competenza arbitrale e che gli arbitri decidano comunque il merito della lite. In tal caso, il lodo potrebbe esser impugnato ai sensi dell'art. 829, 1° comma, n. 1 e n. 4, c.p.c. e la Corte d'appello dovrebbe – di nuovo – conformarsi alla statuizione contenuta nella sentenza prodotta agli atti; in entrambi i casi, il giudizio di nullità si arresterebbe alla fase rescindente, con l'accertamento dell'incompetenza arbitrale. Ove, invece, la nullità fosse fatta valere ai sensi dell'art. 829, 1° comma, n. 8, c.p.c., difficilmente sarebbe ipotizzabile una decisione di merito da parte della Corte d'appello, spettando la cognizione della controversia al giudice ordinario.

Più incerto, invece, è se nel nuovo contesto il giudicato arbitrale possa essere oggetto di rilievo officioso da parte del giudice ordinario. In senso contrario potrebbe deporre il carattere privato dell'istituto arbitrale, più precisamente il fatto che la devoluzione in arbitrato di una controversia discenda, sempre e comunque, dalla comune volontà delle parti. Sembra, infatti, ragionevole ritenere che se le parti sono libere di sottrarre al giudice la cognizione su una determinata lite, queste debbano ritenersi egualmente libere di “rinunciare” ad avvalersi del risultato della loro precedente scelta per sottoporre la controversia all'autorità giudiziaria⁹⁹. Inoltre, mentre la devoluzione della controversia al giudice ordinario determina, a carico della collettività, un onere ed è quindi interesse dell'ordinamento evitare che sulla medesima controversia abbia luogo un nuovo giudizio¹⁰⁰, nell'ambito del procedimento arbitrale questo aspetto non è presente, posto che la devoluzione della lite in arbitrato non comporta, in linea di massima, oneri per lo Stato¹⁰¹. In senso favorevole milita, invece, in primo luogo, la

⁹⁹ In tal senso CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile. Ristampa con prefazione di Virgilio Andrioli*, Napoli, 1980, 117 e, successivamente, CARNACINI, *Arbitrato rituale*, in *Novissimo Dig. It.*, I, Torino, 1957, 880. In argomento v. anche BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 162.

¹⁰⁰ Sul punto VERDE, *Pubblico e privato*, cit., 647.

¹⁰¹ Invero, il ragionamento inverso dovrebbe valere per giustificare la possibilità di devolvere in arbitrato una controversia già decisa con efficacia di giudicato. Come rileva RONCO, *Revocazione e lodo arbitrale*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 729, anche in tal caso i costi di una duplicazione del giudizio sarebbero a carico esclusivo delle parti (tale considerazione vale, a maggior ragione, nel caso in cui la controversia sia stata decisa da precedente lodo); inoltre, se a queste ultime è consentito transigere su una sentenza passata in

parificazione del lodo alla sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria di cui all'art. 824 *bis* c.p.c., la quale dovrebbe legittimare l'applicazione della regola della rilievo officioso¹⁰²; in secondo luogo, la modifica dell'art. 829, 1° comma, n. 8, c.p.c. per effetto della quale gli arbitri sono stati ammessi a rilevare d'ufficio il precedente lodo non più impugnabile: a fronte della novellata disposizione, non si vede il motivo per cui il giudicato arbitrale debba ritenersi rilevabile d'ufficio dagli arbitri e rilevabile solo su istanza di parte dal giudice ordinario. Ove si opini nel primo senso, l'impugnabilità della decisione resa dal giudice ordinario rimarrebbe condizionata, come in passato, alla tempestiva formulazione dell'eccezione di giudicato; accedendo, invece, alla seconda tesi, il mancato rilievo del precedente giudicato arbitrale abiliterà le parti a impugnare la sentenza con l'appello e con il ricorso per cassazione.

Il sindacato che potrà essere esercitato in sede di legittimità rispetto alla violazione del precedente lodo dipende dalla qualificazione che ad esso s'intenda dare. Poc'anzi si è visto come, nel regime successivo alla novella del 1994, la pronuncia giudiziale contraria a precedente lodo avrebbe dovuto ritenersi censurabile nei medesimi termini in cui sarebbe stata censurabile la decisione che avesse violato un precedente contratto. L'assimilazione del lodo alla sentenza operata dall'art. 824 *bis* c.p.c. dovrebbe però indurre a ritenere che la pronuncia possa essere aggredita esattamente come può essere aggredita la sentenza contraria ad altra sentenza, dunque attraverso la deduzione di un *error in procedendo* che, in sede di legittimità, dovrebbe essere fatto valere ai sensi dell'art. 360, 1° comma, n. 4, c.p.c. e per la cui verifica la Corte di cassazione potrà esercitare una cognizione diretta sul lodo onde verificare che si tratti

giudicato, non si vede il motivo per cui esse non possano richiedere agli arbitri un nuovo giudizio sulla medesima controversia. Sennonché, nel prevedere la rilevabilità officiosa del precedente giudicato da parte degli arbitri, il legislatore ha compiuto una scelta diversa, lasciando intendere di considerare l'attività arbitrale e quella propriamente giurisdizionale egualmente meritevoli di non essere disperse.

¹⁰² G.F. RICCI, *Ancora sulla natura*, cit., 175; D'ALESSANDRO, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in *Commentario alle riforme*, cit., 979; EAD., *Riflessioni sull'efficacia del lodo*, cit., 550. In senso favorevole alla rilevabilità officiosa del giudicato arbitrale, già prima della riforma, MENCHINI, *La natura e la disciplina*, cit., 299; BOVE, *Rapporti tra arbitro*, cit., 416. Nello stesso senso RONCO, *op. cit.*, 730, il quale tuttavia precisa come la rilevabilità officiosa della precedente decisione arbitrale trovi un limite nell'esplicita volontà delle parti di rinunciare al risultato derivante dall'attività arbitrale per sottoporsi nuovamente al giudizio dell'autorità giudiziaria.

effettivamente di precedente giudicato e che, in caso di accoglimento dell'impugnazione, dovrebbe condurre ad una cassazione senza rinvio¹⁰³.

5.3 Il conflitto fra pronunce

Quid nel caso in cui la precedente decisione, arbitrale o giurisdizionale, non sia prodotta in giudizio?

Nell'ambito del processo ordinario, lo strumento per far valere l'eventuale contrarietà a precedente giudicato è costituito dall'appello per quanto riguarda le sentenze di primo grado, mentre per quanto attiene alle sentenze di secondo grado il rimedio è dato dal ricorso per cassazione e dalla revocazione ordinaria di cui all'art. 395, 1° comma, n. 5, c.p.c., che consente l'impugnazione della sentenza pronunciata in grado di appello o in unico grado quando essa sia contraria ad altra precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata, purché non abbia pronunciato sulla relativa eccezione. Più precisamente, laddove il giudice abbia erroneamente pronunciato sulla relativa eccezione, il rimedio sarà rappresentato dal ricorso per cassazione, mentre laddove egli non si sia pronunciato sul punto, il rimedio sarà quello revocatorio¹⁰⁴.

Ora, nel comminare la nullità del lodo contrario a precedente giudicato risultante *ex actis*, l'attuale art. 828, 1° comma, n. 8, c.p.c. riconosce quale motivo d'impugnazione un vizio (l'omesso rilievo del giudicato prodotto agli atti) che nel processo ordinario giustifica la revocazione ordinaria della sentenza¹⁰⁵. Tuttavia, l'art. 831 c.p.c. continua a prevedere che il lodo sia «*soggetto a revocazione nei casi indicati dai nn. 1), 2), 3) e 6) dell'art. 395, osservati i termini e le forme stabiliti nel libro secondo*», mutilando così il rimedio revocatorio dei motivi di cui

¹⁰³ In argomento v. D'ALESSANDRO, *Sub art. 824 bis c.p.c.*, in *Commentario alle riforme*, cit., 979; EAD., *Riflessioni sull'efficacia del lodo*, cit., 552 e 553.

¹⁰⁴ G.F. RICCI, *Ancora sulla natura*, cit., 176; RONCO, *op. cit.*, 727 e 728. In realtà, a fronte della rammentata rilevabilità officiosa del precedente giudicato dovrebbe ritenersi che, contrariamente al passato in cui il rimedio revocatorio era esperibile a prescindere dal fatto che la pronuncia fosse stata allegata o meno agli atti (PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2012, 556; PUNZI, "Efficacia di sentenza" del lodo, in *Riv. arb.*, 2005, 839), nel caso di omesso rilievo di un giudicato risultante *ex actis*, la sentenza resa dal giudice di secondo grado dovrebbe ritenersi impugnabile con il ricorso per cassazione e non più con la revocazione ordinaria, il cui utilizzo sarebbe circoscritto all'ipotesi in cui il giudicato non sia stato prodotto in giudizio; cfr. CAMPIONE, *Un itinerario (non solo) giurisprudenziale sulla revocazione del lodo*, in *Riv. arb.* 2011, 723; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 754; BOCCAGNA, *L'impugnazione*, cit., 159 e 160.

¹⁰⁵ RONCO, *op. cit.*, 727.

ai numeri 4 e 5¹⁰⁶. La disciplina positiva dell'arbitrato sembra quindi contemplare soltanto l'ipotesi in cui il contrasto con precedente giudicato sia determinato da un errore nel ragionamento compiuto dagli arbitri e quella del mancato rilievo del precedente giudicato prodotto agli atti (entrambe censurabili con il motivo di cui al numero 8), lasciando priva di tutela l'ipotesi in cui tale contrasto sia invece determinato dall'ignoranza della precedente decisione¹⁰⁷.

Le ragioni di tale esclusione rimangono oscure, oggi come nella vigenza dell'originario codice di rito¹⁰⁸; in particolare, non si comprende il motivo per cui l'ultimo legislatore non sia intervenuto sul punto, atteso il pregresso dibattito sull'argomento (di cui *infra*), attesa l'assimilazione del lodo alla sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria e, non ultima, la scelta di regolare i rapporti fra arbitrato e processo ordinario secondo il modello delle vie parallele; circostanza, questa, che avrebbe dovuto indurre i *conditores* a prestare maggiore attenzione all'individuazione degli strumenti atti a garantire il coordinamento fra il procedimento arbitrale e quello ordinario.

Per taluni il problema potrebbe essere risolto attraverso l'impugnazione del lodo ai sensi dell'art. 829, 1° comma, n. 1, c.p.c. (che, come noto, è condizionata alla tempestiva contestazione della *potestas* arbitrale nel procedimento *apud arbitros*) o dell'art. 829, 1° comma, n. 10, c.p.c.¹⁰⁹ e la contestuale produzione del precedente giudicato; per altri, invece, tale possibilità sarebbe esclusa dal tenore dell'art. 829, 1° comma, n. 8, c.p.c., che sembrerebbe consentire la deduzione della contrarietà a precedente decisione quale motivo di nullità del lodo solo sul presupposto della previa produzione¹¹⁰.

Il problema si pone anche con riferimento al caso in cui sia la sentenza a essere contraria a precedente lodo. La riforma del 2006 non ha inciso sull'art. 395,

¹⁰⁶ Così già VECCHIONE, *L'arbitrato*, cit., 620.

¹⁰⁷ PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2012, 558; RUFFINI, BOCCAGNA, Sub art. 829 c.p.c., in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, a cura di Massimo V. Benedettelli, Claudio Consolo e Luca Radicati di Brozolo, Padova, 2010, 348; MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo*, cit., 200; MARINUCCI, *Note sull'impugnazione*, cit., 1179 e 1180.

¹⁰⁸ Sul punto SATTA, *Commentario*, cit., 345, che, commentando tale esclusione, afferma come fosse difficilmente immaginabile «un pasticcio più grande». Più recentemente v. RONCO, *op. cit.*, 2010, 724, per il quale l'omissione sarebbe il frutto di una dimenticanza del legislatore il quale, dopo aver collocato l'art. 831 c.p.c. la disciplina della revocazione per i vizi che potrebbero palesarsi in qualsiasi momento, avrebbe dimenticato di integrare l'art. 829 c.p.c. con la disciplina dei vizi che invece emergono dall'esame della decisione.

¹⁰⁹ IZZO, *La convenzione*, cit., 255 e 256. Analogamente MENCHINI, *Il controllo*, cit., 376.

¹¹⁰ ZUCCONI GALLI FONSECA, Sub art. 829 c.p.c., in *Arbitrato*, cit., 2007, 755.

1° comma, n. 5, c.p.c., che continua ad annoverare fra i motivi di revocazione la sola contrarietà del provvedimento ad altra sentenza passata in giudicato, senza nulla disporre in ordine alla possibilità di esperire questo mezzo d'impugnazione nel caso di contrarietà a precedente lodo. Ne deriva che, mentre nell'ipotesi in cui il precedente lodo non sia stato prodotto nel giudizio di primo grado, la sentenza ad esso contraria potrà comunque essere impugnata con l'appello e, nel giudizio d'appello, potrà essere allegata la precedente decisione arbitrale ai sensi dell'art. 345, 2° comma, c.p.c.¹¹¹ (ovviamente ciò a condizione che si acceda alla tesi che considera il giudicato arbitrale rilevabile d'ufficio in sede ordinaria), la mancata produzione del lodo nel giudizio di secondo grado sembrerebbe escludere qualsiasi censura nei confronti della sentenza d'appello.

In un simile contesto taluni hanno provato a integrare la disciplina positiva, facendo ricorso all'interpretazione estensiva o analogica. Invero, già i primi commentatori della novella del 1994, muovendo dalla presunta assimilazione del lodo alla sentenza, avevano sostenuto la necessità di ammettere la revocabilità della sentenza contraria a precedente lodo definitivo¹¹², e, conseguentemente, la revocabilità del lodo contrario a precedente sentenza¹¹³, paventando, in caso contrario, l'incostituzionalità del sistema per violazione degli artt. 3 e 24 Cost. Tenuto conto dell'assimilazione del lodo alla sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria disposta dall'art. 824 *bis* c.p.c., una soluzione di questo tipo appare oggi sicuramente suggestiva¹¹⁴.

¹¹¹ IZZO, *La convenzione*, cit., 257; MARINUCCI, *Note sull'impugnazione*, cit., 1186.

¹¹² MENCHINI, *La natura e la disciplina*, cit., 2002, 300; G.F. RICCI, *Sub art. 819 bis c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2001, 368; E.F. RICCI, *La «funzione giudicante*, cit., 356; ID., *L'«efficacia vincolante» del lodo arbitrale dopo la legge n. 25 del 1994*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 817; TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali e tra lodi e sentenze*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 645.

¹¹³ GIACOBBE, D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 145 e 190 ss.; TARZIA, *Conflitti tra lodi*, cit., 645. In senso favorevole alla proponibilità della revocazione ordinaria nei confronti del lodo taluni hanno valorizzato il combinato disposto degli artt. 827 e 831 c.p.c. (da ultimo v. SALVANESCHI, *Arbitrato*, cit., 945). Secondo costoro, nel prevedere l'impugnabilità del lodo con revocazione, la prima norma avrebbe contenuto un richiamo all'integrale disciplina di tale mezzo d'impugnazione (dunque anche alla revocazione ordinaria), mentre la seconda disposizione si sarebbe limitata a specificare i casi (corrispondenti ai motivi di revocazione straordinaria) in cui il rimedio avrebbe dovuto ritenersi irrinunciabile in via preventiva. In argomento v. MARINUCCI, *Note sull'impugnazione*, cit., 1185 e 1190, la quale rileva, tuttavia, che nel prevedere l'impugnazione per revocazione «nei casi nei quali» l'art. 831 c.p.c. sembrerebbe individuare tutti (e non altri) i motivi di revocazione deducibili contro il lodo. Tale lettura sarebbe inoltre confortata dal disposto del comma successiva che utilizza la stessa locuzione con riferimento all'opposizione di terzo; opinando nel senso prima indicato, quest'ultima disposizione sarebbe infatti ultronea.

¹¹⁴ In tal senso AA. VV., *Arbitrato*, a cura di Bonelli Erede Pappalardo, Milano, 2012, 157; G.F. RICCI, *Ancora sulla natura*, cit., 177; G.F. RICCI, *Sub art. 819 ter c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007,

Essa, tuttavia, sembra difficilmente praticabile, per lo meno con riferimento al regime d'impugnazione del lodo, giacché si risolverebbe in un'interpretazione analogica del rimedio revocatorio addirittura *contra legem*¹¹⁵. E' evidente che la scelta del legislatore di modificare l'art. 829, 1° comma, n. 8, c.p.c., prevedendo uno specifico onere di produzione del precedente, palesa l'intenzione del legislatore di porre limiti ben precisi alla deducibilità del vizio in parola: infatti, laddove la norma non contenesse tale specificazione, il motivo in parola potrebbe essere utilizzato per far valere le censure che normalmente ricadrebbero nell'ambito dell'art. 395, 1° comma, n. 5, c.p.c.¹¹⁶. Tale scelta, benché suscettibile di critiche in punto di opportunità, non sembra superabile per via interpretativa.

Più agevole potrebbe essere, invece, l'estensione del rimedio revocatorio alla sentenza contraria a precedente lodo. Pur non avendo modificato l'art. 395 c.p.c., il legislatore del 2006 ha esplicitamente previsto, all'art. 824 *bis* c.p.c., l'equivalenza del lodo alla sentenza pronunciata dall'autorità giudiziaria; il che potrebbe legittimare un'interpretazione (questa volta meramente estensiva) della prima norma, tale da comprendere nella nozione di contrarietà a precedente sentenza il contrasto con un precedente lodo e, dunque, legittimare una distinzione fra il regime della sentenza, suscettibile di revocazione per contrarietà alla decisione arbitrale, e il regime del lodo, che invece rimarrebbe insensibile alla pronuncia resa dal giudice ordinario¹¹⁷. Si tratta di un'interpretazione di evidente

502; RONCO, *op. cit.*, 730; RIGHETTI, *op. cit.*, 644. Con specifico riferimento al procedimento arbitrale, taluni hanno affermato la deducibilità della contrarietà del lodo a precedente giudicato non prodotto attraverso l'impugnazione per nullità, sostenendo la necessità di seguire un'interpretazione estensiva dell'art. 829, 1° comma, n. 8, c.p.c. (TOMMASEO, *op. cit.*, 214) o ipotizzando l'impugnazione per violazione dell'ordine pubblico processuale (ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 831 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 842).

¹¹⁵ PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2012, 415; ID., *Luci ed ombre*, cit., 433, PUNZI, "Efficacia di sentenza" del lodo, in *Riv. arb.*, 2005, 839. Secondo CAMPIONE, *Un itinerario*, cit., 725, la mancata modifica degli artt. 395 e 831 c.p.c. appare tanto più significativa se rapportata alla rammentata parificazione del lodo alla sentenza resa dall'autorità giudiziaria. Contro l'integrazione del dettato normativo, già prima della riforma, si sono espressi PUNZI, *Natura dell'arbitrato e regolamento di competenza* (nota Cass., Sez. Un., 25 giugno 2002, n. 9289) in *Giust. civ.*, 2003, 725; ID., voce «Arbitrato: arbitrato rituale e irrituale», in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1995, 36; ID., *L'efficacia del lodo arbitrale*, cit., 23 e DANOVI, *La pregiudizialità*, cit., 442. In senso contrario alla proponibilità della revocazione ordinaria nei confronti della decisione arbitrale v. Cass., 4 ottobre 1994, n. 8043; Cass., 11 febbraio 1988, n. 1465. Per l'impossibilità di far valere ai sensi dell'art. 395, 1° comma, n. 5, c.p.c. la contrarietà della sentenza a precedente lodo v. invece Cass., 7 aprile 1997, n. 3001, cit.; Cass., 8 luglio 1996, n. 6205, cit.

¹¹⁶ MARINUCCI, *Note sull'impugnazione*, cit., 1888.

¹¹⁷ In tal senso pare orientata IZZO, *La convenzione*, cit. 257.

favore per l'arbitrato, che potrebbe però collidere con la pari dignità e uguaglianza attribuita all'arbitrato e al processo ordinario in occasione dell'ultima riforma.

A nostro sommo avviso, sembrerebbe più corretto prendere atto del dettato normativo e “rassegnarsi” all'inammissibilità del rimedio revocatorio tanto nei confronti della sentenza quanto nei confronti del lodo¹¹⁸. Del resto, la predisposizione di diversi regimi d'impugnazione rientra fra le facoltà del legislatore¹¹⁹. Senza contare che, come rilevato da alcuni, l'inoperatività della revocazione ordinaria nei rapporti fra arbitrato e processo potrebbe essere giustificata dal fatto che, nell'ambito di tali rapporti, il legislatore non abbia posto particolare attenzione al tema del coordinamento fra le due sedi; per cui, avendo egli escluso l'operatività della litispendenza, egli avrebbe implicitamente accettato l'idea di derogare, sia pur parzialmente, al divieto del *ne bis in idem*. In altre parole, se si accetta l'idea che fra arbitrato e processo ordinario non trovi applicazione la litispendenza, dovrebbe parimenti accettarsi l'idea che anche la rilevanza della cosa giudicata (di cui la litispendenza costituisce un'anticipazione) possa operare in modo differente rispetto a quanto accade nel processo ordinario¹²⁰. Inoltre, non sembrano ravvisabili ostacoli alla configurabilità di un sistema nel quale l'operatività del giudicato sia rimessa all'iniziativa delle parti (sia pur attraverso la sua materiale produzione in giudizio), soprattutto quando uno degli istituti coinvolti esuli dall'organizzazione della giustizia¹²¹.

La problematicità di questo sistema si manifesta, tuttavia, laddove la mancata produzione del precedente giudicato (formatosi prima della conclusione dell'altro procedimento) sia imputabile non all'inerzia delle parti, ma a una

¹¹⁸ CONSOLO, *Le impugnazioni*, cit., 568; CAMPIONE, *Un itinerario*, cit., 723; MARINUCCI, *Note sull'impugnazione*, cit., 1191. In realtà, come rileva RONCO, *op. cit.*, 729, potrebbe comunque verificarsi il caso del lodo che non sia impugnabile per nullità (per non essere il precedente stato prodotto agli atti), né ovviamente revocabile, il quale venga impugnato per altro motivo e successivamente annullato dalla Corte d'appello con decisione nel merito della controversia. In tal caso, la decisione resa dalla Corte che fosse contraria al precedente giudicato (quello non prodotto dinanzi agli arbitri) sarebbe suscettibile di revocazione ai sensi dell'art. 395 c.p.c.

¹¹⁹ MARINUCCI, *Note sull'impugnazione*, cit., 1888.

¹²⁰ MARINUCCI, *Note sull'impugnazione*, cit., 1191.

¹²¹ Il che giustificherebbe il *favor* per l'arbitrato che emerge dalla previsione di cui all'art. 829, 1° comma, n. 8, c.p.c. e consistente nel fatto che ai fini dell'accoglimento dell'impugnazione proposta contro il lodo sia necessario che il precedente giudicato sia prodotto agli atti del procedimento arbitrale, laddove con riferimento alla sentenza, tale circostanza è invece irrilevante; cfr. RONCO, *op. cit.*, 728; MURONI, *La pendenza*, cit., 224. Tale diversità si spiega, forse, con la considerazione che per l'ordinamento il contrasto fra due provvedimenti giurisdizionali è più grave rispetto a quello che potrebbe sorgere fra un lodo e una sentenza.

materiale impossibilità della produzione, come nel caso in cui il lodo si consolidi successivamente al deposito delle difese finali o la sentenza passi in giudicato quando la controversia sia stata già assunta a decisione dagli arbitri¹²²; situazione, questa, che nell'ambito del procedimento ordinario, trova il proprio strumento di tutela nella revocazione e che, invece, nei rapporti fra arbitrato e processo rimane "scoperta"¹²³.

Impregiudicata la possibilità di un intervento correttivo da parte del legislatore o della Corte costituzionale, la quale, alla luce dei più recenti arresti giurisprudenziali sulla natura dell'arbitrato rituale, potrebbe – in ipotesi – pronunciare la declaratoria di illegittimità degli artt. 395 e 831 c.p.c. nella parte in cui tali norme non contemplano l'esperibilità del rimedio revocatorio in caso di contrasto fra lodo e sentenza¹²⁴, in tale situazione occorre però individuare il criterio alla luce del quale risolvere il conflitto che potrebbe sorgere fra il lodo e la sentenza¹²⁵; conflitto che, a ben vedere, si potrebbe verificare anche nel caso in cui il rimedio revocatorio fosse esperibile e che – giova ribadirlo – si configura soltanto nel caso in cui in entrambe le sedi si addivenga a una decisione sul merito della lite o nel caso in cui le due decisioni siano legate da un nesso di pregiudizialità tecnica (quale è quello che si verifica quando in uno dei due giudizi venga resa una decisione sul patto compromissorio).

Non essendo certo praticabile una soluzione che attribuisca prevalenza alla decisione resa del giudice ordinario, in ragione di una non meglio primazia della giustizia togata su quella arbitrale¹²⁶, l'assimilazione del lodo alla sentenza operata dall'art. 824 *bis* c.p.c. potrebbe legittimare l'applicazione della regola

¹²² MARINUCCI, *Note sull'impugnazione*, cit., 1179.

¹²³ PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2012, 556; ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829 c.p.c.* e *Sub art. 831 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 755 e 840; TARZIA, *Conflitti tra lodi*, cit., 643. In effetti, tale situazione potrebbe essere scongiurato ammettendo l'applicazione dell'art. 337, 2° comma, c.p.c. e dunque consentendo alle parti di invocare il lodo o la sentenza non ancora passati in giudicato; per un rilievo analogo IZZO, *La convenzione*, cit., 125.

¹²⁴ RUFFINI, BOCCAGNA, *Sub art. 831 c.p.c.*, in *Commentario breve al diritto dell'arbitrato*, cit., 364.

¹²⁵ BOCCAGNA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in *Commentario alle riforme*, cit., 1029.

¹²⁶ ZUCCONI GALLI FONSECA, *Sub art. 829 c.p.c.*, in *Arbitrato*, cit., 2007, 757. Tale regola finirebbe, infatti, per attribuire alle parti una sorta di *ius poenitendi* che consentirebbe loro di sottrarsi unilateralmente e senza limiti di tempo agli effetti dell'accordo compromissorio. Nel contesto attuale, tale soluzione sarebbe in ogni caso in contrasto con la pari dignità fra arbitrato e processo ordinario.

secondo la quale il conflitto fra pronunce va risolto in favore della seconda decisione¹²⁷.

In senso contrario è stato tuttavia osservato che, nel nostro ordinamento, la regola della prevalenza del secondo giudicato¹²⁸ trova giustificazione nell'esistenza di un'impugnazione (per l'appunto la revocazione ordinaria) volta a rimuovere il conflitto, la quale, se non esperito, determina il consolidamento della decisione successiva¹²⁹. Se, infatti, questa è la ragione fondante della regola testé enunciata, si potrebbe ritenere che, in mancanza di tale presupposto (cioè ove il secondo giudicato non sia rimuovibile attraverso alcuno strumento), valga la regola opposta, ossia quella della prevalenza del giudicato formatosi per primo¹³⁰. Per alcuni, tale conclusione sarebbe inoltre corroborata dal fatto che la perdita di rilevanza del primo giudicato in forza della preclusione del dedotto e del deducibile, presupponendo la deducibilità dei fatti nel processo, non dovrebbe operare in mancanza di tale presupposto; per cui, laddove il giudicato si formi quando non sia più possibile produrlo nell'altra sede, la successiva decisione dovrebbe nascere già inefficace¹³¹.

La soluzione da ultimo proposta è sicuramente suggestiva, soprattutto perché potrebbe costituire un valido correttivo per l'ipotesi in cui la produzione del precedente giudicato sia stata impedita da una causa non imputabile alle parti. Essa, tuttavia, si scontra con gli artt. 395, 829 e 831 c.p.c., i quali, limitando la possibilità di far valere il contrasto con precedente giudicato nei termini sopra esposti, sembrerebbero palesare la volontà del legislatore di trattare in modo diverso il conflitto di giudicato fra lodo e sentenza¹³². Tale contrasto emerge in particolare con riferimento all'ipotesi in cui la mancata produzione del giudicato non sia dovuta all'impossibilità della parte; a fronte del tenore delle norme sopra richiamate, sarebbe infatti difficile sostenere che la parte che abbia (magari

¹²⁷ VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 3° ed., Torino, 2010, 175; G.F. RICCI, Sub art. 819 ter c.p.c., in *Arbitrato*, cit., 2007, 501; MENCHINI, *Impugnazioni*, cit., 853; nello stesso senso, prima della riforma, DELLA PIETRA, *op. cit.*, 239.

¹²⁸ Per la quale v. CHIOVENDA, *op. cit.*, 900.

¹²⁹ ZUCCONI GALLI FONSECA, Sub art. 829 c.p.c., in *Arbitrato*, cit., 2007, 756; MARINUCCI, *Note sull'impugnazione*, cit., 1192; DE SANTIS, *In tema di rapporti tra giudice ordinario e arbitri* (nota a Cass., 8 febbraio 1999, n. 1079), in *Foro it.*, I, 2314.

¹³⁰ MARINUCCI, *Note sull'impugnazione*, cit., 1192.

¹³¹ LUISO, *Ancora sui rapporti*, cit., 525.

¹³² PUNZI, *Disegno*, cit., II, 2012, 558.

volontariamente) omissis di produrre in giudizio il precedente giudicato possa poi affermare l'inefficacia della seconda decisione.

In definitiva, pur essendo consapevoli del vuoto di tutela che caratterizza l'attuale sistema, ci pare che, a fronte della scelta compiuta dal legislatore in occasione dell'ultima riforma, il conflitto fra lodo e sentenza debba essere risolto in favore della seconda decisione.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Arbitrato*, a cura di Bonelli Erede Pappalardo, Milano, 2012
- ACONE, voce «Regolamento di competenza: diritto processuale civile», in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991
- ACONE, *Arbitrato e competenza*, in *Riv. arb.*, 1996, 239
- ACONE, *Arbitrato e translatio iudicii: un parere eretico*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 1
- ALPA, *L'arbitrato profili sostanziali*, Torino, 1999
- ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, 3° ed., Napoli, 1964
- ARIETA, *La sentenza sulla competenza. Struttura, efficacia e stabilità*, Padova, 1990
- ATTARDI, *Sulla traslazione del processo dal giudice incompetente a quello competente*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, 142
- ATTERITANO, voce «Arbitrato estero», in *Digesto Civ., Aggiornamento*, 3, Torino, 2007
- BENEDETTELLI, CONSOLO, RADICATI DI BROZOLO, *Commentario breve al diritto dell'arbitrato nazionale ed internazionale*, Padova, 2010
- BIANCHI, *Translatio iudicii tra giudice statale ed arbitri?*, in www.Judicium.it
- BOCCAGNA, *L'impugnazione del lodo per nullità*, I, Napoli, 2005
- BOCCAGNA, *Appunti sulla nuova disciplina dei rapporti tra arbitrato e giurisdizione*, in AA. VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, II, 313
- BOCCAGNA, *Sulle conseguenze dell'estinzione del giudizio di rinvio dopo cassazione della sentenza che abbia pronunciato sull'impugnazione per nullità del lodo*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 67
- BONGIORNO, *Sulla «eccezione d'incompetenza nel processo arbitrale»*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 135
- BORGHESI, *La delocalizzazione del contenzioso civile: sulla giustizia sventola bandiera bianca?*, in www.Judicium.it
- BOVE, *Rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.*, 1999, 409
- BOVE, *Il patto compromissorio rituale*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 403
- BOVE, *Sul regime dell'eccezione di patto compromissorio rituale*, in *Riv. arb.*, 2004, 247

- BOVE, *Resta la confusione sulle liti transnazionali*, in *Guida dir.*, 2006, numero 8, 104
- BOVE, *Discutibile la scelta del "sistema tedesco"*, in *Guida dir.*, 2006, numero 8, 107
- BOVE, *Ancora sui rapporti tra arbitro e giudice statale*, in *Riv. arb.*, 2007, 357
- BOVE, *L'impugnazione per nullità del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2009, 19
- BOVE, *Giurisdizione e competenza nella recente riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1295
- BOVE, *Ricadute sulla disciplina dell'arbitrato della legge n. 69/2009*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 81
- BOVE, *Sulla dichiarazione di parziale incostituzionalità dell'art. 819 ter c.p.c.*, in *Il giusto processo civile*, 2013, 1107
- BOVE, CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2006
- BRIGUGLIO, CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, Padova, 2009
- BRIGUGLIO, FAZZALARI, MARENGO, *La riforma dell'arbitrato*, Milano, 1994
- CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1944
- CALIFANO, *Il sistema d'impugnazione dei lodi non definitivi della nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1995, 39
- CAMPIONE, *Un itinerario (non solo) giurisprudenziale sulla revocazione del lodo*, in *Riv. arb.*, 2011, 715
- CANALE, *Arbitrato e «collegato lavoro»*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 570
- CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 42
- CAPPONI, *Se il lodo rituale annullato con sentenza della Corte d'appello, a sua volta cassata dalla Suprema Corte, costituisca titolo esecutivo in caso di estinzione del giudizio di impugnazione in sede di rinvio*, in *Riv. esec. forz.*, 2004, 147
- CAPPONI, *Rapporti tra arbitri e autorità giudiziaria secondo il nuovo art. 819 ter c.p.c.*, consultabile sul sito www.Judicium.it
- CAPPONI, *Modestino Acone, la competenza e l'arbitrato*, in *Il giusto processo civile*, 2009, 395
- CARNACINI, *Arbitrato rituale*, in *Novissimo Dig. It.*, I, Torino, 1957, 874
- CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, Roma, 1956

CARPI (a cura di), *Arbitrato. Commento al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile (artt. 806 – 840)*, Bologna, 2001

CARPI (a cura di), *Arbitrato. Commento al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile (artt. 806 – 840)*, 2° ed., Bologna, 2007

CARRATTA, voce «Competenza: diritto processuale civile. Postilla di aggiornamento», in *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma, 1997

CAVALLINI, *Questioni preliminari di merito e lodo non definitivo nelle riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 1138

CECHELLA, *L'arbitrato*, Torino, 1991

CHIARLONI (a cura di), *Le riforme del processo civile*, Bologna, 1992

CHIARLONI (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, Bologna, 2006

CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile. Ristampa con prefazione di Virgilio Andrioli*, Napoli, 1980

CIPRIANI, *Sentenze non definitive e diritto di impugnare (a proposito dell'art. 827 c.p.c.)*, in *Riv. arb.*, 1999, 248

COLESANTI, *Arbitrato non attivato e «interruzione permanente» della prescrizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 823

COMOGLIO, *Lodo parziale e lodo non definitivo dopo l'ultima riforma*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 609

CONSOLO, *Litispendenza e connessione fra arbitrato e giudizio ordinario (evoluzioni e problemi irrisolti)*, in *Riv. arb.*, 1998

CONSOLO, *Corollari applicativi e qualche instabilità della nuova stagione giurisprudenziale sull'arbitrato*, in *Rass. for.*, 2004, 932

CONSOLO, *Raccordi o antifonie fra arbitrato e giudizio ordinario? Profili comparatistici e transnazionali*, in *Studi in onore di Piero Schlesinger*, V, Milano, 2004, 3831

CONSOLO, *La translatio iudicii tra giurisdizioni nel nuovo art. 59 della legge di riforma del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1267

CONSOLO, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, 3° ed., Padova, 2012

CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Padova, 2014

CONSOLO, LUISO, *Codice di procedura civile commentato*, 2° ed., Milano, 2000

CONSOLO, LUISO, SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 1991

CONSOLO, LUISO, SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996

CONSOLO, MARINUCCI, *Impugnazione per nullità di delibera assembleare e arbitrato*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 217

DALFINO, *Lodi non definitivi su questioni preliminari di merito*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 315

DANOVI, *La pregiudizialità nell'arbitrato rituale*, Padova, 1999

DANOVI, *La nuova disciplina dell'incompetenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1343

D'ALESSANDRO, *Riflessioni sull'efficacia del lodo arbitrale rituale alla luce dell'art. 824 bis c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 2007, 529

DE SANTIS, WINKLER, *La riforma francese del diritto dell'arbitrato: un commento sistematico*, in *Dir. comm. int.*, 2011, 927

FAZZALARI, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1994, 1

FAZZALARI, *Impugnazione per nullità del lodo rituale e art. 393 c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 1996

FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997

FAZZALARI, voce «Arbitrato nel diritto processuale civile», in *Digesto Civ., Aggiornamento*, 1, Torino, 2000

FAZZALARI, *Questioni di legittimità costituzionale*, in *Riv. arb.*, 2005, 661

FRANCHI, *Brevissime osservazioni sulla legge 6 febbraio 1983, n. 28 contenente modificazioni alla disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 219

GARBAGNATI, *Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 257

GASPERINI, *Sulla proposta di applicazione analogica dell'art. 59 l. 69/2009 ai rapporti tra giudici e arbitri*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 379

GIACOBBE, D'ALESSANDRO, *L'arbitrato*, Milano, 1999

GIAMMARIA – VELANI, *Eccezione di compromesso e d'incompetenza*, in AA. VV., *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, 1997, 287

GROSSI, *Connessione*, in AA. VV., *Dizionario dell'arbitrato*, Torino, 1997, 259

IZZO, *Mutamenti dello stato di fatto o di diritto vigente al momento della domanda e litispendenza arbitrale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 119

IZZO, *Appunti sull'eccezione di patto compromissorio e sulla sentenza che la decide*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 451

IZZO, *La convenzione arbitrale nel processo. Studio sui rapporti tra arbitrato e giurisdizioni statuali*, Torino, 2013

LA CHINA, *L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 1999

LA CHINA, *L'arbitrato: il sistema e l'esperienza*, 4° ed., Milano, 2011

LESSONA, *Conflitto tra arbitri e giudice ordinario e regolamento di giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1946, 1

LEVI, voce «Arbitrato nel diritto privato italiano», in *Digesto Civ., Aggiornamento*, 7, Torino, 2012

LEVONI, voce «Competenza nel diritto processuale civile», in *Digesto Civ.*, III, Torino, 1988

LEVONI, voce «Regolamento di competenza», in *Digesto Civ.*, XVI, Torino, 1997

LUISO, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv. arb.*, 1995, 13

LUISO, *L'oggetto del processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1996, 677

LUISO, *Diritto processuale civile*, Milano, 1997

LUISO, *Rapporti tra arbitro e giudice*, in *Riv. arb.*, 2005, 773

LUISO, *Diritto processuale civile*, 5° edizione, Milano, 2009

LUISO, *L'art. 824 bis c.p.c.*, in www.Judicium.it

LUISO, *Effetti sostanziali della domanda e conclusione del processo con una pronuncia di rito*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1

LUISO, SASSANI, *La riforma del processo civile: commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile*, Milano, 2006

MARINUCCI, *Note sull'impugnazione del lodo arbitrale per contrarietà ad altra pronuncia*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1177

MARINUCCI, *L'impugnazione del lodo arbitrale dopo la riforma. Motivi ed esito*, Milano, 2009

MAZZARELLA, *Arbitrato e processo. Premesse per uno studio sull'impugnazione del lodo*, Padova, 1968

MIRABELLI, GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato. Nozioni generali. Aggiornato alla L. 26/1994 (nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale)*, Napoli, 1994

MENCHINI, *Il giudicato civile*, Torino, 1988

MENCHINI, voce «Regiudicata civile», in *Dig. Civ.*, XVI, Torino, 1997, 417

MENCHINI, *Impugnazioni del lodo rituale*, in *Riv. arb.*, 2005, 843

MENCHINI (a cura di), *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Padova, 2010

- MENCHINI, *Il controllo e la tutela della convenzione arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2013, 363
- MONTELEONE, voce «Litispendenza», in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Roma, 1990
- MONTESANO, *Negoziato e processo nel nuovo arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 214
- MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, 2° ed., Torino, 1994
- MONTESANO, *Sui lodi parziali di merito*, in *Riv. arb.*, 1994, 251
- MONTESANO, *Domane e questioni nei giudizi arbitrali*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 621
- MORTARA, *Commentario al codice e alle leggi di procedura civile*, 4° edizione, Milano, 1922
- MURONI, *La pendenza del giudizio arbitrale*, Torino, 2008
- NELA, *Il lodo rituale emesso da arbitri usurpatori e l'insegnamento della Corte di cassazione sulla natura della questione di patto compromissorio*, in *Giur. it.*, 2006, 882
- NELA, *L'inesistenza della convenzione arbitrale rituale dopo la riforma*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 973
- NICOTINA, *Arbitrato rituale e giurisdizione*, Milano, 1990
- OCCHIPINTI, *La cognizione degli arbitri sui presupposti dell'arbitrato*, Torino, 2011
- ODORISIO, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 253
- ORIANI, *Arbitrato rituale e prescrizione*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 579
- PICARDI, *Manuale del processo civile*, 3° ed., Milano, 2013
- PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006
- PUNZI, *La riforma dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 78
- PUNZI, *I principi generali della nuova normativa sull'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 331
- PUNZI, *L'efficacia del lodo arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 10
- PUNZI, voce «Arbitrato: arbitrato rituale e irrituale», in *Enc. giur. Treccani*, II, Roma, 1995
- PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000
- PUNZI, *Ancora sulla legge delega in tema di arbitrato: riaffermazione della natura privatistica dell'istituto*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 963

- PUNZI, *“Efficacia di sentenza” del lodo*, in *Riv. arb.*, 2005, 819
- PUNZI, *Luci ed ombre nella riforma dell’arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 395
- PUNZI, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, 2° ed., Torino, 2010
- PUNZI, *Disegno sistematico dell’arbitrato*, 2° ed., Padova, 2012
- PUNZI, *Dalla crisi del monopolio statale della giurisdizione al superamento dell’alternativa contrattualità-giurisdizionalità dell’arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 1
- RASIA, *Il conflitto transnazionale tra giurisdizione ordinaria e arbitrato sulla medesima lite. spunti su un principio di «lis alibi pendens» nell’arbitrato internazionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1071
- REDENTI, voce «Compromesso», in *Nuovo Dig. It.*, III, Torino, 1938
- REDENTI, voce «Compromesso», in *Novissimo Dig. It.*, III, Torino, 1957
- REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1957
- E.F. RICCI, *Sull’efficacia del lodo arbitrale dopo la legge 9 febbraio 1983, n. 28*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, 635
- E.F. RICCI, *Un raggio di luce nel buio (una svolta in tema di incompetenza degli arbitri per connessione di cause)*, in *Riv. arb.*, 1993, 179
- E.F. RICCI, *L’«efficacia vincolante» del lodo arbitrale dopo la legge n. 25 del 1994*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 815
- E.F. RICCI, *L’arbitrato di fronte alla litispendenza giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 500
- E.F. RICCI, *La «funzione giudicante degli arbitri» e l’efficacia del lodo (Un grand arret della Corte Costituzionale)*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 351
- E.F. RICCI, *La never ending story della natura negoziale del lodo: ora la Cassazione risponde alle critiche*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 557
- E.F. RICCI, *La delega sull’arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 951
- E.F. RICCI, *L’arbitrato e il tipografo legislatore (elogio della rientranza)*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 631
- E.F. RICCI, *Profili liberali della nuova disciplina dell’arbitrato*, in AA. VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, II, 611
- E.F. RICCI, *Declinatoria di giurisdizione e (così detta) translatio iudicii*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 693

- E.F. RICCI, *La nuova disciplina della declinatoria di giurisdizione tra intuizioni felici e confusione di idee*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1535
- G.F. RICCI, voce «Litispendenza», in *Digesto Civ.*, XI, Torino, 1994
- G.F. RICCI, *Ancora sulla natura e sugli effetti del lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2011, 165
- RIGHETTI, *L'eccezione di compromesso*, in AA. VV., *Studi in onore di Carmine Punzi*, Torino, 2008, II, 633
- RONCO, *Revocazione e lodo arbitrale*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 729
- RUBINO SAMMARTANO, *Diritto dell'arbitrato*, 5° edizione, Padova, 2006
- RUBINO SAMMARTANO, *Arbitrato, ADR conciliazione*, Bologna, 2009
- RUFFINI, *La divisibilità del giudizio arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1999, 439
- RUFFINI, *Difetto di giurisdizione e translatio iudicii fra confusione del legislatore ed equivoci degli interpreti*, in *Giur. it.*, 2013, 214
- SALVANESCHI, *La domanda d'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 645
- SALVANESCHI, *Arbitrato. Libro Quarto: Procedimenti speciali art. 806-840*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, a cura di Sergio Chiarloni, Bologna, 2014
- SANGIOVANNI, *Brevi note sulle eccezioni d'incompetenza sollevate nel corso dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2013, 553
- SANTULLI - ACONE, voce «Competenza: diritto processuale civile», in *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma, 1988
- SASSANI, *L'arbitrato a modalità irrituale*, in *Riv. arb.*, 2007, 37
- SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato. Ristampa della prima edizione con presentazione di Carlo Furno*, Milano, 1969
- SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1971
- SATTA, PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 1996
- SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, 3° ed., Milano, 1988
- TARZIA, *Conflitti tra lodi arbitrali e tra lodi e sentenze*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 631
- TARZIA, LUZZATTO, RICCI, *Legge 5 gennaio 1994 n. 25*, Padova, 1995
- TOMBARI, *Natura e regime giuridico dell'eccezione di compromesso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 1021

- TOMMASEO, *Le impugnazioni del lodo arbitrale nella riforma dell'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2008, 199
- TRINCHI, *Sugli effetti delle decisioni non ancora passate in giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 702
- TURRONI, *La sentenza civile sul processo. Profili sistematici*, Torino, 2006,
- VACCARELLA, *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, 1975
- VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Napoli, 1971
- VERDE, *Pubblico e privato nel processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2002, 633
- VERDE, *Arbitrato irrituale*, in *Riv. arb.*, 2005, 670
- VERDE (a cura di), *Diritto dell'arbitrato rituale*, 3° ed., Torino, 2005
- VERDE, *Bastava solo inserire una norma sui rapporti tra arbitri e giudici*, in *Guida dir.*, 2006, fascicolo 8, 81
- VERDE, *Ancora sulla pendenza del procedimento arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2009, 219
- VERDE, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, 3° ed., Torino, 2010
- VERDE, *Obsolescenza di norme processuali: la disciplina della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 827
- VOCINO, *Inesistenza del compromesso e sentenza arbitrale*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, II, 641
- ZIINO, *La translatio iudicii tra arbitri e giudici ordinari (sulla parziale illegittimità costituzionale dell'art. 819-ter, secondo comma, c.p.c.)*, in AA. VV., *Sull'arbitrato. Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 913
- ZUCCONI GALLI FONSECA, *Giudice italiano ed exceptio compromissi per arbitrato estero*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 741

CGCE, 6 ottobre 2009, C-40/08, in *Riv Arb.*, 2009, 675, con nota di D'ALESSANDRO, *La Corte di giustizia sancisce il dovere, per il giudice, di rilevare d'ufficio l'invalidità della clausola compromissoria stipulata tra il professionista ed il consumatore rimasto contumace nel processo arbitrale*

CGCE, 26 ottobre 2006, C-168/05, in *Riv. arb.*, 2006, 673, con nota di D'ALESSANDRO, *Sui rapporti tra la sentenza Mostaza Claro e gli artt. 817, comma 2, ed 829, n. 1, c.p.c.*; in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1083, con nota di E.F. RICCI, *Clausola compromissoria "vessatoria" e impugnazione del lodo.*

CGCE, 25 novembre 2012, C-456/11 in *Foro it.*, 2013, IV, 32, con nota di D'ALESSANDRO, *Pronunce declinatorie di giurisdizione: la Corte di giustizia impone limiti di efficacia europei*

Corte cost., 12 febbraio 1963, n. 2, in *Giur. cost.*, 1963, 20, con nota di BARILE, *L'arbitrato e la Costituzione*

Corte cost., 14 luglio 1977, n. 127, in *Giur. cost.*, 1977, 1103, con nota di ANDRIOLI, *L'arbitrato obbligatorio e la costituzione*

Corte cost., 28 novembre 2001, n. 376, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2883, con nota di VACCARELLA, *Il coraggio della concretezza in una storica decisione della Corte costituzionale*; in *Riv. arb.*, 2001, 657, con nota di BRIGUGLIO, *Merito e metodo della pronuncia della Consulta che ammette gli arbitri alla rimessione pregiudiziale costituzionale*

Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1576, con nota di ACONE, *Giurisdizione e translatio iudicii... aspettando Godot*; in *Foro it.*, 2007, I, 1009, con nota di ORIANI, *E' possibile la translatio iudicii tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di cassazione e Corte costituzionale*; in *Corr. giur.*, 2007, 745, con nota di CONSOLO, DE CRISTOFARO, *Evoluzioni processuali fra translatio iudicii e riduzione della proliferazione dei riti e dei ritualismi*

Corte cost., 19 luglio 2013, n. 223, in *Riv. arb.*, 2014, 81, con note senza titolo di BOVE, BRIGUGLIO, MENCHINI e SASSANI; in *Foro it.*, 2013, I, 2690, con note di D'ALESSANDRO, *Finalmente! La Corte costituzionale sancisce la salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda introduttiva nei rapporti tra arbitro e giudice*, di ACONE, «Translatio iudicii» *tra giudice ed arbitro: una decisione necessaria incompiuta o volutamente pilatesca?* e di FRASCA, *Corte*

cost. n. 223 del 2013 e art. 819 ter c.p.c.: una dichiarazione di incostituzionalità veramente necessaria?; in Corr. giur., 2013, 1107, con nota di CONSOLO, Il rapporto arbitri-giudici ricondotto, e giustamente, a questione di competenza con piena translatio fra giurisdizione pubblica e privata e viceversa; in Giur. it., 2014, 1381, con note di BUZANO, Estensione della translatio iudicii ai rapporti tra giudizio ordinario e arbitrato rituale e di ASPARELLA, Translatio iudicii nei rapporti tra arbitrato e processo

Cass., Sez. Un., 7 marzo 1946, in *Riv. dir. proc.*, 1946, II, 1, con nota di LESSONA, *Conflitto tra arbitri e giudice ordinario e regolamento di competenza*

Cass., 9 dicembre 1949, n. 2564, in *Giur. it.*, 1951, I, 1, 154, con nota senza titolo di JANNUZZI

Cass., Sez. Un., 31 luglio 1950, n. 2250, in *Giur. it.*, 1952, I, 1, 359, con nota senza titolo di FURNO

Cass., 6 maggio 1953, in *Riv. dir. proc.*, 1954, 180, con nota di VECCHIONE, *Inesistenza del compromesso o del procedimento per arbitri e inefficacia del lodo*

Cass., 9 luglio 1953, n. 2211, in *Giur. it.*, 1955, I, 1, 162, con nota di VECCHIONE, *Questioni in materia di arbitrato*

Cass., 16 luglio 1953, n. 2329, in *Foro it.*, 1954, I, 19, con nota di ANDRIOLI, *Regolamento di competenza e nullità della clausola compromissoria*

Cass., 7 aprile 1954, n. 1076, in *Giur. it.*, 1955, I, 1, 160, con nota di VECCHIONE, *Questioni in materia di arbitrato*

Cass., 13 luglio 1954, n. 2453, in *Giur. it.*, 1955, I, 1, 159, con nota di VECCHIONE, *Questioni in materia di arbitrato*

Cass., Sez. Un., 9 maggio 1956, n. 1505, in *Foro it.*, 1956, I, 847, con nota di ANDRIOLI, *Procedura arbitrale e regolamento di giurisdizione*, in *Foro pad.*, 1956, 686, con nota di GARBAGNATI, *In tema di regolamento preventivo di giurisdizione nel corso del procedimento arbitrale*, in *Giust. civ.*, 1956, I, 819, con nota di MARMO, *Recenti orientamenti della dottrina e della giurisprudenza sulla natura giuridica dell'arbitrato rituale*

Cass., Sez. Un., 19 luglio 1957, n. 3050, in *Giust. civ.*, 1957, I, 1460

Cass., 19 luglio 1957, n. 2050, in *Giust. civ.*, 1957, I, 1460

Cass., 27 luglio 1957, in *Riv. dir. proc.*, 1958, 244, con nota di COLESANTI, *Cognizione sulla validità del compromesso in arbitri*

Cass., 27 maggio 1961, n. 1261, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, 881, con nota senza titolo di COLESANTI, e in *Giust. civ.*, 1961, I, 1836, con nota di SAMMARCO, *Trasmigrazione del processo dall'arbitro al giudice ordinario*

Cass., 7 febbraio 1962, n. 241, in *Giust. civ.*, 1962, I, 202

Cass., 7 febbraio 1963, n. 194, in *Foro it.*, 1964, I, 948

Cass., 13 gennaio 1964, n. 75, in *Giust. civ.*, 1964, I, 1176

Cass., 22 febbraio 1964, n. 384, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 475, con nota di ANDRIOLI, *Arbitrato rituale ed effetti sostanziali della domanda di arbitrato*

Cass., 28 febbraio 1964, n. 458, in *Riv. dir. proc.*, 1964, 469, con nota di LIEBMAN, *Giudizio arbitrale e connessione di cause*

Cass., 9 luglio 1965, n. 1431, in *Foro it.*, 1966, I, 571

Cass., 6 luglio 1966, n. 1744, in *Giust. civ.*, 1967, I, 335

Cass., 24 giugno 1967, n. 1570, in *Foro it.*, 1967, I, 2082

Cass., 3 febbraio 1968, n. 353, in *Foro it.*, 1968, I, 3057

Cass., 17 aprile 1968, n. 1143, in *Giust. civ.*, 1968, I, 1892

Cass., 5 agosto 1968, n. 2803, in *Giust. civ.*, 1969, I, 682

Cass., 29 ottobre 1968, n. 3618, in *Giur. it.*, 1969, I, 1, 243

Cass., 20 maggio 1969, n. 1752, in *Foro it.*, 1969, I, 2195, con nota senza titolo di BARONE

Cass., 13 dicembre 1969, n. 3981, in *Giur. it.*, 1971, I, 1, 127, con nota di SEGRÈ, *Connessione di cause e incompetenza di arbitri*

Cass., 28 gennaio 1972, n. 244, in *Foro it.*, 1972, I, 600, con nota senza titolo di BARONE

Cass., 7 agosto 1972, n. 2647, in *Giust. civ.*, 1973, I, 827

Cass., 18 dicembre 1973, n. 3433, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1110

Cass., 8 marzo 1974, n. 616, in *Giust. civ.*, 1974, I, 1266

Cass., 28 giugno 1975, n. 2565, in *Foro it.*, 1976, I, 94, con nota senza titolo di BARONE, e in *Giur. it.*, 1977, I, 1, 2043, con nota di SCHIZZEROTTO, «*Translatio iudicii*» e *giudizio arbitrale*

Cass., 19 dicembre 1975, n. 4189, in *Foro it.*, 1976, I, 656

Cass., 3 febbraio 1976, n. 348, in *Giust. civ.*, 1976, 712

Cass., 12 febbraio 1979, n. 935

Cass., 14 febbraio 1979, n. 965

Cass., 4 aprile 1979, n. 1943

Cass., 28 maggio 1979, n. 3099
Cass., 12 luglio 1979, n. 4020, in *Giur. it.*, 1980, I, 1, 1707 e 1708, con nota di LEVONI, *La controversa impugnabilità della sentenza arbitrale non definitiva*, e in *Foro it.*, 1979, I, 712, con nota senza titolo di BARONE
Cass., 21 luglio 1979, n. 4380
Cass., 27 settembre 1979, 4983
Cass., 24 ottobre 1979, n. 5562
Cass., 19 novembre 1979, n. 6017
Cass., 20 novembre 1979, n. 6054
Cass., 19 settembre 1980, n. 5316
Cass., 27 gennaio 1981, n. 628
Cass., Sez. Un., 4 luglio 1981, n. 4360, in *Foro it.*, 1981, I, 1860, con nota senza titolo di BARONE
Cass., 21 novembre 1981, n. 6227
Cass., Sez. Un., 10 dicembre 1981, n. 6532
Cass., 11 maggio 1982, n. 2945
Cass., 15 luglio 1982, n. 4171 in *Arch. giur. oo. pp.*, 1982, II, 325
Cass., 12 agosto 1982, n. 4586
Cass., 25 ottobre 1982, n. 5568, in *Giust. civ.*, 1983, 1228
Cass., 18 novembre 1982, n. 6206
Cass. 7 gennaio 1983, n. 112
Cass., 14 luglio 1983, n. 4832
Cass., 9 agosto 1983, n. 5311, in *Rass. avv. Stato*, 1983, I, 702
Cass., 29 ottobre 1983, n. 6439
Cass., 30 marzo 1984, n. 2084, in *Giust. civ.*, 1984, I, 3076
Cass., 25 ottobre 1984, n. 4820, in *Foro it.*, 1985, I, 817
Cass., 5 novembre 1985, n. 5353
Cass., 7 dicembre 1984, n. 6457
Cass., 22 gennaio 1986, n. 398
Cass., Sez. Un., 9 giugno 1986, n. 3835, in *Foro it.*, 1986, I, 1525 con nota senza titolo di BARONE
Cass., 23 settembre 1986, n. 5707
Cass., 13 ottobre 1986, n. 5983.
Cass., 9 dicembre 1986, n. 7315

Cass., 9 ottobre 1987, n. 7513
Cass., 11 febbraio 1988, n. 1465
Cass., 18 febbraio 1988, n. 1738
Cass., 13 luglio 1988, n. 4587
Cass., 22 dicembre 1988, n. 7018
Cass., 22 aprile 1989, n. 1929
Cass., 28 novembre 1989, n. 5181
Cass., 18 gennaio 1990, n. 231
Cass., 23 gennaio 1990, n. 354, in *Riv. arb.*, 1991, 79, con nota di MIRABELLI,
Regolamento o ricorso nell'impugnazione per incompetenza dell'arbitro
Cass., 27 febbraio 1990, n. 1507
Cass., Sez. Un., 1 marzo 1990, n. 1577
Cass., 28 aprile 1990, n. 3600
Cass., 1 giugno 1990, n. 5154, in *Riv. arb.*, 1991, 81, con nota di MIRABELLI,
Regolamento o ricorso nell'impugnazione per incompetenza dell'arbitro
Cass., 23 agosto 1990, n. 8608, in *Riv. arb.*, 1991, 757, con nota di MARENGO,
Arbitrato e connessione di cause
Cass., 28 marzo 1991, n. 3361, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 552, con nota senza titolo di
FADEL
Cass., 23 agosto 1991, n. 9068
Cass., 29 ottobre 1991, n. 11460, in *Riv. arb.*, 1992, 667
Cass., 5 settembre 1992, n. 10240, in *Foro it.*, 1992, I, 3298, con nota senza titolo
di BARONE
Cass., 13 novembre 1992, n. 12208
Cass., 16 dicembre 1992, n. 13263
Cass., 29 gennaio 1993, n. 1142
Cass., 14 aprile 1993, n. 4442
Cass., 7 agosto 1993, n. 8563
Cass., 17 dicembre 1993, n. 12517
Cass., 4 ottobre 1994, n. 8043
Cass., 21 ottobre 1994, n. 8656, in *Riv. arb.*, 1995, 89
Cass., 11 novembre 1994, n. 9409
Cass., 7 marzo 1995, n. 2657, in *Società*, 1995, 1285, con nota senza titolo di
SOAVE

Cass., Sez. Un., 17 maggio 1995, n. 5397, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 30

Cass., Sez. Un., 24 maggio 1995, n. 5960, in *Giust. civ.*, 1995, 2365

Cass., 27 maggio 1995, n. 5937

Cass., 28 agosto 1995, n. 9028

Cass., 30 agosto 1995, n. 9162

Cass., 8 luglio 1996, n. 6205, in *Riv. arb.*, 1997, 325, con nota di VACCARELLA, *Sulla competenza esclusiva del collegio arbitrale a giudicare della propria competenza*; in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 623, con nota senza titolo di RAMPAZZI; in *Corr. giur.*, 1996, 1007, con nota di V. CARBONE, *I ripensamenti sulla potestas iudicandi degli arbitri nel corso del procedimento arbitrale*

Cass., 26 novembre 1996, n. 10456, in *Riv. arb.*, 1996, 317, con nota di FAZZALARI, *Impugnazione per nullità del lodo rituale e art. 393 c.p.c.* e in *Foro it.*, 1997, I, 833, con nota senza titolo di BARONE

Cass., 25 gennaio 1997, n. 781, in *Giur. it.*, 1998, 259 e in *Riv. arb.*, 1997, 529, con nota di BOVE, *Impugnazione per nullità del lodo pronunciato in carenza di un patto compromissorio*

Cass., 11 marzo 1997, n. 2175, in *Riv. arb.*, 1997, 547, con nota di D'ALESSANDRO, *Eccezione di patto compromissorio e vecchie questioni in materia di arbitrato*

Cass., 7 aprile 1997, n. 3001, in *Riv. arb.*, 1997, 515, con nota di LUISO, *Ancora sui rapporti tra arbitri e giudice*; in *Giust. civ.*, 1997, II, 2451, con nota di GIACOBBE, *Questioni di litispendenza tra giudizio ordinario e giudizio arbitrale*

Cass., Sez. Un., 12 giugno 1997, n. 5299

Cass., 25 luglio 1997, n. 6950, in *Giust. civ.*, 1998, I, 476

Cass., 12 agosto 1997, n. 7521, in *Riv. arb.*, 1998, 493, con nota di D'ALESSANDRO, *Ancora una volta la Suprema corte nega la translatio iudicii nei rapporti tra giudice e arbitro*

Cass., 11 febbraio 1998, n. 1413, in *Foro it.*, 1998, I, 740

Cass., 9 aprile 1998, n. 3676, in *Riv. arb.*, 1998, 501, con nota di BOVE, *Arbitrato e litispendenza*

Cass., 28 maggio 1998, n. 5280, in *Riv. arb.*, 1999, 445, con nota di LEPRI, *Spunti in tema di erronea impugnazione per nullità del lodo non rituale.*

Cass., 25 agosto 1998, n. 8410, in *Riv. arb.*, 1999, 455, con nota di Giorgetti, *Il difetto di potestas iudicandi degli arbitri rituali*

Cass., 3 settembre 1998, n. 8739, in *Foro it.*, 1998, I, 2761

Cass., 10 novembre 1998, n. 11294, in *Riv. arb.*, 1999, 89

Cass., 12 novembre 1998, n. 11436, in *Riv. arb.*, 1999, 269, con nota di DALEFFE, *Sulla presunta incompatibilità fra il termine per l'impugnazione della delibera di esclusione del socio, ex art. 2287 c.c., ed il procedimento arbitrale*

Cass., 14 gennaio 1999, n. 345

Cass., 22 gennaio 1999, n. 565

Cass., 8 febbraio 1999, n. 1079, in *Foro it.*, I, 2308, con nota di DE SANTIS, *In tema di rapporti tra giudice ordinario e arbitri*

Cass., 20 febbraio 1999, n. 1452

Cass., 12 giugno 1999, n. 5814, in *Foro it.*, 2000, I, 327

Cass., 26 gennaio 2000, n. 870, in *Foro it.*, 2000, I, 1901

Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2000, n. 15, in *Foro it.*, 2000, I, 1833 e in *Foro pad.*, 2001, I, 35, con nota di RUBINO SAMMARTANO

Cass., 2 marzo 2000, n. 2307, in *Riv. arb.*, 2001, 221, con nota di RUFFINI, *Motivi di impugnazione per nullità del lodo arbitrale e poteri della Corte d'appello*

Cass., 18 aprile 2000, n. 4992

Cass., 16 maggio 2000, n. 6522, in *Giur. it.*, 2001, 254

Cass., 27 luglio 2000, n. 9581

Cass., Sez. Un., 3 agosto 2000, n. 527, in *Corr. giur.*, 2001, 51, con nota di RUFFINI e MARINELLI, *Le Sezioni Unite fanno davvero chiarezza sui rapporti tra arbitrato e giurisdizione?*; in *Riv. dir. proc.*, 2001, 254, con nota di E.F. RICCI, *La natura dell'arbitrato rituale e del relativo lodo: parlano le Sezioni Unite*; in *Riv. arb.*, 2000, 699, con nota di FAZZALARI, *Una svolta attesa in ordine alla «natura» dell'arbitrato*; in *Giust. civ.*, 2001, I, 761, con nota di MONTELEONE, *Le sezioni unite della Cassazione affermano la natura negoziale e non giurisdizionale del c.d. «arbitrato rituale»*; in *Foro pad.*, 2001, I, 34, con nota di RUBINO SAMMARTANO

Cass., 28 agosto 2000, n. 11218, in *Riv. arb.*, 2001, 689, con nota di FUSILLO, *Relatio perfecta, obbligatorietà dell'arbitrato e natura dell'eccezione di compromesso*

Cass., 15 settembre 2000, n. 12175, in *Giur. it.* 2001, I, 1, 2035, con nota di NELA, *Arbitrato rituale e regolamento necessario di competenza*

Cass., 22 settembre 2000, n. 12528

Cass., 22 novembre 2000, n. 15070, in *Foro it.*, 2001, I, 479

Cass., 19 dicembre 2000, n. 15941

Cass., 27 gennaio 2001, n. 1191, in *Riv. arb.*, 2002, 303, con nota di AMADEI, *Note in tema di inesistenza di accordo compromissorio per arbitrato rituale e impugnazione per nullità del lodo*

Cass., 1 febbraio 2001, n. 1403, in *Giur. it.* 2001, I, 1, 2035, con nota di NELA, *Arbitrato rituale e regolamento necessario di competenza*

Cass., 15 maggio 2001, n. 6710, in *Giur. it.*, 2002, 939

Cass., Sez. Un., 25 maggio 2001, n. 226, in *Foro it.*, 2001, I, 2810

Cass., 4 giugno 2001, n. 7533, in *Corr. giur.*, 2001, 1448, con nota di CONSOLO e MURONI, *L'eccezione di arbitrato rituale come eccezione "di merito" e la supposta inammissibilità del regolamento di competenza*

Cass., 27 novembre 2001, n. 15023, in *Riv. arb.*, 2002, 287, con nota di MENCHINI, *La natura e la disciplina dell'eccezione con la quale è fatta valere l'efficacia di un precedente lodo non più impugnabile*; in *Riv. dir. proc.*, 2002, 1238, con nota di E.F. RICCI, *La Cassazione insiste sulla natura «negoziale» del lodo arbitrale. Nuovi spunti critici*

Cass., 13 dicembre 2001, n. 15753, in *Riv. arb.*, 2003, 81, con nota di BALDI, *L'arbitrato irrituale e il potere di verifica degli arbitri in merito all'esistenza, validità e portata della clausola compromissoria*

Cass., 22 febbraio 2002, n. 2566, in *Riv. arb.*, 2002, 691, con nota di BOCCIOLETTI, *Note sul divieto d'impugnazione immediata del lodo parziale*;

Cass., Sez. Un., 25 giugno 2002, n. 9289, in *Riv. arb.*, 2002, 511, con nota di BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite ed il regime della eccezione fondata su accordo compromissorio*; in *Giust. civ.*, 2003, 717, con nota di PUNZI, *Natura dell'arbitrato e regolamento di competenza*

Cass., Sez. Un., 15 aprile 2003, n. 6349, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 267, con nota di ATTERITANO, *La qualificazione dell'eccezione di compromesso per arbitrato estero quale eccezione di merito: problematiche connesse di diritto interno e di diritto internazionale*; in *Riv. arb.*, 2004, 39, con nota di BRIGUGLIO, *Le Sezioni Unite e la eccezione fondata su accordo compromissorio per arbitrato estero*; in *Corr. giur.*, 2004, 919, con nota di 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*

Cass., Sez. Un., 6 giugno 2003, n. 9070, in *Riv. arb.*, 2004, 299, con nota di SOTGIU, *Natura e regime dell'eccezione di nullità del patto compromissorio nel giudizio di impugnazione avverso il lodo arbitrale*

Cass., 6 agosto 2003, n. 11842, in *Riv. esec. forz.*, 2004, 147, con nota di CAPPONI, *Se il lodo rituale annullato con sentenza della Corte d'appello, a sua volta cassata dalla Suprema Corte, costituisca titolo esecutivo in caso di estinzione del giudizio di impugnazione in sede di rinvio*

Cass., 14 novembre 2003, n. 17248

Cass., 5 dicembre 2003, n. 18643

Cass., 30 dicembre 2003, n. 19865

Cass., 29 aprile 2004, n. 8206

Cass., 3 giugno 2004, n. 10561

Cass., 15 luglio 2004, n. 13121

Cass., 21 luglio 2004, n. 13516, in *Corr. giur.*, 2005, 651, con nota di MURONI, *La litispendenza arbitrale prima e dopo la novella del 1994: rapporto processuale e rapporto negoziale parti-arbitri*; *Riv. dir. proc.*, 2005, 251, con nota di CAPPONI, *Arbitrato e perpetuatio jurisdictionis*; in *Riv. arb.*, 2005, 523, con nota di SANTAGADA, *Rapporti tra giurisdizione ordinaria e arbitrato: una peculiare questione di diritto intertemporale*

Cass., 28 luglio 2004, n. 14234

Cass., 30 luglio 2004, n. 14557

Cass., 19 agosto 2004, n. 16205, in *Arch. giur. oo. pp.*, 2004, 265

Cass., 21 settembre 2004, n. 18917, in *Riv. arb.*, 2006, 82, con nota di MOTTO, *In tema di clausola compromissoria: forma, oggetto, rilevanza del comportamento delle parti*

Cass., 3 febbraio 2005, n. 2379, in *Riv. arb.*, 2006, 469, con nota di D'AMBROSIO, *Sull'impugnazione della sentenza dichiarativa della nullità del lodo per invalidità del patto compromissorio*

Cass., Sez. Un., 6 luglio 2005, n. 14205

Cass., 3 febbraio 2006, n. 2444

Cass., 23 febbraio, 2006, n. 3989

Cass., 2 maggio 2006, n. 10132

Cass., 6 settembre 2006, n. 19129

Cass., 21 novembre 2006, n. 24681

Cass., Sez. Un., 5 gennaio 2007, n. 35, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1293, con nota di E.F. RICCI, *La Cassazione si pronuncia ancora sulla convenzione di arbitrato rituale: tra l'attaccamento a vecchi schemi e qualche incertezza concettuale*

Cass., Sez. Un., 12 gennaio 2007, n. 412

Cass., 18 gennaio 2007, n. 1090

Cass., 7 febbraio 2007, n. 2715, in *Riv. arb.*, 2007, 581, con nota di OCCHIPINTI, *La cassazione conferma i propri orientamenti in tema di impugnazione del lodo per nullità*

Cass., 22 febbraio 2007, n. 4109, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1576, con nota di ACONE, *Giurisdizione e translatio iudicii... aspettando Godot*; in *Foro it.*, 2007, I, 1009, con nota di ORIANI, *E' possibile la translatio iudicii tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di cassazione e Corte costituzionale*; in *Corr. giur.*, 2007, 745, con nota di CONSOLO, DE CRISTOFARO, *Evoluzioni processuali fra translatio iudicii e riduzione della proliferazione dei riti e dei ritualismi*

Cass., 28 marzo 2007, n. 7649

Cass., 20 maggio 2007, n. 12684

Cass., 30 maggio 2007, n. 12736

Cass., 5 giugno 2007, n. 13161

Cass., 8 giugno 2007, n. 13508

Cass., 23 ottobre 2007, n. 22238

Cass., 20 dicembre 2007, n. 26990, in *Riv. arb.*, 2009, 465, con nota di COREA, *Questioni di diritto intertemporale nei rapporti tra arbitro e giudice*

Cass., 9 gennaio 2008, n. 178, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 221, con nota di MARINUCCI, *L'impugnazione per nullità del lodo esorbitante dalla convenzione di arbitrato*

Cass., 20 maggio 2008, n. 12814, in *Riv. arb.*, 2009, 465, con nota di COREA, *Questioni di diritto intertemporale nei rapporti tra arbitro e giudice*

Cass., 29 agosto 2008, n. 21926, in *Riv. arb.*, 2009, 465, con nota di COREA, *Questioni di diritto intertemporale nei rapporti tra arbitro e giudice*

Cass., Sez. Un., 6 settembre 2010, n. 19047, in *Riv. arb.*, 2010, 463, con nota di SANTINI, *Regolamento di competenza avverso la pronuncia del giudice ordinario sulla exceptio compromissi e procedimenti pendenti*

Cass., Sez. Un., 22 novembre 2010, n. 23596

Cass., 26 novembre 2010, n. 24082

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

Cass., 24 marzo 2011, n. 6842, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 454, con nota di CANALE, *Errore nella qualificazione dell'arbitrato ed impugnazione del lodo*; *Riv. arb.*, 2013, 931, con nota di DEBERNARDI, *Sull'impugnazione del lodo reso in seguito ad un accordo compromissorio per arbitrato irrituale ed erroneamente qualificato come rituale dagli arbitri*

Cass. Sez. Un., 5 maggio 2011, n. 9839, in *Riv. arb.*, 2011, con nota di ROMANO, *Natura dell'arbitrato ed inapplicabilità delle disposizioni sulla procura e in www.Judicium.it*, con nota di DEBERNARDI, *Sulla (assenza di) forma nel procedimento arbitrale*

Cass., 12 maggio 2011, n. 13246, in *Riv. arb.*, 2012, 575, con nota di LUDOVICI, *Il lodo (rituale) inesistente nell'ordinamento processualciviltistico italiano: una figura sospesa tra mito giuridico e realtà normativa*

Cass., 4 agosto 2011, n. 17019

Cass., 20 febbraio 2012, n. 2400

Cass., 27 febbraio 2012, n. 2973

Cass., Sez Un., 9 marzo 2012, n. 3690

Cass., 6 aprile 2012, n. 5634, in *Riv. arb.*, 2014, 133, con nota di DEBERNARDI, *Sull'impugnazione del lodo dichiarativo della competenza arbitrale*

Cass., Sez. Un., 19 giugno 2012, n. 10027, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 683, con nota di MENCHINI, *Le Sezioni Unite sui rapporti tra gli articoli 295, 297 e 337, 2° comma, c.p.c.: una decisione che non convince*

Cass., 17 luglio 2012, n. 12333

Cass., 26 luglio 2012, n. 1328

Cass., 30 ottobre 2012, n. 18671, in *Riv. arb.*, 2013, 913, con nota di SALVANESCHI, *Ancora sull'arbitrabilità delle impugnative di delibere assembleari e sulla competenza a deciderle*

Cass., 7 novembre 2012, n. 19268

Cass., 5 dicembre 2012, n. 21869

Cass., 6 dicembre 2012, n. 22002, in *Riv. arb.*, 2013, 699 con nota di FORNACIARI, *Ancora sulla conservazione degli effetti dell'atto introduttivo nei rapporti fra*

giudice e arbitro: Cassazione vs. Corte costituzionale?; in *Riv. dir. proc.*, 2013, 1150, con nota di SALVANESCHI, *Translatio iudicii a senso unico nei rapporti tra arbitro e giudice?*

Cass., 17 gennaio 2013, n. 1158

Cass., 21 febbraio 2013, n. 4484

Cass., 3 settembre 2013, n. 20128

Cass., Sez. Un., 20 settembre 2013, n. 21585

Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2013, n. 24153, *Corr. giur.*, 2014, 84, con nota di VERDE, *Arbitrato e giurisdizione: le Sezioni Unite tornano all'antico*; in *Foro it.*, 2013, I, 3048, con nota senza titolo di D'ALESSANDRO

Cass., 10 aprile 2014, n. 8457

Cass., 13 maggio 2014, n. 10300

Cass., 7 luglio 2014, n. 15452

Cass., Sez. Un., 31 luglio 2014, n. 17443

Cass., 20 novembre 2014, n. 24755

App. Milano, 31 ottobre 1950, in *Giur it.*, 1951, I, 2, 615, con nota di FURNO, *Alcune questioni in materia d'arbitrato*

App. Roma, 9 marzo 1992, n. 677, in *Riv. arb.*, 1992, 705, con nota di MARENGO, *Inammissibilità del regolamento di competenza avverso il lodo rituale*

App. Torino, 29 gennaio 1993, 104, in *Riv. arb.*, 1994, 295, con nota di LONGO, *Ancora in tema di connessione e giudizio arbitrale*

App. Napoli, 29 settembre 1997, in *Riv. arb.*, 1998, 505, con nota di BOVE, *Arbitrato e litispendenza*

App. Milano, 9 giugno 1998, in *Riv. arb.*, 2000, con nota di DANOVÌ, *Lodi non definitivi e limiti soggettivi di efficacia del patto compromissorio*

App. Milano, 10 aprile 2001, in *Corr. giur.*, 2001, 1452, con nota di CONSOLO, MURONI, *L'eccezione di arbitrato rituale come eccezione "di merito" e la supposta inammissibilità del regolamento di competenza*; in *Riv. arb.*, 2001, 723, con nota di CHIZZINI, *Note in tema di clausola compromissoria per arbitrato irrituale e azione di mero accertamento dinanzi al giudice ordinario*

App. Roma, 6 novembre 2003, n. 4677, inedita

App. Milano, 28 settembre 2011, su www.ilcaso.it

App. Roma, 11 aprile 2013, in *Riv. arb.*, 2013, 963, con nota di MARINUCCI, *Note sul contrasto fra lodo non definitivo e lodo definitivo nel giudizio di impugnazione per nullità*

Trib. Pistoia, 20 ottobre 1994, in *Foro it.*, 1994, I, 3215

Trib. Milano, 8 marzo 1999, in *Giur. it.*, 1999, 1447

Trib. Catania, 13 settembre 1999, in *Giur. comm.*, 2000, II, 507, con nota di MIRONE, *Questioni in tema di arbitrato e controversie societarie, con riferimento particolare al bilancio della società di persone*

Trib. Roma, 14 maggio 2003

Trib. Trento, 11 febbraio 2004, in *Giur. di merito*, 2004, 1699, con nota di PREDELLI

Trib. Trento, 8 aprile 2004, in *Società*, 2004, 996, con nota di MORELLINI

Trib. L'Aquila, 7 maggio 2004, in *Riv. arb.*, 2005, 121, con nota di OCCHIPINTI, *Quale pubblicità per il lodo irrituale che delibera l'esclusione di un socio?*

Trib. Napoli, 14 luglio 2004

Trib. Sciacca, 17 gennaio 2005, n. 9, in *Riv. arb.*, 2007, 337, con nota di PICOZZA, *In tema di eccezione di compromesso*

Trib. Bari, 25 maggio 2006, in *Il civilista*, 2007, 52, con nota di CARAMASCHI

Trib. Verona, 7 novembre 2006, n. 3143, in *Giur. merito*, 2008, 2, 409, con nota di NARDELLI

Trib. Venezia, 10 aprile 2008 in *Contratti*, 2008, 869, con nota di SANGIOVANNI, *Natura contrattuale o processuale dell'arbitrato irrituale?*

Trib. Pisa, 9 gennaio 2009, in *Riv. arb.*, 2009, 281, con nota di ROMANO, *Il doppio volto dell'art. 819 ter c.p.c.*

Trib. Milano, 9 luglio 2009, n. 81629

Trib. Lamezia Terme, 22 giugno 2010, in *Giur. it.*, 2012, 395, con nota di DEBERNARDI, *Note minime sulla qualificazione dell'eccezione di patto compromissorio*

Trib. S. Maria Capua Vetere, 6 maggio 2011

Trib. Arezzo, 18 ottobre 2011

Trib. Catania, 21 giugno 2012, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 476, con nota di BOCCAGNA, *Translatio iudicii nei rapporti tra giudice e arbitro: sollevata la questione di costituzionalità dell'art. 819 ter c.p.c.*; in *Riv. arb.*, 2012, 891, con

nota di FORNACIARI, *Conservazione degli effetti dell'atto introduttivo anche nei rapporti fra giudice e arbitro: sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 819 ter, 2° comma, c.p.c.*

Trib. Verona, 22 novembre 2012, in *Riv. arb.*, 2013, 443, con nota di AMENDOLAGINE, *L'inosservanza della clausola arbitrale derogatoria della giurisdizione rende applicabile l'art. 96, comma 3, c.p.c. quale rimedio sanzionatorio per l'abuso del processo*

Trib. Milano, 30 novembre 2012, in *Riv. arb.*, 2014, 367, con nota di AMADEI, *Vie parallele ed efficacia del lodo nel procedimento giurisdizionale*

Trib. Milano, 23 gennaio 2014

Trib. Modena, 29 gennaio 2014

T.A.R. Campania Napoli, 14 aprile 2009, n. 1967

Coll. Arb., 6 giugno 1984, n. 24, in *Arch. giur. oo. pp.*, 1985, 837

Coll. Arb., Roma, 22 febbraio 1989, in *Riv. arb.* 1991, 141, con nota di GIARDINA, *Continenza e connessione di cause fra arbitrato e giudice ordinario*

Coll. Arb., Ferrara, 21 aprile 1989, in *Riv. arb.*, 1992, 745, con nota di BUONCRISTIANI, *Efficacia nel procedimento arbitrale della sentenza del giudice ordinario declinatoria della competenza a favore del collegio arbitrale*

Coll. Arb., Bergamo, 20 luglio 1995, in *Riv. arb.*, 1996, 375, con nota di LEPRI, *Arbitrato rituale, pendenza della stessa causa innanzi al giudice statale ed applicazione dell'art. 39, 1° comma, c.p.c.*

Coll. Arb., Roma, 2 marzo 1996, in *Riv. arb.*, 1996, 353, con nota di LEPRI, *Arbitrato rituale, pendenza della stessa causa innanzi al giudice statale ed applicazione dell'art. 39, 1° comma, c.p.c.*

Coll. Arb., 9 marzo 1996, in *Giust. civ.*, 1997, I, 1, 267, con nota di VACCARELLA, *Questioni di litispendenza e competenza nei rapporti fra arbitri e giudici*

Arb. Unico, Vercelli, 20 febbraio 1997, in *Riv. arb.*, 1998, 595, con nota di LUISO, *Intorno agli effetti dei lodi non definitivi o parzialmente definitivi*

Coll. Arb., Salerno, 25 giugno 2001, in *Riv. arb.*, 2003, 525, con nota di RUFFINI, *In tema di sospensione del processo arbitrale per pregiudizialità*

Arb. Unico, Treviso, 14 febbraio 2005, in *Riv. arb.*, 2005, 353, con nota di SOTGIU, *Rinuncia (parziale) al patto compromissorio, preclusioni e sospensione del procedimento*

Coll. Arb., Venezia, 19 febbraio 2008, in *Contratti*, 2008, 869, con nota di SANGIOVANNI, *Natura contrattuale o processuale dell'arbitrato irrituale?*

Coll. Arb., Bari, 22 giugno 2011, in *Riv. arb.*, 2011, 659, con nota di ALLOTTI, *Rapporti tra arbitri e giudice ordinario*

Arbitro Unico, Bologna, 26 giugno 2013, in *www.Judicium.it*