

Corso in Diritto dell'Arbitrato Interno e Internazionale
XXII Ciclo

TESI DI DOTTORATO

ARBITRATO E RAPPORTI CONNESSI

TUTOR

Chiarissimo Professor Claudio Cecchella

CANDIDATA

Alessia Canaccini

Anno accademico 2010 -2011

INDICE

• INTRODUZIONE	5
1- La connessione in generale e nell'arbitrato	
1) La connessione nel processo ordinario	9
2) L'art.40 cpc	25
3) Litisconsorzio successivo facoltativo	43
4) Il litisconsorzio successivo in arbitrato	44
2- Connessione tra arbitrati e connessione tra arbitrato e processo ordinario	
1) Premessa	48
2) La pendenza di un giudizio arbitrale e di un giudizio ordinario su rapporto connesso	49

3) La riforma del 2006	59
4) Il rapporto tra il lodo e l'arbitrato su un rapporto connesso	62
5) La pendenza di arbitrati su rapporti connessi	65

3- litisconsorzio successivo in caso di legami forti e deboli tra diritti

1) Premessa	68
2) L'intervento volontario	74
3) La chiamata in arbitrato	81
4) L'intervento adesivo dipendente e quello del litisconsorte necessario pretermesso	84
5) La successione particolare nel processo arbitrale	87
6) Intervento del terzo nel giudizio di nullità del lodo	95
6) Estrema difesa del terzo	98

4 - Un tentativo di prevenire i problemi di litisconsorzio successivo e di inapplicabilità dell'art. 295 c.pc all'arbitrato: riflessioni sulla

clausola compromissoria adatta alla composizione del collegio in caso di rapporti connessi sorti da contratti collegati

1) Premessa	103
2) L'arbitrato con pluralità di parti	104
3) Parti e terzi	106
4) L'art.809 cp.c	107
5) La svolta della giurisprudenza da una questione di validità a una questione di applicabilità della clausola compromissoria	111
6) la redazione della clausola compromissoria nel difficile equilibrio tra autonomia-eguaglianza delle parti e disparità imparzialità degli arbitri	114
7) L'art. 816 quater e la fattispecie di connessione dei rapporti conseguente il collegamento dei contratti	117
• CONCLUSIONI	121
• BIBLIOGRAFIA	123

INTRODUZIONE

La connessione è un fenomeno estremamente complesso e trasversale che trova cittadinanza tanto nell'ordinamento civile sostanziale quanto in quello processuale. Si potrebbe quasi affermare che crei essa stessa interconnessioni molto forti tra la regola sostanziale e quella processuale, già di per sé legate da un rapporto di strumentalità.

Questo fenomeno viene studiato dunque a vari livelli.

Sul piano processuale civile nell'ambito del processo giurisdizionale vi sono alcune norme che si riferiscono in modo esplicito ed altre solo in modo implicito alla connessione. Queste norme sono state utilizzate dalla dottrina per ricostruire il concetto generale di connessione, giacché si è constatato che gli effetti giuridici generati dalle fattispecie esplicitamente qualificate come connessione erano analoghi a quelli di altre fattispecie non chiamate così dal legislatore. Il riferimento è essenzialmente alle disposizioni di cui agli artt. 31 e ss. cpc e all'art.40 cpc. La connessione dunque è stata studiata dalla dottrina in primo luogo per le modifiche alla competenza e dunque l'inquadramento che ne è stato fatto è stato come

connessione di domande. Contemporaneamente però a partire dall'analisi dell'art. 34 cpc si è introdotto il concetto di connessione di questioni.

Dal concetto di connessione di domande e di questioni si è poi approdati a quello di connessione tra cause, costruito partendo dalla disposizione di cui all'art. 103 cpc sul litisconsorzio facoltativo. Sul tappeto si sono posti tutti i problemi tipici del *simultaneus processus* volontario : consorzio dei litiganti *ab origine*, varie forme di interventi, tutele successive dei soggetti che non hanno aderito al processo cumulato. Gli strumenti offerti al giudice sono stati individuati nell'ordine di chiamata del terzo, nel potere di accertamento incidentale, ma soprattutto nel potere di sospensione e in quello di riunione di cause.

Le esigenze a fondamento della regolamentazione del processo cumulato sono essenzialmente quelle di favorire l'armonia tra i giudicati ed evitare effetti riflessi negativi nella sfera giuridica di soggetti che sono titolari di diritti connessi con quelli controversi, ma anche quelle di evitare la dispersione delle attività processuali a favore di una tendenziale economicità.

Molti, se non tutti i problemi di inquadramento e ricostruzione del litisconsorzio, sono stati soltanto adesso¹ travasati nell'alveo del procedimento arbitrale o, meglio, solo adesso se ne ha piena percezione, poiché se è vero che la assoluta mancanza di norme in materia di arbitrato multiparti rendeva all'interprete difficile l'opera di ricostruzione dell'istituto *sub Iulio*, è altrettanto vero che l'esistenza di quel "filtro" all'ingresso, ovvero della convenzione di² arbitrato, ha

¹ A ben vedere, la disciplina introdotta dagli artt. 816 *quater* e *quinquies* c.p.c., è per molti punti una ricognizione di quelle che erano le conclusioni cui era giunta, prima della riforma, buona parte della dottrina, per cui assodato che occorre sottoscrivere una convenzione di arbitrato per esser parti del processo arbitrale, ben si sarebbe potuto approfondire lo studio delle dinamiche del procedimento arbitrale multiparti, in relazione al particolare vincolo sussistente tra le situazioni giuridiche soggettive delle varie parti, oppure gli aspetti problematici del lodo reso nei confronti di più parti, così come lo si è fatto per il processo ordinario. A parte pochi lodevoli tentativi, come ad esempio ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milano, 2004, l'aspetto che ha calamitato l'attenzione degli studiosi, è stato quello della designazione del collegio, nei casi in cui la conformazione del processo non fosse quella della classica lite binaria.

² Non è un caso le due opere che più hanno approfondito lo studio dei problemi dell'arbitrato con pluralità di parti, ovvero le già citate monografie della SALVANESCHI, *L'arbitrato con pluralità di parti*, cit. e della ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, cit., sono ambedue dell'ultimo decennio, non esistendo prima di esse alcuno studio sistematico dei fenomeni di litisconsorzio originario e successivo nell'arbitrato

avuto come effetto quello di smorzare l'attenzione della dottrina rispetto alla percezione dell'intensità del problema della pluralità di parti e al suo approfondimento³, dato che di pluralità di parti aveva senso parlare solo allorquando più di due erano i contraenti del compromesso o della clausola compromissoria, non potendosi altrimenti ammettere la soggezione al *decisum* arbitrale di soggetti che non avessero liberamente prestato il proprio consenso a sottrarre il giudizio in capo a proprie situazioni giuridiche soggettive da quello che sarebbe stato fisiologicamente il giudice naturale precostituito per legge⁴.

Dunque il focus di indagine si è spostato dall'elaborazione delle clausola multiparti all'adeguamento del processo litisconsortile alle peculiarità dell'arbitrato.

Alcune risposte ai problemi sono venute dalla riforma stessa che ha riconosciuto la facoltà di intervento ad alcuni terzi e contemporaneamente ha attribuito all'arbitro il potere di cognizione incidentale, nonché quello di sospensione, anche facoltativa. I punti oscuri però sono rimasti molti : non è previsto alcun potere di riunione tra arbitrati, né è chiarito fino in fondo il rapporto tra arbitrato e processo

³ Ciò almeno fino all'introduzione nell'ordinamento dell'opposizione di terzo avverso il lodo, a seguito della quale al dibattito sul rapporto tra terzi e arbitrato si è conferita nuova linfa.

⁴ Ulteriori complicazioni di una possibile estensione ai terzi degli effetti del patto compromissorio o, più in generale, di una loro partecipazione all'arbitrato derivano a tutt'oggi dalla configurazione della garanzia costituzionale del diritto di azione (e di difesa), cui comunemente la dottrina si rifà per negare ogni possibile partecipazione dei terzi all'arbitrato cfr. ad es. RUFFINI, *Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 134 e ss. Le medesime garanzie costituzionali sono poi, conferentemente, richiamate a fondamento di tutta la giurisprudenza in materia di arbitrato obbligatorio della Corte costituzionale da cui si è desunta la legittimità dell'arbitrato che trova i propri presupposti costituzionali nella legittima disponibilità del diritto d'azione (emblematiche le parole di Corte cost. 127/1977 secondo la quale: «*il fondamento di qualsiasi arbitrato è da rinvenirsi nella libera scelta delle parti: perché solo la scelta dei soggetti (intesa come uno dei possibili modi di disporre, anche in senso negativo, del diritto di cui all'art. 24, comma primo, Cost.) può derogare al precetto contenuto nell'art. 102, comma primo, Cost. [...], sicché la «fonte» dell'arbitrato non può più ricercarsi e porsi in una legge ordinaria o, più generalmente, in una volontà autoritativa*»). Si vedano in tema: Corte costituzionale 8 giugno 2005, n. 221, in *Giur. it.*, 2006, 1450, con nota di LOMBARDINI, *Illegittimità dell'arbitrato obbligatorio in materia di opere pubbliche*; Corte cost. 23 febbraio 1994, n. 49, in *Riv. arb.*, 1995, 477 e ss., con nota di RECCHIA, *La costituzionalità della legislazione sull'arbitrato: prime osservazioni*; Corte cost. 18 dicembre 1991, n. 488, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 772 e ss. ed in *Riv. arb.*, 1992, 247 e ss., con nota di RECCHIA, «*Disponibilità dell'azione in senso negativo*» ed *incostituzionalità dell'arbitrato obbligatorio*. Nello stesso senso anche Corte cost. 14 luglio 1977, n. 127, in *Foro it.*, 1977, I, 1849 e ss. ed in *Giur. cost.*, 1997, 1114, con nota di ANDRIOLI. In dottrina, BARILE, *L'arbitrato rituale e la Corte costituzionale*, in *Riv. arb.*, 1992, 21 e ss.; VERDE, *L'arbitrato e gli arbitri*, in *Diritto dell'arbitrato*, cit., 58 e ss. il quale rileva che: «*potremmo dire che la Corte costituzionale navighi "a vista", non avendo ancora preso posizione o non avendo voluto ancora prendere posizione su taluni problemi fondamentali che in qualche modo costituiscono la premessa di qualsiasi soluzione in tema di arbitrato e Costituzione e che, pertanto, è da attendersi una giurisprudenza alquanto episodica e della quale sarà possibile tratteggiare l'evoluzione in chiave storica, abbandonando qualsiasi pretesa sistematica*»

su rapporti connessi, inoltre le norme che regolano la connessione spesso si riferiscono alla sola ipotesi di pregiudizialità, lasciando non pochi dubbi sulle altre figure di connessione.

Le difficoltà operative sono ancora molte e dunque viene da chiedersi se alcune di esse non possano essere prevenute, piuttosto che risolte, mediante l'elaborazione di clausole compromissorie adeguate, che tengano sempre di più in considerazione la connessione tra i contratti, anche in virtù del fatto che alla base della connessione tra rapporti giuridici processuali può stare la connessione dei diritti, e addirittura questa connessione tra diritti può essere fondata proprio sulla connessione tra contratti.

CAPITOLO 1

1 La connessione nel processo ordinario

Il processo giurisdizionale ordinario conosce il fenomeno della connessione in diversi momenti, scanditi dalle disposizioni del codice di procedura civile che fanno riferimento alla connessione, in modo diretto oppure implicitamente. Non essendo presente alcuna definizione nel codice di rito, ed essendo un fenomeno complesso, che riflette su un piano processuale ciò che prima è sul piano dei diritti sostanziali e dei contratti, la connessione viene ricostruita partendo dall'art.40 cpc, che la richiama anche in rubrica. L'ambito in cui viene collocata è quindi quello del difetto di competenza del giudice e delle modificazioni della competenza. Il primo dato che emerge è che la connessione per il legislatore influenza la competenza ed è in grado di mutarla, anche in virtù del potere di riunione del giudice.

Poiché la connessione tra cause è, prima di tutto, connessione tra situazioni sostanziali, essa consiste in un nesso intercorrente, sul piano del diritto sostanziale, in modo più o meno intenso, tra distinti rapporti giuridici oggetto di tutela giurisdizionale⁵. Le tipologie di connessione sono molteplici e vengono

⁵ **Rudan**, *Connessione di cause*, in RTDPC, 1958, 721; **Gionfrida**, *Appunti sulla connessione e continenza di cause*, in RTDPC, 1960, 130; **Giallongo**, *Note in tema di sospensione, pregiudizialità e connessione nel processo di cognizione*,

tradizionalmente descritte utilizzando i criteri soggettivi ed oggettivi di identificazione delle azioni, quali *personae*, *causa petendi* e *petitum*. Esistono ipotesi di connessione meramente soggettiva, ove le controversie hanno in comune soltanto i soggetti ed ipotesi di connessione oggettiva o propria, ove il nesso intercorre tra le diverse *causae petendi* o in relazione ai diversi *petita* delle rispettive azioni; esistono, infine, svariate forme di connessione oggettiva di differente intensità (si pensi alla relazione di incompatibilità, di pregiudizialità-dipendenza, alla connessione per identità di questioni da risolvere ecc.).

L'art. 40, nel disciplinare il potere di riunione, non definisce il concetto di connessione, lasciando che esso venga ricavato dalla lettera di altre disposizioni del codice di procedura civile (in particolare, dagli artt. 31 ss., nonché dagli artt. 103, 104). È tuttavia opinione comune che l'art. 40 intende richiamare e fornire disciplina a qualsiasi forma di connessione oggettiva o propria, con la sola esclusione delle ipotesi di connessione meramente soggettiva e di connessione impropria per identità di questioni, per le quali non sarebbe ravvisabile un interesse dell'ordinamento alla formazione congiunta degli accertamenti. Anche per il richiamo contenuto nello stesso articolo 40 cpc la connessione viene ricostruita esaminando le figure di cui agli artt. 31 e ss.

Escludiamo sin da ora dall'ambito di applicazione dell'art. 40 cpc la connessione soggettiva, cui fa riferimento l'art.33 cpc., ma solo per litisconsorzio facoltativo passivo , salvo che naturalmente non sussista anche una connessione per oggetto e per titolo. Si tratta della c.d. connessione per coordinazione,⁶ sussistendo la quale non è possibile proporre più domande connesse , ai sensi dell'art. 103 cpc, che si occupa invece del litisconsorzio facoltativo attivo, se per esse non è previsto lo stesso rito.

in RTDPC, 1985, 616; **Merlin**, *Connessione di cause e pluralità di riti nel nuovo art. 40 c.p.c.*, in RDP, 1993, 1021; **Proto Pisani**, *Appunti sulla connessione*, in DG, 1993, 1; **Balbi**, *Connessione e continenza nel diritto processuale civile*, in *Digesto civ.*, III, Torino, 1988, 458

⁶ Sulla connessione per coordinazione Fabbrini, *Connessione*, in *Scritti giuridici*, I, Mi, 1989, 478 e Tarzia , 40

Quanto alla fattispecie di cui all'art.31 cpc, l'accessorietà è ipotesi qualificata di connessione propria⁷. Il vincolo di accessorietà tra le due pretese giudiziali, che presuppone l'identità dei soggetti parti, sussiste quando l'una, oltre a caratterizzarsi per il contenuto meno rilevante, risulti oggettivamente in posizione di subordinazione o dipendenza rispetto all'altra, perché il *petitum* e il titolo della causa accessoria, pur mantenendo una propria autonomia, sono fondati su quelli della causa principale. La dipendenza dell'oggetto della causa accessoria da quello della causa principale investe solo il profilo genetico, pertanto la domanda accessoria è autonoma, ma il suo titolo è lo stesso della domanda principale. Per poter distinguere quando la causa è principale e quando è accessoria la giurisprudenza e la dottrina individuano due criteri diversi. La Corte di Cassazione⁸ statuisce che ciò che caratterizza la causa principale rispetto a quella accessoria è la maggiore importanza. Invece la dottrina evidenzia che il diritto fatto valere con la domanda accessoria e quello proprio della domanda principale nascono entrambi da una fattispecie complessa⁹.

L'art.32 cpc riguarda un caso particolare di accessorietà. A ben vedere però la domanda di garanzia si differenzia dalla domanda accessoria, perché presenta solo parziale identità di soggetti. Trattasi comunque di un'ipotesi di connessione propria qualificata tra cause in base al criterio di accessorietà. Le deroghe alla competenza previste dall'art.32 cpc sono possibili qualora, pendente la causa principale, tra questa e quella di garanzia esista una connessione di interdipendenza per titolo od oggetto. In questo caso si parla di garanzia propria, che ricorre anche quando la domanda principale e quella di garanzia abbiano in comune un unico fatto generatore della responsabilità. La garanzia impropria invece si ha quando il convenuto tende a riversare le conseguenze del proprio inadempimento o comunque della lite su un terzo, sulla base di un titolo diverso da quello della domanda principale oppure di un titolo connesso a quello della domanda principale solo in via occasionale e di fatto.

⁷ DE PRETIS, Connessione (dir.proc.civ.), Enciclopedia del Diritto, IX, MI, 1961,12

⁸ Cass. 5/10/1964, n. 2513.

⁹ SEGRÈ, Sul concetto di domanda accessoria, Rivista di Diritto Processuale Civile, 1977, 717 e ss.

Gli accertamenti incidentali di cui all'art.34 cpc meritano particolare attenzione, perché quella è considerata la norma chiave nel sistema dei rapporti connessi.

L'art. 34 c.p.c prescrive che: “ *Il giudice, se per legge o per esplicita domanda di una delle parti è necessario decidere con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale che appartiene per materia o valore alla competenza di un giudice superiore, rimette tutta la causa a quest'ultimo, assegnando alle parti un termine perentorio per la riassunzione della causa davanti a lui.* ”.

Questa disposizione originata dalle approfondite riflessioni dottrinali, che hanno preceduto l'elaborazione del codice del 1942 è norma dalle implicazioni sistematiche relevantissime, che consente di ricostruire, da un lato, l'oggetto del processo civile e, dall'altro, l'estensione dei poteri cognitivi del giudice¹⁰.

Dall'art. 34, si ricava che: a) il giudice, al fine di decidere la controversia intorno ad una situazione soggettiva, ha il potere di esaminare e risolvere ogni questione dalla quale dipenda la decisione della causa, con effetti limitati al giudizio in corso, ossia senza efficacia di cosa giudicata; b) con riferimento alle questioni pregiudiziali di merito, ossia alle questioni concernenti un effetto giuridico in grado di formare oggetto di un'autonoma domanda giudiziale, l'art. 34 dispone che esse siano conosciute *incidenter tantum* dal giudice, ossia con effetti limitati al processo in corso, salvo che la volontà di legge o una domanda di parte impongano al giudice di accertare la situazione sostanziale pregiudiziale, con efficacia di giudicato; c) quando la questione pregiudiziale di merito si trasforma in causa, per volontà di legge o domanda di parte, l'ordinamento consente, entro determinati limiti, l'accertamento contestuale di entrambe le controversie, pregiudiziale e pregiudicata, di fronte al

¹⁰ **MENESTRINA**, *La pregiudiziale nel processo civile*, Vienna, 1910, 133; **CARNELUTTI**, *In tema di accertamento incidentale*, in RDPC, 1943, II, 17; **MONTESANO**, *La sospensione per dipendenza di cause civili e l'efficacia dell'accertamento contenuto nelle sentenze*, in RDPr, 1983, 387; **Giallongo**, *Note in tema di sospensione, pregiudizialità e connessione*, in RTDPC, 1985, 616; **Garbagnati**, *Questioni pregiudiziali (dir. proc. civ.)*, in ED, XXXVIII, Milano, 1987, 69; **Montesano**, *Questioni e cause pregiudiziali nella cognizione ordinaria*, in RDPr, 1988, 299; **Menchini**, *Accertamenti incidentali*, in EG, I, 1995, 1; Id., *Il giudicato civile*, in Giur. sist. dir. proc. civ. *Proto Pisani*, 2^a ed., Torino, 2002, 76

medesimo giudice, anche mediante la deroga agli ordinari criteri di competenza previsti per ciascuna di esse.

L'art. 34 presuppone la nozione di questione pregiudiziale di merito, ma non la definisce. Si può dire che questione pregiudiziale di merito è una questione relativa all'esistenza e al modo di essere di una situazione soggettiva sostanziale legata da un rapporto di pregiudizialità con la situazione che costituisce l'oggetto originario del processo in corso. In questo senso, la questione relativa ad una situazione pregiudiziale, da un lato si pone all'esterno dell'ambito oggettivo del giudizio e del futuro accertamento destinato al passaggio in giudicato; dall'altro lato, essa rientra nell'ambito dei poteri cognitivi del giudice, poiché per accertare l'esistenza e il modo di essere della situazione dipendente, è necessario esaminare la questione dell'esistenza della situazione ad essa pregiudiziale.

La nozione di questione pregiudiziale si differenzia in modo netto dalle differenti nozioni di questione pregiudiziale di rito e questione preliminare di merito (art. 187, 2° e 3° co.); la prima, infatti, ha ad oggetto un rapporto giuridico, uno *status* o un diritto soggettivo rilevante, come elemento di fattispecie, per la produzione di un altro effetto giuridico, ossia, un effetto giuridico idoneo a costituire un autonomo oggetto di causa. Ciò è senz'altro dimostrato dal fatto che l'art. 34 specifica che la questione pregiudiziale (di merito): a) è in grado di trasformarsi in causa nel corso del processo avente ad oggetto un'autonoma situazione sostanziale (dipendente); b) costituisce una questione che appartiene alla competenza per materia o valore alla competenza di un giudice superiore rispetto a quello adito dall'attore con la domanda principale: deve dunque trattarsi di una questione relativa ad un oggetto che può formare il contenuto di un'autonoma domanda giudiziale, poiché solo rispetto ad essa possono porsi problemi di competenza.

Quanto detto giustifica il fatto che il problema relativo all'ambito di operatività dell'art. 34 risenta delle differenti concezioni intorno all'oggetto del processo e del giudicato.

Nell'ambito di applicazione dell'art. 34 cpc rientrano senz'altro le c.d. questioni pregiudiziali in senso tecnico aventi ad oggetto un'autonoma situazione sostanziale o un autonomo rapporto giuridico, riconducibili alla fattispecie costitutiva dell'effetto giuridico dedotto dall'attore con la domanda introduttiva ¹¹.

Si discute, viceversa, se rientrino nell'art. 34 cpc le c.d. questioni pregiudiziali in senso logico, aventi ad oggetto l'esistenza o il modo di essere del rapporto giuridico complesso o della situazione reale, nel quadro dei quali si inserisce l'effetto giuridico semplice fatto valere dall'attore con il *petitum* della domanda introduttiva; in altri termini, è controverso se la questione relativa all'esistenza del rapporto giuridico complesso o della situazione reale debba essere decisa dal giudice con efficacia di giudicato, ovvero – secondo il disposto dell'art. 34 – debba essere conosciuta con effetti limitati al giudizio in corso, salva una diversa volontà di legge o l'esplicita domanda di parte.

La dottrina tradizionale sostiene l'applicabilità dell'art. 34 alla questione di esistenza, validità ed efficacia del rapporto giuridico fondamentale, che, dunque, costituisce oggetto di mera cognizione incidentale, salva l'esplicita domanda di parte. Parte della dottrina, in epoca più recente, nel quadro di una concezione estesa del giudicato, ricomprende, nell'ambito oggettivo del processo in cui sia chiesto l'accertamento di un singolo effetto giuridico, anche le questioni pregiudiziali in senso logico relative all'esistenza e validità del rapporto fondamentale, che il giudice abbia dovuto affrontare per giungere alla decisione finale (c.d. regola dell'antecedente logico necessario).

Secondo una posizione intermedia, pur collocandosi le questioni pregiudiziali in senso logico all'esterno dell'ambito del giudicato, in presenza di contratti a prestazioni corrispettive, l'accoglimento della domanda avente ad oggetto una delle pretese sorgenti dal contratto impedisce, quando sia dedotta successivamente in altro processo una domanda avente ad oggetto altra prestazione, di porre in discussione

¹¹ **Chiovenda**, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Napoli, 1939, 353; **Menchini**, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 92; **Proto Pisani**, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2002, 72)

l'invalidità o inefficacia del rapporto fondamentale¹². Secondo un'ulteriore opinione, l'accertamento con efficacia di giudicato si estende alla questione (pregiudiziale in senso logico) dell'esistenza o validità del rapporto fondamentale, in seguito alla relativa contestazione del convenuto. Secondo un autorevole indirizzo dottrinale, rimasto pur tuttavia isolato, il giudicato cade su qualsiasi questione sia idonea a rappresentare un presupposto logico necessario per la decisione della controversia. L'art. 34 diviene allora, secondo la tesi in parola, norma sulla sola competenza.

In giurisprudenza, è innanzitutto pacifico che fuoriescono dall'oggetto del processo e del giudicato e rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 34 le questioni pregiudiziali in senso tecnico relative all'esistenza di un'autonoma situazione soggettiva che costituisce elemento della fattispecie costitutiva del diritto od obbligo fatto valere con la domanda giudiziale. Ad esempio, nel giudizio avente ad oggetto il pagamento dei contributi previdenziali e i relativi accessori, non è oggetto di accertamento con efficacia di giudicato la dissimulazione di contratti di lavoro subordinato sotto l'apparenza di contratti di associazione in partecipazione¹³; nel giudizio di condanna al pagamento degli oneri previdenziali ed assicurativi, non è decisa con efficacia di giudicato la questione intorno all'esistenza e validità dei contratti di lavoro subordinato dai quali dipendono le pretese suddette¹⁴; nel giudizio sul risarcimento dei danni pretesi per l'abbattimento di alberi sorti sul confine di due fondi, non è oggetto di accertamento con efficacia di cosa giudicata del confine dei fondi di rispettiva proprietà¹⁵;

Una giurisprudenza consolidata estende l'oggetto del processo alle c.d. questioni pregiudiziali in senso logico. Secondo un orientamento consolidato l'accertamento con efficacia di giudicato si estende automaticamente alla soluzione di tutte le questioni che costituiscono la premessa o il presupposto logico necessario

¹² **Proto Pisani**, *Appunti sul giudicato civile e sui suoi limiti*, in RDPr, 1990, 386; **Consolo**, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, in RTDPC, 1991, 234

¹³ Cass. n. 14294/2004

¹⁴ Cass. n. 6767/2003

¹⁵ Cass. n. 6767/2003

della decisione¹⁶. Ovviamente, per poter operare tale estensione, la questione deve effettivamente rientrare tra i presupposti logico-giuridici della decisione. In tal senso, la questione della titolarità in capo all'attore del diritto di proprietà non rientra necessariamente tra gli antecedenti logici necessari della domanda di rilascio di un immobile, la quale può avere titolo in un parallelo rapporto personale¹⁷.

Sul punto, la giurisprudenza afferma altresì che l'accertamento contenuto in una sentenza recante l'annullamento di un avviso di accertamento tributario, sul presupposto che ad alcune promesse di vendita di immobili non erano seguiti i contratti definitivi, possa avere effetto in un giudizio avente ad oggetto un avviso di accertamento per diversa imposta, relativa alle medesime operazioni¹⁸.

In dottrina, si avverte la necessità di non sovrapporre e confondere il tema dell'estensione del giudicato ai rapporti connessi per pregiudizialità in senso logico con il diverso principio della preclusione del dedotto e del deducibile.

La questione pregiudiziale di merito si trasforma in causa pregiudiziale, ai sensi della disposizione in commento, quando ricorra, alternativamente, il presupposto della volontà di legge ovvero della esplicita domanda di parte.

Tra gli esempi tradizionalmente riconducibili all'istituto dell'accertamento incidentale *ex lege* vengono richiamati: a) l'accertamento con efficacia di giudicato della nullità del precedente matrimonio, eccetto a chi impugni il matrimonio dell'altro coniuge (art. 124 c.c.); b) l'accertamento con efficacia di giudicato dell'esistenza del controcredito opposto in compensazione dal convenuto, quando sia contestato dall'attore (art. 35); c) l'accertamento con efficacia di giudicato intorno alla questione di falso civile, ai sensi degli artt. 313, 355; d) l'accertamento con efficacia di giudicato dell'obbligazione rateale, quand'essa sia contestata, ai sensi dell'art. 12.

La esplicita domanda di una delle parti ai sensi dell'art. 34 per la trasformazione della questione pregiudiziale in causa pregiudiziale non esige

¹⁶ Cass.n. 9401/1999

¹⁷ Cass.n. 7890/1994

¹⁸ Cass.n. 16816/2008

un'apposita istanza, tecnicamente precisa, ma è pur sempre necessario che essa risulti in modo inequivoco dalle deduzioni e conclusioni della parte interessata; in mancanza di esplicita domanda *ex art. 34*, la questione pregiudiziale deve essere conosciuta *incidenter tantum* dal giudice. Se la situazione pregiudiziale conosciuta *incidenter tantum* coinvolge altri soggetti estranei al processo, non è necessario integrare il contraddittorio. A tal fine, può essere sufficiente la mera eccezione d'incompetenza del giudice adito, potendo da ciò desumersi una non equivoca volontà di ottenere, sulla questione pregiudiziale, una pronuncia di carattere definitivo con efficacia di giudicato.

La domanda di accertamento incidentale *ex art. 34* impone l'eventuale integrazione del contraddittorio, a differenza di quanto concerne la cognizione meramente incidentale sul rapporto pregiudiziale, la quale al contrario non richiede la necessaria partecipazione di tutti i soggetti legittimati. Tuttavia la previsione di legge o l'autonoma domanda di parte hanno l'effetto di estendere l'oggetto del giudizio alla situazione giuridica sostanziale pregiudiziale e di rendere il processo cumulato.

L'art. 34 è norma sulla connessione e presuppone la pendenza di due cause connesse per pregiudizialità-dipendenza: se la questione pregiudiziale deve essere risolta con efficacia di giudicato, una nuova causa deve essere decisa e si pone il problema di consentirne la trattazione e decisione nel medesimo processo pendente.

Al fine di consentire la trattazione contestuale di entrambe le cause, l'ordinamento predispone meccanismi di deroga ai criteri di competenza cui ciascuna di dette cause sia originariamente soggetta, in ragione della connessione per pregiudizialità-dipendenza che lega i due oggetti dell'accertamento.

In seguito all'entrata in vigore della riforma del giudice unico ed alla eliminazione dell'ufficio del pretore, le deroghe alle regole ordinarie di competenza sono oggi regolate, quanto ai criteri c.d. verticali, dall'art. 40, 6° co. e, quanto ai criteri c.d. orizzontali, dall'art. 34.

In sintesi, quando la causa pregiudiziale è di competenza, per materia o valore, del giudice originariamente adito, sia esso il tribunale ovvero il giudice di pace,

ovviamente nulla quaestio: il cumulo di entrambe le cause potrà evidentemente svolgersi dinnanzi al giudice già investito della controversia dipendente.

Potrà accadere che, sempre per ragione di materia o valore, per la causa pregiudiziale sia competente un giudice diverso da quello competente per la causa dipendente: in tal caso, l'art. 40, 6° co. codifica il principio della tendenziale prosecuzione del processo cumulato presso il tribunale. Lo stesso effetto di proroga della competenza era del resto già consentito dal testo dell'art. 34.

L'opinione dominante ritiene che la competenza territoriale prevista per la causa dipendente previamente proposta attragga a sé anche la competenza prevista dalla legge o dalle parti per la causa pregiudiziale.

Altro caso di connessione è individuato dall'art.36 cpc secondo cui: *“Il giudice competente per la causa principale conosce anche delle domande riconvenzionali che dipendono dal titolo dedotto in giudizio dall'attore o da quello che già appartiene alla causa come mezzo di eccezione, purché non eccedano la sua competenza per materia o valore; altrimenti applica le disposizioni dei due articoli precedenti.”*

La domanda riconvenzionale è la controdmanda proposta dal convenuto nei confronti dell'attore e, più in generale, la domanda proposta, in corso di processo, contro chi è già parte del giudizio: possono, così, essere ricondotte al *genus* della domanda riconvenzionale sia la *reconventio reconventionis* proveniente dall'attore, sia la domanda trasversale intercorrente tra litisconsorti passivi.

La domanda riconvenzionale si distingue dalla figura dell'eccezione riconvenzionale, mediante la quale il convenuto deduce in giudizio una situazione sostanziale nuova e diversa rispetto a quella dedotta dall'attore, ma quale mero fatto impeditivo, modificativo, estintivo, senza estendere l'ambito oggettivo del giudizio, ossia al solo fine di ottenere il rigetto della domanda della controparte, senza che sul diritto del convenuto si formi un accertamento idoneo al giudicato.

È controverso, soprattutto in dottrina, se l'art. 36 sia una norma di portata generale, volta a disciplinare i presupposti di ammissibilità della domanda riconvenzionale, ovvero una disposizione sulla sola competenza; il dubbio si riflette

sul problema della ammissibilità della domanda riconvenzionale non connessa con la domanda principale proposta dall'attore.

La questione ha assunto pratica rilevanza, tra l'altro, con riferimento alla problematica intorno all'ammissibilità della c.d. riconvenzionale compensativa, in quanto legata alla pretesa principale da un nesso di connessione meramente soggettiva .

In giurisprudenza, si ritiene ammissibile la domanda riconvenzionale non connessa, purché sia ravvisabile un collegamento obbiettivo tra le pretese, tale da giustificare il cumulo processuale, ed entrambe le domande appartengano alla competenza del medesimo giudice¹⁹. Esiste, tuttavia, anche un minoritario indirizzo contrario²⁰. La connessione, invece, è richiesta per la c.d. *reconventio reconventionis* dell'attore, che è ammissibile nei limiti in cui la sua proposizione sia giustificata dalle difese del convenuto . I medesimi principi, opportunamente adattati, valgono anche all'interno del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo.

L'eccezione riconvenzionale non amplia l'oggetto del giudizio e non provoca spostamenti di competenza.

La disposizione in commento consente il cumulo processuale tra la domanda principale dell'attore e la domanda riconvenzionale del convenuto, anche in deroga agli ordinari criteri di competenza, allorché quest'ultima dipenda dal titolo dedotto in giudizio dall'attore ovvero dal titolo dell'eccezione.

Per titolo si intende la *causa petendi* della domanda dell'attore, ovvero, secondo una concezione più ampia e generale, un fatto giuridico o un rapporto implicato dalla pretesa dell'attore, nel suo aspetto positivo ovvero anche negativo. La riconvenzionale può dunque fondarsi anche su un titolo diverso da quello posto a fondamento della domanda principale, purché essa si fondi su un titolo consequenziale alla domanda proposta dall'attore . Un tradizionale esempio dottrinale di riconvenzionale dipendente dal titolo ma non fondata sulla medesima causa

¹⁹ Cass.n. 9656/1999; Cass.n. 4696/1999; Cass.n. 9313/1997; Cass.n.. 6103/1994; Cass.n.. 4837/1994; Cass.n.. 1431/1990; Cass.n.. 2694/1988; Cass.n.. 4245/1983; Cass.n.. 2140/1980; Cass.n.. 335/1980; C.d.A. Cagliari 21.4.1989

²⁰ C.d.A. Potenza 19.2.2009

petendi, è dato dall'ipotesi in cui un proprietario convenga in giudizio il vicino per ottenere il rispetto delle distanze legali e questi riconvenga l'attore perché rispetti, a sua volta, le distanze legali.

Esempi di domanda riconvenzionale che dipende dal titolo che appartiene alla causa come mezzo di eccezione sono sicuramente la domanda con la quale il convenuto oppone in compensazione un credito di importo eccedente quello fatto valere nei suoi confronti dall'attore e chiede la condanna al pagamento della differenza (c.d. riconvenzionale compensativa); la domanda di adempimento della transazione previamente eccepita da parte dello stesso convenuto; la domanda di ripetizione dell'indebito giuridicamente dipendente da un'eccezione di pagamento di una somma superiore a quella dovuta, da parte dello stesso convenuto.

Le regole di svolgimento del cumulo processuale tra domanda principale e domanda riconvenzionale discendono dalla esatta qualificazione giuridica del nesso intercorrente tra le situazioni sostanziali che ne sono oggetto; in particolare, è necessario vedere se tra queste corra un nesso di pregiudizialità-dipendenza (come nel caso in cui chiesto dall'attore l'adempimento di un contratto, ne chiedi il convenuto, in via riconvenzionale, la risoluzione), di incompatibilità (come nel caso di contrapposte pretese, l'una dedotta in via principale, l'altra in via riconvenzionale, di accertamento della proprietà dello stesso bene nella medesima unità di tempo) ovvero di compatibilità (come nel caso in cui entrambe le domande, principale e riconvenzionale, si fondino su un titolo non contestato: ad esempio, domanda di consegna del bene compravenduto e riconvenzionale di pagamento del prezzo).

Le deroghe alla competenza verticale, anche in caso di domanda riconvenzionale, sono oggi disciplinate, nei rapporti tra giudice di pace e tribunale, dall'art. 40, 6° e 7° co. L'art. 40 ha recepito la regola dello svolgimento del processo simultaneo presso il giudice superiore, che era già applicabile sulla base del tenore letterale della norma dell'art. 36 che ora resta a disciplinare la deroga alla competenza territoriale.

In sostanza, quando la competenza per la domanda principale e per la domanda riconvenzionale sia distribuita tra il giudice di pace e il tribunale, il cumulo processuale sarà realizzabile presso tale ultimo ufficio, a prescindere da quale dei due giudici sia originariamente competente per la domanda principale.

È opinione comune che se competente sulla causa riconvenzionale, per ragioni di materia o valore, è un giudice superiore, l'intera causa deve essere rimessa a quest'ultimo, in forza del rinvio all'art. 34.

Già sotto l'imperio della disciplina dell'art. 36, si discuteva se la rimessione al giudice superiore, possibile in base al richiamo della regola contenuta nell'art. 34, fosse sempre applicabile in tema di domanda riconvenzionale, a prescindere dal nesso di connessione intercorrente tra le pretese ovvero nei soli casi di riconvenzionale connessa per pregiudizialità-dipendenza. Allo stesso modo, la questione si può porre oggi: è necessario vedere se l'art. 40, 6° e 7° co., richiamando l'art. 36, intende riferirsi a tutte le forme di riconvenzionale ovvero soltanto ai casi in cui, tra domanda riconvenzionale e domanda principale, intercorra un nesso di subordinazione.

Allorché la domanda riconvenzionale spetti alla competenza di un giudice superiore e la domanda principale rientri nella competenza per materia o funzionale del giudice previamente adito, non è possibile realizzare il processo simultaneo e il giudice deve ordinare la separazione delle cause.

Secondo l'opinione corrente in giurisprudenza, non è realizzabile il processo simultaneo, quando vi si opponga una competenza per materia o funzionale: ad esempio, adito il giudice di pace con una domanda principale rientrante nella sua competenza per materia (domanda relativa al rispetto delle distanze legale nella piantagione di alberi) e proposta una domanda riconvenzionale eccedente la sua competenza per materia o per valore (accertamento dei confini fra i due fondi e condanna al risarcimento di danni cagionati da lavori di scavo e sbancamento eseguiti dall'attore), il giudice di pace è tenuto, non operando la *translatio iudicii* ex art. 36, a separare le cause e trattenere presso di sé la sola domanda principale.

Particolarmente travagliata, in giurisprudenza, è la questione relativa alle conseguenze processuali della situazione in cui sia proposta, con l'atto di opposizione a decreto ingiuntivo, una domanda riconvenzionale eccedente la competenza del giudice della causa di opposizione; secondo un primo orientamento, che si può definire tradizionale, la competenza del giudice dell'opposizione a decreto ingiuntivo è di tipo funzionale e non derogabile per ragioni di connessione, talché, nella situazione sopra descritta, il giudice deve separare le cause e trattenere a sé soltanto la domanda di opposizione al decreto²¹. Nella prima metà degli anni Novanta, si è formato un indirizzo favorevole alla realizzazione del cumulo processuale, argomentando dalla modifica dell'art. 38²², ovvero dal testo del nuovo art. 40, 6° co.²³.

L'art. 36 consente, in via implicita, la deroga alla competenza territoriale derogabile prevista, a favore di un giudice diverso da quello adito dall'attore, per la domanda riconvenzionale.

Nel caso in cui per la domanda proposta in via riconvenzionale sia prevista una competenza territoriale inderogabile, l'esigenza di realizzare il processo simultaneo delle pretese spinge a ritenere che tale competenza attragga a sé quella prevista per la domanda principale.

Altre pronunce hanno affermato che anche la competenza territoriale inderogabile può essere "derogata" per ragioni di connessione: infatti, l'inderogabilità territoriale ha la funzione di eliminare ogni potere di scelta delle parti, ma non esclude che possano configurarsi eccezioni poste dalla stessa legge, quando motivi di connessione fra più domande le rendono opportune, quale è appunto quella prevista dall'art. 36, secondo cui il foro della domanda principale attrae quello della riconvenzionale, con esclusione delle cause che rientrano nella competenza per

²¹ Cass. n.13204/1999; Cass.n. 6788/1995

²² Cass.n 6531/1993; Cass.n. 3653/1991

²³ G.d.P. Firenze 2.8.1997

materia e per valore – ma non anche di quella territoriale inderogabile – di altro giudice²⁴.

La proposizione ad un giudice territorialmente incompetente sulla domanda attorea di una domanda riconvenzionale rientrante nella competenza territoriale di quel giudice, vale quale rinuncia all'eccezione di incompetenza e radica l'intera lite in quel foro²⁵.

Non ricorre una deroga alla competenza territoriale per ragioni di connessione, allorché sia prevista una clausola contrattuale contenente la determinazione di un foro convenzionale, quando la domanda riconvenzionale si fondi sul medesimo titolo contrattuale²⁶.

Allorché debba essere ordinata la rimessione al giudice superiore di entrambe le domande (ossia, allorché adito dall'attore il giudice di pace, il convenuto proponga una domanda riconvenzionale di competenza del tribunale), al giudice è data l'alternativa tra la rimessione totale della causa e la possibilità di trattenere la domanda principale presso di sé e rimettere al tribunale la sola domanda riconvenzionale.

In tale ultimo caso, il giudice emette sentenza sulla domanda principale e dispone la riassunzione del giudizio, con riferimento alla domanda riconvenzionale, di fronte al giudice superiore competente.

La sentenza parziale sulla domanda principale è ritenuta generalmente come una ipotesi di condanna con riserva. Essa è ammissibile soltanto allorché la domanda riconvenzionale, contestualmente rimessa alla cognizione di un giudice superiore, abbia ad oggetto un diritto incompatibile con l'oggetto della domanda principale, dotato «di valore (indirettamente) estintivo – impeditivo – modificativo del diritto fatto valere dall'attore»; la medesima facoltà è esclusa, viceversa, quando la domanda riconvenzionale si fondi sul medesimo titolo posto a fondamento della propria

²⁴ Cass. n.7572/2000; Cass.n. 6103/1994; Cass.n. 7331/1990; C.d.App.Firenze 1.10.1979; Trib. Milano 7.11.1985

²⁵ Trib. Milano 31.10.1996

²⁶ Trib. Milano 27.1.1992

domanda anche dall'attore, ossia quando l'accertamento del fondamento della domanda riconvenzionale sia tale «da implicare un giudizio in ordine all'esistenza e/o efficacia dei fatti costitutivi del diritto d'autore»; allorché tra la domanda principale e la domanda riconvenzionale intercorra un nesso di compatibilità (come quando entrambe si fondino su un medesimo titolo non contestato), il giudice ha senz'altro facoltà di emettere una sentenza parzialmente definitiva sulla domanda principale, rimettendo al giudice ordinariamente competente la domanda riconvenzionale; non si può, tuttavia, parlare in questo caso di una sentenza di condanna con riserva delle eccezioni, che sarebbe priva di significato.

Secondo una parte della dottrina, non si può procedere a condanna con riserva delle eccezioni neppure quando la domanda principale si atteggi come pregiudiziale rispetto alla domanda riconvenzionale (ad esempio, domanda principale di risoluzione del contratto e domanda riconvenzionale di adempimento), poiché il convenuto, con la domanda de qua, non deduce alcun fatto (-diritto) della situazione di cui si afferma titolare l'attore e l'art. 35 consente l'emissione della condanna con riserva soltanto a favore dell'attore. La condanna con riserva, ai sensi dell'art. 35, può essere pronunciata allorché la pretesa dell'attore si fondi su un titolo non controverso o facilmente accertabile. Si ha titolo non controverso, quando il convenuto abbia non contestato o ammesso i fatti costitutivi del diritto dell'attore; il titolo facilmente accertabile, viceversa, data la natura e la funzione della sentenza di condanna con riserva delle eccezioni, ricorre quando sia raggiunta la piena prova dei fatti costitutivi del diritto dell'attore, il quale sia stato però contestato dal convenuto. La valutazione della raggiunta prova dei fatti costitutivi del diritto dell'attore, potrà fondarsi soltanto su prove costituite o documentali. Se il giudice, trattenuta la sola domanda principale per la decisione separata, si convince della mancata ricorrenza dei presupposti di facile accertabilità della stessa, deve rimettere tale domanda al giudice superiore competente per la riconvenzionale.

In presenza di domanda riconvenzionale che ecceda, per materia o valore, la competenza del giudice adito con la domanda principale, la trasmigrazione di tutta la

causa al giudice competente per la riconvenzionale stessa si impone, ai sensi del combinato disposto degli artt. 34 e 36, solo ove quest'ultima implichi la soluzione di una questione pregiudiziale da risolvere con efficacia di giudicato, mentre nell'opposta ipotesi opera il disposto dell'art. 35 stesso codice, con la conseguenza che la scelta fra lo svolgimento del *simultaneus processus* davanti al giudice di superiore competenza e la rimessione ad esso della sola causa sulla domanda riconvenzionale risponde ad una valutazione discrezionale del giudice a quo e si estrinseca in una pronuncia di contenuto ordinatorio, che non costituisce decisione sulla competenza e non è, pertanto, suscettibile di impugnazione attraverso il regolamento²⁷. La stessa impostazione è condivisa dalla dottrina.

La decisione del giudice intorno all'alternativa tra la separazione delle cause (e rimessione al giudice superiore della sola domanda riconvenzionale) e la rimessione di entrambe al giudice superiore implica un apprezzamento discrezionale, sindacabile in Cassazione nel solo caso in cui esso avvenga per ragioni estranee alla considerazione della controvertibilità o facile accertabilità della domanda principale, mentre il convincimento sulla concreta ricorrenza di tali presupposti è incensurabile. In ogni caso, la rimessione di entrambe le cause al giudice superiore è necessaria quando la domanda riconvenzionale implichi la soluzione di una questione pregiudiziale da decidere con efficacia di giudicato. Invece non implica la risoluzione di una questione pregiudiziale la domanda riconvenzionale avente ad oggetto il rilascio di un fondo e il risarcimento del danno, proposta dal convenuto in quanto titolare del diritto di proprietà per successione ereditaria, a fronte di una domanda principale di accertamento della proprietà sul fondo stesso per intervenuta usucapione.

2 L'art. 40

²⁷ Cass.n. 817/1993

La connessione è espressamente nominata nella rubrica dell'art. 40 c.p.c., dunque l'interprete potrebbe ritenere di trovare in quella disposizione una definizione dell'istituto, ma così non è. In primo luogo si constata che la disposizione si colloca nel L I TI Sezione relativa all'incompetenza. La disposizione prevede che : *“Se sono proposte davanti a giudici diversi più cause le quali, per ragione di connessione, possono essere decise in un solo processo, il giudice fissa con ordinanza alle parti un termine perentorio per la riassunzione della causa accessoria, davanti al giudice della causa principale, e negli altri casi davanti a quello preventivamente adito. La connessione non può essere eccepita dalle parti né rilevata d'ufficio dopo la prima udienza, e la rimessione non può essere ordinata quando lo stato della causa principale o preventivamente proposta non consente l'esauriente trattazione e decisione delle cause connesse. Nei casi previsti negli articoli 31, 32, 34, 35 e 36, le cause, cumulativamente proposte o successivamente riunite, debbono essere trattate e decise col rito ordinario, salva l'applicazione del solo rito speciale quando una di tali cause rientri fra quelle indicate negli articoli 409 e 442.*

Qualora le cause connesse siano assoggettate a differenti riti speciali debbono essere trattate e decise col rito previsto per quella tra esse in ragione della quale viene determinata la competenza o, in subordine, col rito previsto per la causa di maggior valore. Se la causa è stata trattata con un rito diverso da quello divenuto applicabile ai sensi del terzo comma, il giudice provvede a norma degli articoli 426, 427 e 439. Se una causa di competenza del giudice di pace sia connessa per i motivi di cui agli articoli 31, 32, 34, 35 e 36 con altra causa di competenza [del pretore o] del tribunale, le relative domande possono essere proposte innanzi [al pretore o] al tribunale affinché siano decise nello stesso processo. Se le cause connesse ai sensi del sesto comma sono proposte davanti al giudice di pace e [al pretore o] al tribunale, il giudice di pace deve pronunciare anche d'ufficio la connessione a favore [del pretore o] del tribunale.”

L'art. 40 contiene una serie di norme che operano su piani anche sensibilmente

differenti. Alcune regolano la possibilità di ottenere la trattazione congiunta di più cause connesse, anche in deroga alle regole stabilite dal codice, per ciascuna di esse, in tema di competenza e rito applicabile. Altre forniscono la disciplina generale dell'istituto della riunione delle cause separatamente pendenti presso uffici giudiziari diversi (istituto che si trova disciplinato anche in altre disposizioni sparse e neppure tutte contenute nel codice di procedura civile: si pensi agli artt. 274 c.p.c., 151 disp. att. c.p.c., 2378 c.c.). L'elemento unificante della disposizione in commento è costituito dall'essere ormai la norma fondamentale, alla cui luce è possibile ricostruire gli aspetti dinamici della disciplina della connessione tra cause.

L'istituto della riunione delle cause costituisce un fondamentale strumento di realizzazione successiva del processo simultaneo. In particolare il giudice, su iniziativa delle parti o anche d'ufficio, ha il potere di disporre, da un certo momento in poi, la trattazione congiunta e contestuale di più cause tra loro connesse, fino a quel punto pendenti di fronte ad uffici giudiziari diversi. L'esistenza di un potere d'ufficio del giudice di rilevare la connessione indica che la riunione ha finalità di natura essenzialmente pubblicistiche. In particolare, la riunione garantisce la trattazione contestuale di più cause in vario modo connesse e quindi consente il raggiungimento degli obiettivi di economia processuale e di coordinamento degli accertamenti, attraverso attività congiunta di trattazione, istruzione e decisione delle controversie. A seguito della riunione però le cause mantengono intatta la propria autonomia²⁸.

Le tipologie di connessione sono molteplici e vengono tradizionalmente descritte dalla dottrina utilizzando i criteri soggettivi ed oggettivi di identificazione delle azioni: *personae*, *causa petendi* e *petitum*. Esistono ipotesi di connessione meramente soggettiva, ove le controversie hanno in comune soltanto i soggetti ed

²⁸ Il principio di autonomia delle cause riunite è pacifico anche in giurisprudenza. Tra le altre Cass. 2425/1988.

ipotesi di connessione oggettiva o propria, ove il nesso intercorre tra le diverse *causae petendi* o in relazione ai diversi *petita* delle rispettive azioni; esistono, infine, svariate forme di connessione oggettiva di differente intensità (si pensi alla relazione di incompatibilità, di pregiudizialità-dipendenza, alla connessione per identità di questioni da risolvere ecc.).

L'art. 40, nel disciplinare la riunione, non definisce il concetto di connessione, lasciando che esso venga ricavato dalla lettera di altre disposizioni del codice di procedura civile (in particolare, dagli artt. 31 ss., nonché dagli artt. 103, 104). È tuttavia opinione comune che l'art. 40 intende richiamare e fornire disciplina a qualsiasi forma di connessione oggettiva o propria, con la sola esclusione delle ipotesi di connessione meramente soggettiva e di connessione impropria per identità di questioni, per le quali non sarebbe ravvisabile un interesse dell'ordinamento alla formazione congiunta degli accertamenti.

Come di recente ribadito anche dalla giurisprudenza di merito (cfr. T. Milano 27.7.2010), l'art. 40, nel testo novellato dalla L. 26.11.1990, n. 353, consente il cumulo nello stesso processo di domande soggette a riti diversi esclusivamente in presenza di ipotesi qualificate di connessione c.d. "per subordinazione" o "forte", escludendo la possibilità di proporre più domande connesse soggettivamente ai sensi dell'art. 33 o dell'art. 103 e soggette a riti diversi.

Del medesimo avviso è la giurisprudenza²⁹, che ha escluso, ad esempio, la riunione di due cause risarcitorie originate da uno stesso incidente stradale, proposte dai due danneggiati nei confronti dell'autore materiale del fatto nonché della sua compagnia di assicurazione, in quanto connesse unicamente sotto il profilo soggettivo.

Come abbiamo accennato, tuttavia, la disposizione in commento, in punto di tipologie di connessione, discrimina: nel disciplinare, da un lato, le proroghe alla

²⁹ Cass. n. 15302/2004

disciplina sul rito applicabile e, dall'altro lato, i rapporti tra gli uffici del giudice di pace e del tribunale, fa espresso rinvio alle sole ipotesi di connessione previste dagli artt. 31, 32, 34, 35, 36, 3° , 6° e 7° co. Alla luce di tale rinvio espresso (che lascia fuori, ad esempio, la connessione semplice prevista dagli artt. 33, 103), il legislatore ha senz'altro recepito, a livello normativo, la classificazione, di origine dottrinale, delle ipotesi di connessione nelle due categorie della connessione per subordinazione e della connessione per coordinazione, fornendo una disciplina in grado di facilitare la possibilità di addivenire alla trattazione simultanea delle cause, per le sole ipotesi di connessione per subordinazione.

Nella categoria della connessione per subordinazione (nella quale senza dubbio sono riconducibili le figure disciplinate dagli artt. 31, 32, 34, 35, 36, cui l'art. 40 fa espresso rinvio), vengono ricondotte le forme c.d. forti di collegamento fra cause, per le quali l'esigenza di scongiurare conflitti fra accertamenti particolarmente gravi, spinge l'ordinamento a favorire la realizzazione del processo simultaneo. Le principali figure di subordinazione sono costituite dal nesso di pregiudizialità-dipendenza e dal nesso di incompatibilità fra rapporti sostanziali; nella categoria generale della subordinazione, secondo una parte della dottrina, possono essere ricondotte tutte le figure di collegamento fra rapporti giuridici, che siano in grado di condurre ad episodi di conflitti logici o pratici di giudicati (si pensi alla connessione per identità di *petitum* e *causa petendi* intercorrente tra due cause aventi ad oggetto entrambe la medesima situazione sostanziale plurisoggettiva).

La giurisprudenza è solita ricondurre le ipotesi in cui siano contemporaneamente pendenti due giudizi aventi ad oggetto contrapposte pretese tra loro giuridicamente incompatibili al fenomeno della connessione, con conseguente applicazione dell'art. 40: si pensi al caso in cui sia operata la riunione di due giudizi aventi ad oggetto, l'uno, la legittimità del recesso dal contratto per altrui inadempimento e la conseguente domanda risarcitoria; l'altro, l'accertamento dell'illegittimità del recesso della controparte e la conseguente domanda risarcitoria ;

allo stesso modo, viene ricondotto al caso della connessione per pregiudizialità negativa (incompatibilità), la relazione tra le controversie che due soggetti rimasti danneggiati, nella qualità di proprietari o trasportati, dei veicoli coinvolti, introducano davanti a diversi giudici ognuno nei confronti degli altri e dei rispettivi assicuratori, addebitandosi a vicenda la responsabilità esclusiva per la causazione del sinistro.

Nella categoria della connessione per coordinazione vengono ricondotte tutte le forme deboli di collegamento fra cause, rispetto alle quali l'accertamento uniforme risponde essenzialmente ad esigenze di economia processuale. In particolare, rientrano in tale categoria la connessione per identità anche parziale del fatto costitutivo e la connessione per identità di questioni da risolvere. Anche in tali ipotesi, è indubbiamente rinvenibile un interesse dell'ordinamento al coordinamento delle decisioni aventi ad oggetto controversie con elementi comuni, onde evitare «conflitti tra motivazioni»; si tratta, tuttavia, di un'esigenza che può essere derogata, nel caso concreto, nel bilanciamento con altre esigenze, quale, ad esempio, quella di celerità dei procedimenti .

Sulla tesi, ormai maggioritaria, secondo cui, alla luce della distinzione recepita dal legislatore cui si è fatto ora riferimento, è giustificata una lettura differenziata delle norme contenute nel testo dell'art. 40 in tema di riunione.

I primi due commi dell'art. 40 contengono, dopo gli interventi di riforma succedutisi nel corso degli anni Novanta, la disciplina comune e residuale della riunione tra cause. Il 1° co. prevede che la riunione delle cause è disposta dal giudice della causa accessoria o, in tutti gli altri casi, dal giudice della causa successivamente instaurata, mediante sentenza, con la quale è fissato un termine per la riassunzione della causa di fronte al giudice della causa principale o, nei restanti casi, di fronte al giudice preventivamente adito.

Il provvedimento che dispone la riunione presuppone il rilievo dell'esistenza di un nesso di connessione tra le cause separatamente pendenti. Tale rilievo può

avvenire su istanza di parte ovvero anche officiosamente, quando la pendenza di altra causa connessa presso un diverso giudice emerga dagli atti del processo .

Il rilievo officioso della connessione è operato dal giudice mediante l'emissione di un'ordinanza, con la quale si dispone la precisazione delle conclusioni ovvero si stimola il contraddittorio sui presupposti della connessione

Secondo la giurisprudenza, l'eccezione di incompetenza per ragioni di connessione deve tuttavia contenere la manifestazione di volontà di ottenere uno spostamento di competenza e non può ritenersi implicita in un'istanza di sospensione del processo ai sensi dell'art. 295.

In seguito alla riforma introdotta dalla L. 18.6.2009, n. 69, la connessione è dichiarata dal giudice, non più con sentenza, ma con ordinanza, la quale, more solito, fissa il termine perentorio per la riassunzione della causa di fronte al giudice del processo simultaneo. Anche l'ordinanza è impugnabile con regolamento di competenza ai sensi dell'art. 42.

Quando la connessione sia pronunciata dal giudice di pace, il relativo provvedimento non è impugnabile con il regolamento di competenza, giusta il disposto dell'art. 46.

Rimane insindacabile l'apprezzamento compiuto dal giudice intorno alla opportunità della riunione delle cause nel caso concreto, trattandosi di valutazione discrezionale non controllabile dal giudice superiore.

Nonostante la riforma dell'art. 38 (L. 18.6.2009, n. 69), il 2° co. della disposizione in esame continua a porre un limite preclusivo al rilievo (anche officioso) della connessione e, quindi, alla possibilità per il giudice di disporre la riunione delle cause, al momento della chiusura della prima udienza (si tratta della prima udienza di trattazione ex art. 183.

A tale limite temporale, la disposizione aggiunge un ulteriore limite esterno al potere discrezionale del giudice di disporre la riunione delle cause, costituito dal divieto di riunire le cause quando lo stato della causa principale o preventivamente

proposta non consente l'esauriente trattazione e decisione delle cause connesse.

Secondo l'opinione maggioritaria, con il suddetto limite, nonostante la non agevole lettera della norma, si intende impedire la riunione delle cause quando essa finisca, pendendo le cause in differenti stadi di avanzamento (l'una ancora da istruire e l'altra già istruita), per costituire intralcio per la definizione di una di esse (ossia, generalmente, per quella in fase più avanzata, magari già matura per la decisione).

Anche la giurisprudenza ritiene che la riunione non possa essere disposta allorché essa risulti troppo gravosa, o comporti un eccessivo ritardo per il processo in corso.

È pacifico che non possa aversi riunione fra cause pendenti in gradi diversi.

Secondo la dottrina più recente, la disposizione dell'art. 40, 2° co., e, più in generale, i limiti al potere giudiziale di disporre la riunione delle cause, debbono trovare differente applicazione a seconda del tipo di nesso di connessione involgente le cause separatamente pendenti, nel caso concreto.

In particolare, allorché tra le cause pendenti di fronte a giudici diversi sia ravvisabile un nesso di subordinazione, l'esigenza di pervenire alla trattazione congiunta delle cause impone di ritenere non operanti i limiti previsti dall'art. 40, 2° co. In particolare, la riunione deve essere in tal caso disposta in ogni tempo prima della decisione, anche nell'ipotesi di cause che si trovino in situazione di avanzamento sensibilmente differente; si suole parlare, in queste ipotesi, di riunione necessaria. In tal modo, il limite della prima udienza per il rilievo della connessione, nonché il limite del diverso avanzamento delle cause separatamente pendenti, finiscono per essere operativi soltanto con riferimento alle residue ipotesi di connessione, riconducibili alla categoria generale della coordinazione.

Con la riforma del 1990, è caduto uno dei principali limiti alla possibilità di realizzazione del cumulo processuale (anche, ma non solo) per via di riunione delle cause: il fatto che le cause separatamente pendenti, pur connesse anche in modo intenso, fossero soggette a riti differenti, era considerato alla stregua di un limite

insuperabile alla trattazione congiunta di entrambe le controversie.

L'art. 40, 3°, 4° e 5° co. (introdotto dall'art. 5, L. 26.11.1990, n. 353) prevede ora una serie di regole per la determinazione del rito unitariamente applicabile al processo simultaneo, quando le cause in esso accorpate siano originariamente soggette a riti differenti. Il legislatore ha tuttavia inteso superare l'ostacolo della diversità dei riti, soltanto con riguardo alle forme più forti di connessione fra le cause, in modo da garantire e facilitare, in tali ipotesi, la realizzazione del cumulo processuale. L'art. 40, 3° co., rinvia infatti ai casi previsti dagli artt. 31, 32, 34, 35, 36, ossia alle più frequenti ipotesi di connessione forte o per subordinazione previste dal codice di rito ; per una parte della dottrina, alla luce della ratio della riforma, tale elenco di disposizioni, nonché le forme di connessione in esse richiamate, non devono essere intese in senso tassativo, dovendovi essere ricompresa qualsiasi forma di connessione che possa farsi rientrare nella categoria sopra vista della subordinazione.

In tutte le residue forme di connessione per coordinazione, la diversità del rito continua a costituire un ostacolo alla realizzazione del processo simultaneo.

In giurisprudenza, si ammette il cumulo processuale di domande soggette a riti diversi, allorché ricorrano gli schemi di connessione previsti dagli artt. 31, 32, 34, 35, 36³⁰.

In giurisprudenza, è stata esclusa la possibilità di realizzare il processo simultaneo tra l'azione di divorzio soggetta al rito camerale speciale e l'azione volta a tutelare la proprietà di alcuni beni immobili, sul presupposto che le fattispecie di cumulo soggettivo (art. 33) ed oggettivo (art. 104) di domande – espressioni della c.d. connessione per coordinazione, in cui la trattazione simultanea dipende dalla sola volontà delle parti e la separazione delle cause è sempre possibile, con l'unico rischio di una contraddizione tra giudicati – non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 40, 3° co., come introdotto dalla L. 26.11.1990, n. 353, non essendo consentito che il

³⁰ Trib. Genova 4.9.2007

mutamento del rito, imposto da detta norma, sia conseguenza di una mera scelta dell'attore con riferimento a cause non connesse o non collegate da rapporti di evidente subordinazione, in caso opposto restando vulnerato il principio del giudice naturale precostituito per legge, di cui all'art. 25 Cost. Allo stesso modo, si è negata l'esistenza di un nesso di connessione in grado di giustificare la riunione tra la domanda principale di separazione e la domanda di risarcimento dei danni cagionati dall'altro coniuge per la cessazione del vincolo matrimoniale, quest'ultima essendo da trattare in separato procedimento soggetto a rito ordinario.

La mancanza di una connessione idonea a consentire il processo simultaneo può essere eccepita dalle parti o rilevata dal giudice oltre prima udienza, in analogia con quanto disposto dall'art. 40, 2° co., e non può essere eccepita per la prima volta in appello.

Le disposizioni contenute nel 3°, 4° e 5° co. dell'articolo in commento contengono una normativa di portata generale: esse prevedono una serie di criteri per la determinazione del rito applicabile al processo simultaneo, nel caso in cui ciascuna causa cumulata sia originariamente soggetta a riti differenti, utilizzabili a prescindere dalle concrete modalità di realizzazione del cumulo, siano cioè le cause «cumulativamente proposte o successivamente riunite».

La nozione di rito presupposta dall'art. 40 concerne le differenti forme di processo a cognizione piena ed esauriente. Devono essere esclusi dall'area di applicazione della norma in esame i procedimenti cautelari o sommari ovvero le fasi sommarie dei processi a cognizione piena. Accanto al rito ordinario disciplinato dal Libro II del codice di rito, quali esempi di riti speciali ai sensi e per gli effetti della norma in commento, possono elencarsi, oltre al rito del lavoro, il rito delle locazioni ex art. 447 bis; il rito in materia agraria ex art. 47, L. 3.5.1982, n. 203 e art. 9, L. 14.2.1990, n. 29; il rito in materia elettorale; il rito in materia di opposizione alle sanzioni amministrative ex art. 23, L. 24.11.1981, n. 689 e il rito camerale contenzioso su controversie concernenti diritti soggettivi. La dottrina esclude dal

novero dei riti speciali il processo in cui la decisione avviene secondo equità, poiché non di rito speciale si tratta ma di speciale criterio di giudizio. Secondo una parte della dottrina, non costituiscono veri e propri riti speciali neppure le versioni gemmate dei riti principali, in quanto più correttamente esse rappresentano semplici varianti di un modello fondamentale di processo che viene rispettato: si pensi alle regole speciali applicabili nel processo di fronte al giudice di pace od anche al rito delle locazioni rispetto al contiguo rito del lavoro.

Le norme sul rito applicabile al processo simultaneo contenute nella disposizione in commento riguardano i riti a cognizione piena e non i riti sommari la cui decisione sia soggetta a riesame con rito ordinario pieno su iniziativa di parte e che si prospettano come fasi di un giudizio unitario.

Venendo ai criteri di determinazione del rito applicabile, la norma in commento prevede una regola generale di prevalenza del rito ordinario sui riti speciali, con la sola eccezione del rito del lavoro, quando la causa ad esso originariamente soggetta rientri fra quelle indicate negli artt. 409, 442, ossia si tratti una causa di lavoro o previdenziale in senso stretto. Il presupposto della realizzazione del processo simultaneo con applicazione di un unico rito risiede comunque nel fatto che entrambe le controversie siano soggette agli stessi criteri di competenza per materia. Nello stesso senso, la giurisprudenza³¹.

L'art. 40 non si applica al procedimento di verifica del passivo fallimentare, in virtù della natura «speciale, esclusiva e peculiare» del rito fallimentare; ne consegue che, in caso di domanda riconvenzionale avente ad oggetto l'accertamento di un credito verso il fallimento, proposta dalla parte convenuta dal curatore, in sede ordinaria, per il recupero di un credito del fallimento, non è possibile il cumulo processuale delle pretese di fronte al giudice fallimentare³². La

³¹ C.d.App. Caltanissetta 31.3.2008

³² Cass. S.U., 21499/2004. Le Sezioni Unite, risolvendo un contrasto giurisprudenziale formatosi recentemente, hanno precisato che, in tal caso, la domanda riconvenzionale del convenuto deve ritenersi inammissibile, mentre alcune precedenti pronunzie hanno optato per la tesi della separazione delle cause e per la rimessione della sola domanda riconvenzionale di fronte al giudice fallimentare (ad esempio, C. 148/2003; C. 10692/2000; T. Roma 21.5.1985)

giurisprudenza tradizionale riteneva, viceversa, che il giudice originariamente adito dal curatore dovesse rimettere entrambe le controversie di fronte al giudice fallimentare, salvo il caso che fosse proposta dal convenuto una semplice eccezione di compensazione³³.

Anche le recenti richiamate Sezioni Unite confermano, in ogni caso, la possibilità del convenuto di paralizzare la domanda della curatela in via di eccezione di compensazione, salva restando la necessità di adire la sede fallimentare per la domanda avente ad oggetto l'eventuale eccedenza del credito.

La dottrina è concorde nel negare l'applicabilità dell'art. 40 al procedimento di verifica del passivo fallimentare, in quanto quest'ultimo rappresenta non un mero rito alternativo a quello ordinario, ma un vero e proprio giudizio speciale sottratto alla disciplina delle deroghe al rito per ragioni di connessione; nulla esclude che possa giungersi alla trattazione congiunta delle controversie una volta che la fase speciale di verifica sia seguita dal giudizio di opposizione allo stato passivo, salvo, ovviamente, che lo impedisca, ex art. 36, la previsione di competenze inderogabili per ciascuna delle due cause.

Quando le controversie siano soggette a differenti riti speciali e il processo simultaneo potrà avvenire con il rito previsto per quella tra esse in ragione della quale viene determinata la competenza o, in subordine, allorché le cause siano originariamente di competenza del medesimo giudice, con il rito previsto per la causa di maggior valore ; il primo criterio di individuazione del rito applicabile fa riferimento alla causa che avrebbe determinato l'attrazione dell'altra, se quest'ultima non fosse rientrata, di per sé, nella competenza della prima (es. la causa principale, la causa di molestia, ecc.). Il criterio del maggior valore riguarda le ipotesi in cui non c'è una domanda di per sé, ossia per le sue caratteristiche, in grado di esercitare in astratto la *vis attractiva* nei confronti delle altre (ossia nei casi disciplinati dagli artt. 34, 35, 36) .

³³ Cass.n. 998/1982

Per i mutamenti del rito conseguenti alla realizzazione successiva del processo simultaneo, l'art. 40 richiama espressamente le disposizioni degli artt. 426, 427, 439, al cui commento si rinvia. L'utilizzazione del rito scorretto non costituisce un vizio di un presupposto processuale e non determina l'automatica invalidità degli atti compiuti con il rito sbagliato.

Con l'entrata in vigore del rito riformato, in virtù della norma transitoria che lasciava soggetti alla previgente normativa i processi pendenti alla data del 30.4.1995, si è posto il problema di determinare il rito applicabile in caso di riunione delle cause, l'una soggetta al vecchio rito e l'altra al nuovo: alcune pronunce, nel silenzio della legge, hanno ritenuto applicabile la regola disciplinata dall'art. 40, 4° co. (rapporto tra differenti riti speciali) o, in subordine, il rito del processo instaurato preventivamente³⁴; altre pronunce hanno ritenuto che la trattazione congiunta delle controversie dovesse avvenire senz'altro secondo il vecchio rito, in virtù del principio della prevenzione³⁵; altre pronunce, infine, hanno recisamente negato la possibilità del processo simultaneo tra cause soggette al vecchio e al nuovo rito³⁶.

Analogo problema si pone ora con riferimento all'entrata in vigore del nuovo processo societario, poiché i processi pendenti al 1° gennaio 2004 rimangono soggetti al vecchio rito ordinario: in caso di riunione successiva di cause, alcune delle quali soggette al vecchio rito ed altre al nuovo, prevale la tesi secondo cui deve ritenersi prevalente il rito del processo nel quale l'uno dei due processi confluisce.

In giurisprudenza, sul punto, si segnala un solo precedente edito. In fattispecie di responsabilità extracontrattuale da sinistro stradale, non rientra nell'ambito applicativo dell'art. 3, L. 21.2.2006, n. 102, la domanda risarcitoria per danni all'autovettura, non trattandosi di danno conseguente a morte o lesioni. Conseguente che, ove una simile domanda risulti cumulata, ai sensi dell'art. 104, ad altra di risarcimento del danno derivante da morte o lesione, soggetta come tale a rito del

³⁴ Trib. Alba 28.4.1997

³⁵ Trib. Nola 28.1.1997; Trib. Trani 15.5.1996

³⁶ Trib. Bari 28.12.1995

lavoro, deve trovare applicazione l'art. 40, 3° co., in ordine alla prevalenza, per tutte le domande, del rito ordinario ³⁷.

Con l'art. 54, L. 18.6.2009, n. 69, recante la «delega al governo per la riduzione e semplificazione dei procedimenti civili», il rito societario è stato abrogato. Di conseguenza, il discorso relativo ai rapporti tra il rito societario e gli altri riti previsti dall'ordinamento processuale conserva valore soltanto per il periodo transitorio: l'art. 54 citato, infatti, dispone che proseguano con il rito societario le controversie già pendenti alla data di entrata in vigore della L. 18.6.2009, n. 69 (4 luglio 2009).

Nei rapporti tra il rito societario e gli altri riti previsti dall'ordinamento opera la norma in commento. Infatti, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per difetto di delega, dell'art. 1, 1° co., D.Lgs. 17.1.2003, n. 5 limitatamente alle parole «incluse quelle connesse a norma degli artt. 31, 32, 33, 34, 35, 36 c.p.c.», con l'effetto di assoggettare i rapporti tra le cause soggette (nel periodo transitorio) al rito societario e quelle soggette ai diversi riti delle disposizioni generali contenute nell'art. 40³⁸.

In precedenza, doveva ritenersi che le disposizioni sulla determinazione del rito applicabile ai processi simultanei dovessero essere integrate con le previsioni concernenti il nuovo rito speciale societario. L'art. 1, 1° co., D.Lgs. 17.1.2003, n. 5, infatti, riservava l'applicazione del rito societario ad una serie di materie elencate espressamente, disponendone l'estensione a tutte le controversie connesse a norma degli artt. 31, 32, 33, 34, 35, 36.

A riguardo, si era sostenuta l'applicazione del nuovo rito societario a tutte le cause connesse e cumulate nel medesimo processo, con quella originariamente sottoposta al nuovo rito per ragioni di materia. Balzava allora immediatamente agli occhi (giustificato probabilmente da ragioni di "promozione" del nuovo rito, destinato com'era ad anticipare quella che avrebbe dovuto essere una più generale riforma dell'ordinamento processuale civile) che il legislatore del 2003 era andato in

³⁷ Trib Lucca 11.1.2007

³⁸ C. Cost. 28.3.2008, n. 71

controtendenza rispetto a quello del 1990, poiché aveva previsto la possibilità di realizzare il processo simultaneo, con prevalenza del rito speciale societario, in ogni ipotesi di connessione, comprese le forme deboli di collegamento fra cause previste dall'art. 33, cui la norma in commento fa espresso rinvio; si tratta, come noto, delle ipotesi di connessione per l'oggetto o per il titolo, le quali, ove intercorrenti tra una pluralità di soggetti, possono dare luogo a litisconsorzio facoltativo proprio.

Si era osservato che l'art. 1, 1° co., D.Lgs. 17.1.2003, n. 5, prevedendo una regola generale e senza eccezioni di estensione del rito societario, aveva sancito un principio di prevalenza del rito societario su qualsiasi altro rito vigente, ordinario o speciale; il problema si era posto, in particolare, con riferimento al rapporto tra nuovo rito societario e rito del lavoro, quando la controversia a quest'ultimo soggetta rientrasse nelle materie regolate dagli artt. 409 o 442 . Secondo la dottrina, la prevalenza doveva essere in ogni caso accordata al rito del lavoro, in virtù del contenuto di tutela che tale ultimo rito offre alla parte debole del rapporto. In alcune ipotesi, la giurisprudenza ha affermato la prevalenza del rito societario su quello laburistico ³⁹.

Gli ultimi due commi dell'art. 40 disciplinano la connessione tra cause rispettivamente di competenza del giudice di pace e del tribunale. Tali norme, in seguito all'abolizione delle preture avvenuta nel 1998, finiscono con il dettare la disciplina generale delle deroghe alla competenza verticale tra gli uffici giudiziari in ipotesi di connessione, sul punto modificando, non solo la regola residuale contenuta nell'art. 40, 1° co., ma anche la specifica disciplina contenuta negli artt. 31 ss., i quali continuano a disciplinare gli spostamenti di competenza orizzontale o per territorio.

Il 6° e 7° co. trovano applicazione soltanto ove ricorra una delle figure di connessione previste dagli artt. 31, 32, 34, 35, 36, ossia una forma di connessione forte o per subordinazione, mentre allorché tra le cause esista un nesso di connessione debole o per coordinazione, tornano applicabili le norme residuali contenute nell'art.

³⁹ Trib. Monza 15.5.2008

40, 1° co. (e 33).

In particolare, il 6° co. prevede che, allorché siano connesse per i motivi di cui agli artt. 31, 32, 34, 35, 36, le cause, alcune di competenza del giudice di pace altre del tribunale, possono essere dedotte cumulativamente di fronte al tribunale, per essere decise in un unico processo.

Parallelamente, il 7° co. prevede che il giudice di pace deve pronunciare anche d'ufficio la connessione a favore del tribunale, disponendo la riunione delle cause di fronte a quest'ultimo.

In dottrina, si ritiene che sia implicitamente disciplinata anche l'ipotesi in cui la domanda di competenza del giudice togato sia introdotta originariamente nel contesto del processo già pendente di fronte al giudice di pace: anche in tal caso, il giudice di pace pronuncia la connessione in favore del tribunale, consentendo il processo simultaneo dinnanzi al giudice professionale.

L'art. 40, 6° e 7° co. introdotti dall'art. 19, L. 21.11.1991, n. 374 recante l'istituzione del giudice di pace, hanno codificato, nei rapporti tra giudice di pace e tribunale, la regola della rimessione dell'intero processo cumulato al giudice superiore, e, in altri termini, la regola dell'attrazione alla competenza del giudice togato della domanda di competenza del giudice di pace in ogni caso, ossia prescindendo dal fatto che la prima abbia natura principale ovvero dal fatto che sia stata instaurata per prima (in deroga alla regola generale prevista dell'art. 40, 1° co. che prevede la riunione delle cause di fronte al giudice competente per la domanda principale ovvero, nei restanti casi, di fronte al giudice preventivamente adito).

Secondo una parte della dottrina, favorevole all'abbattimento degli ostacoli alla realizzazione del processo simultaneo: a) il nuovo testo dell'art. 40, 6° e 7° co., consente la deroga alla competenza del giudice di pace, in favore di quella del giudice togato, anche nell'ipotesi di competenza per materia o funzionale: in tal senso la competenza del giudice di pace, in ogni caso, si deve ritenere recessiva rispetto alla competenza del tribunale e, in generale, derogabile in favore di quest'ultima; b) in

virtù del mancato richiamo dei limiti contenuti nella regola generale dettata dall'art. 40, 2° co., il giudice di pace deve pronunciare con sentenza, anche d'ufficio, la connessione a favore del giudice togato anche oltre la prima udienza e senza guardare allo stato di avanzamento della causa originariamente di sua competenza.

In giurisprudenza, prevale ancora la tesi secondo cui, in caso di contemporanea pendenza di cause connesse di competenza di giudici diversi, la competenza funzionale del giudice di pace (quale ad esempio la competenza in materia di opposizione a decreto ingiuntivo) non può essere derogata in favore del tribunale, onde in caso di domanda riconvenzionale eccedente la competenza per valore del giudice di pace, è necessario procedere alla separazione delle cause⁴⁰. Lo stesso principio è stato ribadito, con riferimento alla competenza per materia del giudice di pace in ordine ad una domanda volta ad ottenere il rispetto delle distanze legali nella piantagione di alberi⁴¹. Più in generale, l'inderogabilità della competenza per materia continua a rappresentare, per la giurisprudenza (che spesso tuttavia si riferisce a fattispecie anteriori alle più recenti modifiche legislative), un limite invalicabile alla realizzazione del processo simultaneo⁴².

Secondo la giurisprudenza, l'art. 40, 7° co., non detta soltanto una regola in tema di competenza, ma fissa altresì il principio dell'unitarietà della decisione, inteso anche come unitarietà della regola decisionale; di conseguenza, nel caso in cui sia proposta al giudice di pace una domanda da decidere secondo equità e ad essa si aggiunga una domanda riconvenzionale da decidere secondo diritto, l'intera controversia deve essere decisa secondo diritto⁴³.

La L. 18.6.2009, n. 69 ha introdotto il nuovo processo sommario di cognizione, inserendo nel corpo del codice di rito gli artt. 702 bis ss. Il processo sommario, per il cui commento per esteso si rinvia agli articoli di riferimento, rappresenta, nel disegno del legislatore, uno strumento atipico di tutela dichiarativa, che si affianca al rito

⁴⁰ Cass.n. 1812/2004; Cass.n. 8165/2003

⁴¹ Cass.n. 6595/2002

⁴² Cass.n. 449/2000

⁴³ Cass.n. 16945/2006

ordinario di cognizione. La via della tutela sommaria è percorribile, per qualsiasi tipo di azione (di accertamento, di condanna o costitutiva): a) per le cause altrimenti soggette al rito ordinario di cognizione regolato dal II libro del codice di rito (questo dato, pacifico, si ricava dal fatto che il legislatore ha previsto la c.d. passerella dal rito sommario a quello a cognizione piena, soltanto con riferimento al rito ordinario, attraverso la fissazione dell'udienza di cui all'art. 183, con ciò escludendo la proseguibilità del processo nei riti a cognizione piena diversi da quello ordinario); b) per le cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica; c) per le cause che, in concreto, richiedano una istruzione sommaria (nel caso contrario, pur potendosi introdurre la causa con le forme sommarie, questa è destinata, attraverso un provvedimento discrezionale del giudice, non impugnabile, a proseguire nelle forme ordinarie).

Le disposizioni dettate dagli artt. 702 bis ss., dunque, non consentono la realizzazione del cumulo processuale tra cause variamente connesse e soggette le une al rito sommario di cognizione e le altre al rito ordinario. Le cause, infatti, debbono essere trattate tutte con il rito sommario, ovvero con il rito ordinario, oppure debbono essere separate⁴⁴.

Il legislatore ha disciplinato espressamente il caso in cui la causa principale possa essere trattata con le forme sommarie, mentre quella relativa alla domanda riconvenzionale richieda un'istruzione non sommaria, prevedendo che il giudice debba provvedere alla separazione, disponendo la prosecuzione della seconda causa nelle forme del rito ordinario (art. 702 ter, 4° co.). Tale disciplina può essere senz'altro applicata estensivamente al caso in cui alla domanda principale si affianchi una domanda proposta nei confronti di un terzo chiamato in causa.

Quanto detto porta con sé una importante conseguenza: quando siano proposte dinanzi al tribunale più cause con il rito sommario (ma la stessa cosa vale in ogni ipotesi di realizzazione successiva del cumulo processuale, per via di domanda

⁴⁴ **Menchini**, *L'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in CorG, 2009, 8, 1028 ss.

riconvenzionale o di partecipazione di un terzo al processo) ed alcune di esse non possano essere trattate nelle forme sommarie (perché soggette, in alternativa, ad un rito di cognizione diverso da quello ordinario, oppure perché soggette alla competenza decisoria del collegio, ovvero ancora perché necessitanti un'istruzione non sommaria), il tribunale deve procedere alla separazione delle stesse, facendo proseguire il rito sommario per alcune di esse e fissando con ordinanza l'udienza ai sensi dell'art. 183 per le altre.

Ciò non desta problemi quando le cause introdotte con il rito sommario siano connesse in modo debole ; quid iuris, invece, quando fra le stesse ricorranò nessi di connessione forte, quali la pregiudizialità-dipendenza o l'incompatibilità? In questi casi, come si è visto, la separazione deve ritenersi inammissibile; di conseguenza, la soluzione più coerente e di buon senso pare essere quella, già prospettata in dottrina, di rinunciare alla trattazione sommaria anche per quelle cause che vi potrebbero soggiacere, conservando il cumulo processuale ed emettendo, per tutte le cause, un'ordinanza di prosecuzione nelle forme del rito ordinario a cognizione piena (o, in caso di cause soggette a riti diversi, forzando la lettera della disposizione, emettendo un'ordinanza di conversione del processo nel rito prevalente ai sensi della norma in commento).

L'esame delle disposizioni di cui agli artt. 31 e ss e di cui all'art. 40 cpc è strumentale ad uno studio attento delle medesime fattispecie nel procedimento arbitrale.

3 Litisconsorzio successivo facoltativo

Il fenomeno della connessione può dare luogo ad un processo cumulato che nel codice di rito viene chiamato litisconsorzio. L'art. 103 cpc prevede il litisconsorzio facoltativo originario (ma è previsto anche il litisconsorzio necessario, benché non sia definito), nei casi di connessione per identità dell'oggetto, del titolo,

oppure delle questioni da risolvere, con potere di separazione delle cause per il giudice. Inoltre è ammesso anche un litisconsorzio di formazione successiva, mediante intervento del terzo, che può essere anche il titolare di un diritto connesso con quello delle parti originarie o comunque di un rapporto connesso. Il riferimento è al sistema normativo di cui agli artt. 105, 106, 107, 111 cpc., ma anche all'art. 404 cpc e dunque all'opposizione di terzo che consente al titolare del rapporto connesso di incidere sulla sentenza che produce effetto sulla sua posizione giuridica.

Il litisconsorzio facoltativo si caratterizza per il cumulo processuale di tipo soggettivo, ovverosia per il cumulo, in un unico processo di più domande, proposte da più parti. Il presupposto perché tale fenomeno si realizzi è che le domande siano connesse e che ciò determini un collegamento tra le cause che dette domande possano fondare : occorre che sussista la connessione oggettiva tra le azioni esperite. Si parlerà di connessione propria quando il legame sarà tra gli elementi oggettivi dell'azione , che sono il *petitum* e la *causa petendi*. La connessione propria si dice forte quando è su entrambi gli elementi oggettivi dell'azione e debole su un solo elemento.

4. Il litisconsorzio successivo in arbitrato

Molti, se non tutti i problemi di inquadramento e ricostruzione del litisconsorzio, sono stati soltanto adesso⁴⁵ travasati nell'alveo del procedimento arbitrale o, meglio, solo adesso se ne ha piena percezione, poiché se è vero che la assoluta mancanza di norme in materia di arbitrato multiparti rendeva all'interprete difficile l'opera di ricostruzione dell'istituto *sub Iulio*, è altrettanto vero che

⁴⁵ A ben vedere, la disciplina introdotta dagli artt. 816 *quater* e *quinquies* c.p.c., è per molti punti una ricognizione di quelle che erano le conclusioni cui era giunta, prima della riforma, buona parte della dottrina, per cui assodato che occorre sottoscrivere una convenzione di arbitrato per esser parti del processo arbitrale, ben si sarebbe potuto approfondire lo studio delle dinamiche del procedimento arbitrale multiparti, in relazione al particolare vincolo sussistente tra le situazioni giuridiche soggettive delle varie parti, oppure gli aspetti problematici del lodo reso nei confronti di più parti , così come lo si è fatto per il processo ordinario. A parte pochi lodevoli tentativi, come ad esempio ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milano, 2004, l'aspetto che ha calamitato l'attenzione degli studiosi, è stato quello della designazione del collegio, nei casi in cui la conformazione del processo non fosse quella della classica lite binaria.

l'esistenza di quel "filtro" all'ingresso, ovvero della convenzione di ⁴⁶ arbitrato, ha avuto come effetto quello di smorzare l'attenzione della dottrina rispetto alla percezione dell'intensità del problema della pluralità di parti e al suo approfondimento⁴⁷, dato che di pluralità di parti aveva senso parlare solo allorché più di due erano i contraenti del compromesso o della clausola compromissoria²⁹, non potendosi altrimenti ammettere la soggezione al *decisum* arbitrale di soggetti che non avessero liberamente prestato il proprio consenso a sottrarre il giudizio in capo a proprie situazioni giuridiche soggettive da quello che sarebbe stato fisiologicamente il giudice naturale precostituito per legge⁴⁸.

Con ciò si finiva per limitare quasi del tutto la possibilità di arbitrati multipartiti al di fuori di quelli che nascevano sulla scorta di convenzioni di arbitrato a loro volta multipartiti⁴⁹; e si preferiva approfondire lo studio della questione della pluralità di

⁴⁶ Non è un caso le due opere che più hanno approfondito lo studio dei problemi dell'arbitrato con pluralità di parti, ovvero le già citate monografie della SALVANESCHI, *L'arbitrato con pluralità di parti*, cit. e della ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, cit., sono ambedue dell'ultimo decennio, non esistendo prima di esse alcuno studio sistematico dei fenomeni di litisconsorzio originario e successivo nell'arbitrato

⁴⁷ Ciò almeno fino all'introduzione nell'ordinamento dell'opposizione di terzo avverso il lodo, a seguito della quale al dibattito sul rapporto tra terzi e arbitrato si è conferita nuova linfa.

⁴⁸ Ulteriori complicazioni di una possibile estensione ai terzi degli effetti del patto compromissorio o, più in generale, di una loro partecipazione all'arbitrato derivano a tutt'oggi dalla configurazione della garanzia costituzionale del diritto di azione (e di difesa), cui comunemente la dottrina si rifà per negare ogni possibile partecipazione dei terzi all'arbitrato cfr. ad es. RUFFINI, *Arbitrato e disponibilità dei diritti nella legge delega per la riforma del diritto societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 134 e ss. Le medesime garanzie costituzionali sono poi, conferentemente, richiamate a fondamento di tutta la giurisprudenza in materia di arbitrato obbligatorio della Corte costituzionale da cui si è desunta la legittimità dell'arbitrato che trova i propri presupposti costituzionali nella legittima disponibilità del diritto d'azione (emblematiche le parole di Corte cost. 127/1977 secondo la quale: «il fondamento di qualsiasi arbitrato è da rinvenirsi nella libera scelta delle parti: perché solo la scelta dei soggetti (intesa come uno dei possibili modi di disporre, anche in senso negativo, del diritto di cui all'art. 24, comma primo, Cost.) può derogare al precetto contenuto nell'art. 102, comma primo, Cost. [...], sicché la «fonte» dell'arbitrato non può più ricercarsi e porsi in una legge ordinaria o, più generalmente, in una volontà autoritativa»). Si vedano in tema: Corte costituzionale 8 giugno 2005, n. 221, in *Giur. it.*, 2006, 1450, con nota di LOMBARDINI, *Illegittimità dell'arbitrato obbligatorio in materia di opere pubbliche*; Corte cost. 23 febbraio 1994, n. 49, in *Riv. arb.*, 1995, 477 e ss., con nota di RECCHIA, *La costituzionalità della legislazione sull'arbitrato: prime osservazioni*; Corte cost. 18 dicembre 1991, n. 488, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 772 e ss. ed in *Riv. arb.*, 1992, 247 e ss., con nota di RECCHIA, «Disponibilità dell'azione in senso negativo» ed incostituzionalità dell'arbitrato obbligatorio. Nello stesso senso anche Corte cost. 14 luglio 1977, n. 127, in *Foro it.*, 1977, I, 1849 e ss. ed in *Giur. cost.*, 1997, 1114, con nota di ANDRIOLI. In dottrina, BARILE, *L'arbitrato rituale e la Corte costituzionale*, in *Riv. arb.*, 1992, 21 e ss.; VERDE, *L'arbitrato e gli arbitri*, in *Diritto dell'arbitrato*, cit., 58 e ss. il quale rileva che: «potremmo dire che la Corte costituzionale navighi "a vista", non avendo ancora preso posizione o non avendo voluto ancora prendere posizione su taluni problemi fondamentali che in qualche modo costituiscono la premessa di qualsiasi soluzione in tema di arbitrato e Costituzione e che, pertanto, è da attendersi una giurisprudenza alquanto episodica e della quale sarà possibile tratteggiare l'evoluzione in chiave storica, abbandonando qualsiasi pretesa sistematica»

⁴⁹ RUFFINI, *L'intervento nel giudizio arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1995, 647 e ss.; *Id.*, *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, in *Studi in onore di Luigi Montesano*, Padova, 1997, 666 e ss.; ODDO, *Il litisconsorzio e l'intervento nell'arbitrato: una*

parti in un'ottica prettamente diversa da quella assunta rispetto alla classica analisi del litisconsorzio nel processo civile, limitandosi cioè essenzialmente ad approfondire il problema della designazione del collegio arbitrale alla luce della difficile concretizzazione del principio della parità delle armi tra le parti nella nomina degli arbitri in relazione al dato reale del numero di parti superiore a due, profilo che veniva spesso acuito a causa di una pervicace tendenza, tutta italiana, alle formule stereotipate la quale faceva sì che la quasi totalità delle clausole arbitrali, ivi comprese quelle inserite negli statuti societari, fossero improntate allo schema binario (ovvero fossero precostituite pensando ad un arbitrato tra due sole parti) ciò che complicava enormemente la nomina degli arbitri non sussistendo una corrispondenza tra il numero dei soggetti interessati al procedimento arbitrale e il numero dei soggetti (due) previsti dalla convenzione di arbitrato.

Gli stessi artt. 816 *quater* e *quinquies* c.p.c., poi, a ben vedere, forse proprio perché in linea con le risultanze cui era pervenuta parte della dottrina, forse perché non sarebbe stato opportuno sciogliere dei nodi teorici in sede di riforma dell'arbitro piuttosto che rimaneggiando le disposizioni generali contenute nel libro I del c.p.c., si limitano a dettare la disciplina della costituzione del litisconsorzio nel particolare caso in cui la pluralità di parti debba (o possa) sorgere innanzi agli arbitri, ma al di là dei meccanismi propri e delle condizioni specifiche connesse alla particolare natura del procedimento arbitrale, nulla aggiungono rispetto alla scarna disciplina già vigente in tema di litisconsorzio nel giudizio innanzi al giudice ordinario. Vero è che la delega al governo era strutturata in maniera tale da richiedere essenzialmente la predisposizione di regole attinenti alla nomina del collegio ed ai meccanismi di ingresso di terzi nel procedimento arbitrale, ma è altrettanto vero che il generico richiamo della operato nella legge 14 maggio 2005, n. 80, ai «*principi fondamentali dell'istituto*» avrebbe consentito al legislatore della riforma una, per vero non enorme,

lacuna da colmare, in *Rass. arb.*, 1980, 165 e ss; PIERGROSSI, *Tutela del terzo nell'arbitrato*, in *studi in onore di E. T. Liebman*, Milano, 1979, 2569 e ss.

maggior libertà di manovra, soprattutto in tema di intervento volontario nell'arbitrato.

Le questioni più spinose che restano aperte in materia di liti consorziate successive in arbitrato sono attinenti sia alla verifica di quali interventi sono ammissibili a seguito della riforma del 2006, sia ai rapporti tra arbitri e giudici in caso di pendenza di cause connesse, nonché al potere dell'arbitro di conoscere questioni pregiudiziali di merito. Peraltro all'arbitro non è riconosciuto alcun potere di riunione, ma non è escluso che questo potere non possa essere attribuito dalla parti con una eventuale novazione della convenzione.

CAPITOLO 2

1 Premessa

Ha senso porsi il problema del *simultaneus processus* in arbitrato e degli strumenti con i quali si attua, tra cui interventi, potere di riunione, potere di sospensione e accertamento incidentale, perché il lodo produce effetto rispetto ai terzi. Il riferimento è a determinati terzi per i quali o il lodo è rilevante oppure è opponibile (in questo caso il riferimento è ai soggetti legittimati all'opposizione di terzo ordinaria). Il riferimento è a soggetti titolari di un diritto o un obbligo dipendenti da quanto deciso nel lodo. Per quanto riguarda i terzi con titolo posteriore alla pronuncia del lodo⁵⁰, anche se non sussiste il vincolo della convenzione di arbitrato- e dunque si dovrebbe dedurre neppure del lodo-trova applicazione l'art. 2909 cc. . Pertanto per gli eredi e gli aventi causa rileva la situazione pregiudiziale, oggetto di decisione, così com'è nel momento in cui sorge la situazione dipendente di cui sono titolari.

Quanto ai terzi con titolo anteriore alla pronuncia del lodo, ma posteriore alla domanda di arbitrato, trova applicazione ai sensi dell'art. 816 quinquies ultimo comma, cp.c, l'art.111 cpc.Dunque si ritiene che il vincolo per il successore nel diritto controverso non derivi da un potere specifico degli arbitri nei suoi confronti, ma sia sufficiente il potere negoziale del dante causa, nel momento in cui è stata proposta domanda di arbitrato.

⁵⁰ La classificazione seguita è di Luiso, Il lodo arbitrale e i terzi, www.judicium.it

Per i terzi con titolo anteriore alla domanda di arbitrato, il lodo può produrre effetti nella loro sfera giuridica, se la situazione del terzo è permanentemente dipendente da quella oggetto di decisione arbitrale.⁵¹

2.La pendenza di un giudizio arbitrale e di un giudizio ordinario su rapporto connesso

I rapporti tra processo ordinario statale e arbitrato rituale si pongono su due livelli : livello teorico e generale; problema specifico⁵².

A livello teorico generale occorre indagare quale sia il ruolo concreto che il legislatore è disposto a riconoscere alla giustizia cognitiva privata - cioè , dettata dal privato , anziché dal giudice⁵³ - rispetto a quella pubblica, per verificare se sussista un'effettiva alternatività tra le due forme di giustizia,oppure residuino spazi di resistenza del monopolio dello Stato nella tutela giurisdizionale.

Il problema specifico riguarda quale disciplina debba applicarsi in caso di sussistenza del fenomeno della connessione, cioè se vi siano nessi giuridici tra cause diverse e in particolare quando le domande giudiziali connesse siano di competenza l'una del giudice ordinario e l'altra degli arbitri.

Sul punto fino al 1994 c'è stato un forte contrasto tra dottrina e giurisprudenza di legittimità , in parte superato con la riforma del '94.

⁵¹ Lusio , ibidem, secondo cui “se per regola di diritto sostanziale la situazione del terzo si deve conformare al modo di essere della situazione pregiudiziale, sicchè ogni modificazione di quest'ultima si ripercuote su quella dipendente, non vi è dubbio che il lodo è in grado di produrre effetti nei confronti del terzo , come del resto lo è il contratto che stipulino i titolari della situazione pregiudiziale”. Zucconi Galli Fonseca, Pregiudizialità e rinvio, Bo, 2011, 219 e ss., per la distinzione tra pregiudizialità da rinvio mobile, con riverbero automatico di tutte le vicende del rapporto pregiudiziale sul rapporto pregiudicato , e rinvio fisso, senza riverbero automatico e con possibilità di un riesame del rapporto pregiudiziale nel giudizio relativo al rapporto dipendente.

⁵² L'impostazione seguita per la fase precedente la riforma del 2006 è quella elaborata da Vullo , Note in tema di arbitrato, connessione e sospensione per pregiudizialità, Riv. Dir.proc., 1996, 137 e ss.

⁵³ Fazzalari, Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile), in Digesto discipline privatistiche, To, 1987, 391

Resta però un quadro normativo scarno e polisenso , che l'interprete deve colmare tramite interpretazione sistematica, sulla scorta dei principi generali da applicare al processo arbitrale.

Si impone la necessità di risolvere un problema tecnico cioè quello dei rapporti tra processo ordinario giudiziale e arbitrato. Preliminare è una riflessione sul ruolo che l'ordinamento giuridico attribuisce alle forme di soluzione consensuale delle controversie

Prima della riforma del 1994 si era formato un indirizzo solido della Cassazione, che era stato inaugurato dalla sent Cass 17 marzo 1943, n. 633⁵⁴ secondo cui, se fossero state pendenti due domande giudiziali, una davanti agli arbitri e l'altra di competenza del tribunale ordinario, tutta la controversia sarebbe rientrata nella competenza del giudice statale. Quindi le due domande proposte separatamente non potevano essere trattate autonomamente e decise separatamente, ma si imponeva il *simultaneus processus* davanti al giudice dello Stato.

Si avrebbe allora una *vis attractiva* della giurisdizione ordinaria che riguarderebbe sia le tradizionali ipotesi di connessione propria, sia la c.d. connessione impropria, che sussiste quando il collegamento tra le cause è costituito dalla necessità di risolvere le stesse questioni di fatto o di diritto. Questo orientamento era utile a chi intendesse sottrarsi all'applicazione di un patto compromissorio scomodo, perché per eludere l'arbitrato, era sufficiente proporre davanti al giudice ordinario una domanda connessa con quella già pendente davanti all'arbitro, sfruttando anche le lungaggini della giustizia statale. La conseguenza infatti era che l'intera controversia si sarebbe trasferita davanti alla giurisdizione ordinaria. La spiegazione logica costituente fondamento di questa e di altre pronunce della Suprema Corte era che i rapporti tra arbitrato e giurisdizione devono essere ricostruiti in termine di competenza, pertanto l'eccezione di patto compromissorio deve essere intesa come eccezione di competenza derogabile, di cui all'art.38 cpc. Invero non c'era alcun riscontro sistematico nelle norme tanto che la soluzione prospettata dalla Giurisprudenza non

⁵⁴ Cass 17 marzo 1943, n. 633, Rep. Foro.It.1943-45, voce Arbitramento, n.6

aveva alcun fondamento normativo e anzi, determinando l'attrazione del processo arbitrale nella cognizione del giudice ordinario, si poneva in netto contrasto con l'art. 40 cpc sul *simultaneus processus*. Invero la Corte con la pronuncia n. 633 del 1943 partiva da premesse che erano poi in contrasto con la conclusione del suo ragionamento. Da una parte riconosceva che la fattispecie in esame era un caso di competenza debole, derogabile, poi però evidenziava il rischio di giudicati contraddittori ed imponeva la trattazione e decisione congiunta delle due cause connesse, dall'altra la conclusione non era quella logica del processo simultaneo davanti al giudice preventivamente adito, oppure in caso di accessorietà davanti al giudice della causa principale. Anche se mancavano i presupposti normativi la Corte sostanzialmente intendeva sancire la supremazia della giurisdizione e la correlata soggezione della giustizia arbitrale, con netto sfavore verso le alternative alla giustizia dello Stato. Visto che una tale interpretazione prestava il fianco ad abusi, la giurisprudenza di legittimità⁵⁵ apprestò un correttivo, statuendo che l'attrazione del giudizio arbitrale nel processo ordinario non potesse realizzarsi qualora l'esperire azione avente ad oggetto domanda connessa non fosse altro che strumento *ad hoc* per eludere il vincolo della clausola compromissoria. Una soluzione che sembra più che altro un compromesso e non è agganciata a sicure basi sistematiche, a postulati teorici, e addirittura è di dubbia costituzionalità, laddove la sorte della volontà compromissoria è affidata ad una valutazione discrezionale sulla fondatezza e sugli scopi della domanda connessa, che non è ancorata a parametri oggettivi. La norma costituzionale violata in particolare sarebbe quella dell'art. 25, co 2 Cost, ovvero il principio del giudice naturale precostituito per legge, laddove l'eccezione di arbitrato rituale sarebbe ricostruibile come una questione di competenza. Un altro tentativo di porre un freno agli abusi della *vis attractiva* è stato quello della sentenza Cass 4820/84, secondo cui la pendenza di una causa davanti al giudice ordinario non spiegherebbe alcuna *vis attractiva* sulla causa arbitrale, nel caso in cui la notificazione della causa giurisdizionale sia stata successiva alla chiusura

⁵⁵ Cass.11197/91

dell'udienza di discussione e si sia aperta la fase decisoria degli arbitri. Invece l'art. 40, co. 1, cpc prescrive che la connessione non possa essere rilevata oltre la prima udienza. Questo orientamento della Giurisprudenza, anche con i correttivi anzidetti, è stato fortemente criticato dalla Dottrina⁵⁶, perché si è riconosciuto un maldestro tentativo di rendere inoperanti i patti compromissori, offrendo una soluzione priva di fondamenti sistematici. In primo luogo allora si è evidenziato l'uso improprio del termine competenza, in riferimento alla distinzione tra giurisdizione statale e arbitrato. Inoltre si è sottolineato l'ingiusto sacrificio del principio del rispetto della volontà delle parti, sacrificio non consentito a favore di economia processuale ed armonia tra i giudicati, se non supportato da una base normativa. Al contrario tra le disposizioni del codice si è riscontrato che l'art. 819 cpc, vecchia formulazione, offre una soluzione di segno difforme, laddove in un caso di pregiudizialità dipendenza prescrive la sospensione del giudizio arbitrale su causa connessa, fino alla notificazione della sentenza su causa incidentale passata in giudicato. Davanti all'acceso contrasto tra dottrina e giurisprudenza è intervenuto il legislatore che ha introdotto l'art. 819 bis cpc secondo cui "la competenza degli arbitri non è esclusa dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una pendente dinanzi al giudice." L'innovazione è stata accolta con favore dalla dottrina che ha evidenziato lo scopo di superare tutti gli ostacoli normativi alla diffusione del giudizio arbitrale come alternativo alla giurisdizione. L'aspetto positivo non è in un generico *favor arbitrati*, ma nel fatto che si è superato un orientamento che ignorava la logica e la coerenza del sistema. In realtà però a ben vedere l'art. 819 bis offre la soluzione per una e non per tutte le ipotesi di connessione tra giudizi pendenti contemporaneamente l'uno davanti al g.o. e l'altro davanti all'arbitro. Il problema principale cui l'art. 819 bis non offre risposta è quello dei conflitti tra giudicati, che può essere o in forma di conflitto logico oppure in forma di conflitto pratico. Invero la nuova norma introdotta dal legislatore sancisce solo il principio dell'insussistenza di una *vis attractiva* del

⁵⁶ Andrioli, Commento al codice di procedura civile, III, Napoli, 1964, 844; Satta, Commentario al codice di procedura civile, IV, MI, 71,230; Redenti, voce Compromesso (diritto proc.civ.), Novissimo Digesto Italiano, III, TO, 1959, 799.

processo giurisdizionale rispetto al giudizio arbitrale. Ma alla fine il cuore della questione è proprio che se esiste un fenomeno di connessione tra giudizi pendenti l'uno davanti al giudice statale e l'altro davanti all'arbitro o agli arbitri, tra loro autonomi, le decisioni stesse saranno autonome. Dunque è possibile che gli accertamenti siano configgenti. Per inquadrare questo profilo occorre ricordare e fare propria la classificazione di Calamandrei della connessione per subordinazione e di quella per coordinazione⁵⁷. La connessione per subordinazione si ha quando il rapporto tra le cause è di pregiudizialità dipendenza. Tale nozione è stata intesa dalla dottrina non già in senso stretto, quindi in riferimento al solo art. 34 cp, e dunque alle ipotesi di accertamenti incidentali, ma in senso lato, comprensivo di tutte le ipotesi regolate dagli artt. 31-36 cpcp. Pertanto il nesso di pregiudizialità dipendenza sussisterebbe non solo in caso di accertamenti incidentali di accessorietà, di garanzia, di riconvenzione e forse anche per compensazione. La connessione per coordinazione invece si avrebbe nel caso di comunanza di oggetto, titolo o questioni di fatto o di diritto. Quando si ha un contrasto di decisioni su cause connesse per pregiudizialità dipendenza si avrà un conflitto pratico giuridico di giudicati, perché la disciplina dei rapporti sostanziali conseguente alle decisioni sarà disomogenea. Il conflitto invece sarà logico teorico, quando la connessione è oggettiva o impropria. In questo caso l'ordinamento consente la disarmonia come un male tollerabile, anche se prevede dei meccanismi per prevenire il contrasto tra i giudicati.

Per trovare una soluzione al coordinamento tra cause connesse, occorre esaminare l'art. 819 cpc, solo in parte modificato dalla riforma del 1994, non solo per la contiguità tra le norme, ma anche per altre due ragioni. Parte della dottrina⁵⁸ ha ritenuto di poter trarre proprio da quella norma la regola da applicare in caso di contemporanea pendenza di una causa arbitrale e di una causa pregiudiziale pendente davanti al giudice statale. Invero l'art. 819 non si occupa di regolare i rapporti tra processo ordinario e giudizio arbitrale in caso di connessione in generale, tuttavia si

⁵⁷ Calamandrei, Istituzioni di diritto processuale secondo il nuovo codice, PD, 1943, I, 143 e ss. e II, 135 e ss.

⁵⁸ Fazzalari, in Briguglio-Fazzalari-Marengo, La nuova disciplina dell'arbitrato, Mi, 1994, 140.

occupa del caso più emblematico di connessione, ovverosia della pregiudizialità dipendenza interna all'arbitrato. Il comma 1 prevede che se nel corso del processo sorge una questione che per legge non può costituire oggetto di giudizio arbitrale, gli arbitri potranno sospendere il procedimento, se riterranno che il giudizio cui sono chiamati dipenda dalla definizione di detta questione. Resta da chiedersi che cosa sia esattamente una questione che per legge non possa costituire oggetto di giudizio arbitrale. Si tratta delle questioni pregiudiziali di merito ex art. 34 cpc, che per legge non possono formare oggetto di patto compromissorio, ovverosia questioni di stato, di falso, che tassativamente ed eccezionalmente non possono essere oggetto di transazione per previsione di legge, oppure che per legge sono in compromettibili. Invero la formulazione non più attuale dell'art. 819 cpc faceva riferimento al concetto di dipendenza e non di rilevanza, giacché si voleva evidenziare che il rapporto che doveva legare le due cause dovesse essere necessariamente di pregiudizialità dipendenza, per poter imporre la sospensione del giudizio. È stata eliminata la prescrizione che prevedeva per gli arbitri il potere di disporre che le parti esperissero azione avente ad oggetto la questione pregiudiziale davanti al giudice statale. Del resto gli arbitri non hanno il potere di imporre alle parti il rispetto di questa previsione e neppure era prescritta alcuna sanzione. Infine le questioni che possono determinare la sospensione non sono più quelle di cui all'art. 806 cpc, ma quelle non compromettibili per legge. Una volta stabilito l'oggetto cui si riferisce l'art. 819 cpc, resta il problema di determinare l'effettiva portata precettiva della disposizione. La disposizione fa da limite alla cognizione meramente incidentale, giacché esclude che tale cognizione possa riguardare diritti indisponibili. Pertanto questioni che riguardano diritti indisponibili non solo non possono essere oggetto di cognizione principale da parte degli arbitri, ma anche non possono essere oggetto di cognizione *incidenter tantum*. Dunque è del tutto indifferente che la questione non compromettibile sia pendente prima davanti all'arbitro oppure davanti al giudice ordinario, alla legge interessa solo che tale questione si sia posta nel giudizio

arbitrale. Altra dottrina ⁵⁹ invece interpretava in modo diverso : l'art. 819 cpc è applicabile solo nel caso in cui la questione pregiudiziale non compromettibile sia pendente davanti al giudice ordinario. Nel caso opposto invece vale la non applicabilità dell'819 cpc. e l'arbitro deve conoscere incidentalmente della questione pregiudiziale non compromettibile. A fondamento di quest'interpretazione dell'art. 819 cpc si pongono due argomenti, uno esegetico e l'altro sistematico. Il primo si basa sul fatto che la nuova disposizione, diversamente dalla vecchia, non comprende più il riferimento al potere dell'arbitro di imporre alla parte di riproporre la domanda davanti al giudice ordinario, quando essa ha ad oggetto una questione pregiudiziale non compromettibile. La modifica sta ad indicare che il potere di sospensione riguarda solo il caso in cui la questione pregiudiziale non compromettibile pende già davanti al giudice ordinario (altrimenti la sospensione del giudizio arbitrale sarebbe *sine die*) , mentre la vecchia formulazione trovava applicazione proprio laddove la questione pregiudiziale non fosse ancora pendente davanti al giudice ordinario. Non troverebbe spiegazione altrimenti la precedente previsione del potere dell'arbitro di imporre alle parti un termine per riproporre la domanda al giudice ordinario. Sul piano sistematico poi si evidenzia che la limitazione può essere data solo alla decisione e non alla cognizione, dunque non è possibile che sia circoscritta la cognizione incidentale né del giudice statale, né dell'arbitro. Tale interpretazione non è condivisa da chi ⁶⁰ evidenzia come l'abrogazione di quella parte dell'art. 819 cpc sul potere degli arbitri di imporre alle parti di riproporre la domanda entro un determinato termine, è stata abrogata semplicemente perché inutile, poiché il legislatore sostanzialmente ha voluto che l'applicazione dell'art. 819 cpc riguardasse anche il caso in cui la causa sulla questione pregiudiziale non compromettibile fosse già pendente davanti al giudice ordinario, escludendo che gli arbitri possano conoscere seppure incidentalmente le questioni pregiudiziali non compromettibili. Sul piano sistematico inoltre si evidenzia che non è affatto automatico che

⁵⁹ Luiso, Appunti di diritto processuale civile, I processi speciali, 304 e ss.

⁶⁰ Vullo, Note in tema di arbitrato, connessione e sospensione per pregiudizialità, Riv.dir.proc., 1996, 161 e ss.

l'impossibilità di una limitazione della cognizione incidentale del giudice ordinario si debba estendere all'arbitro. Il comma 2 dell'art. 819 cpc stabiliva che “ fuori di tali ipotesi gli arbitri decidono tutte le questioni insorte nel giudizio arbitrale.” La disposizione in oggetto riguarda solo la cognizione incidentale, senza riflesso sui limiti oggettivi del giudicato, la cui disciplina resta quella dell'art. 34 cpc. In questo senso è importante ricordare che l'espressione “decidono” sta ad indicare il potere di cognizione, non quello di decisione. Altrimenti intesa infatti la norma sarebbe portatrice di una regola eversiva tanto che sarebbe esclusa la cognizione incidentale sulle questioni pregiudiziali, oppure sarebbe negato il potere di accertamento con efficacia limitata al giudizio. Ma questo sarebbe contro principi fondamentali dell'ordinamento, come quello secondo cui i limiti oggettivi del giudicato sono tracciati dalla domanda giudiziale, e in particolare dal *petitum*, e il principio di cui all'art. 24 Cost, ovverosia di cui al diritto di azione. Secondo altra dottrina⁶¹ invece la nuova disposizione consentirebbe di ammettere la decisione con efficacia di giudicato sulla questione pregiudiziale non compromettibile, o meglio estranea al patto, oggetto di domanda di semplice cognizione incidentale. Decidere deve allora essere inteso in conformità con l'art. 34 cpc. e comunque l'estensione del giudicato dipende o dalla volontà delle parti o dalla previsione di legge. Invece secondo altra lettura⁶² l'art. 819 cpc serve a sancire che il potere di cognizione incidentale degli arbitri non è strettamente vincolato al patto compromissorio. In caso contrario sarebbe stata necessaria una norma analoga a quella dell'art. 34 cpc, in tema di limiti oggettivi di giudicato, con richiamo alla necessità di domanda di parte oppure di previsione di legge. Dunque l'art. 819 consente di conoscere incidentalmente tutte le questioni pregiudiziali sia che rientrino sia che non rientrino nella previsione di cui all'art 819 comma primo. Questo potere non è in contrasto con il fondamento consensuale della soluzione alternativa della controversia, giacchè al momento della formazione del patto compromissorio le parti che devolvono la controversia agli altri non sanno se

⁶¹ Nela, Questioni pregiudiziali nel giudizio arbitrale (il nuovo art.819 cpcp), Riv.dir.proc.1995, 171 e ss..

⁶² Vullo, Note in tema di arbitrato, connessione e sospensione per pregiudizialità, Riv.dir.proc., 1996, 168

nella cognizione assumeranno rilevanza altre questioni, che comunque fanno parte dell'*iter* logico necessario per giungere alla decisione finale e tuttavia comportano la necessità di una cognizione incidentale, anche oltre i limiti del compromesso. Da ultimo la lettura del primo e del secondo comma porta a ritenere che l'unico limite alla cognizione incidentale dell'arbitro sia costituito dalla non compromettibilità per legge. L'art. 819 co2 è una deroga all' 817 cpc : le parti allora non potranno eccepire un allargamento della materia del contendere nella domanda di controparte, laddove in realtà la cognizione riguarda una questione pregiudiziale sorta nel processo arbitrale e su cui non sia stata chiesta una decisione con efficacia di giudicato. In quel momento non era consentito il *simultaneus processus* né originario né successivo, infatti la trattazione congiunta delle due cause attratta davanti al giudice ordinario è esclusa dall'art.819 bis cpc, e del resto il processo simultaneo è escluso anche davanti agli arbitri. Se tra le due controversie esiste un rapporto di connessione per coordinazione ovvero per identità dell'oggetto, del titolo e di questioni di fatto o di diritto da risolvere, non si potrà avere alcun processo simultaneo e si potranno avere decisioni non coordinate conseguenti alla conclusione di processi svoltisi separatamente. Esclusa la possibilità di un *simultaneus processus* originario o in corso di causa, la scelta dell'interprete per evitare disarmonie è nel senso della sospensione del processo ex art 295 cpc, ma tale disposizione trova applicazione nel caso di pregiudizialità dipendenza, non già per identità di titolo oggetto o questioni. Ne consegue che le cause connesse allora procederanno in autonomia davanti al giudice ordinario ed all'arbitro e non vi sarà alcun modo per evitare l'eventuale contrasto tra giudicati. Una questione diversa invece si pone se le cause connesse sono legate da pregiudizialità dipendenza e pendono l'una davanti al giudice ordinario e l'altra davanti all'arbitro. Va fatta una riflessione sulla sospensione necessaria tra cause pendenti davanti a più giudici ordinari, che è lo strumento da utilizzare qualora non sia possibile la riunione ex art 40 cpc, oppure non sia possibile la cognizione incidentale ex art 34 cpc, con sospensione della causa pregiudiziale in attesa dell'esito sulla causa pregiudicante. La sospensione necessaria è l'unico istituto

che può evitare la formazione di istituti in contrasto tra loro o sul piano pratico o sul piano teorico. Se si ha un contrasto tra giudicati cioè se si ha disarmonia nella regolamentazione dei diritti sostanziali in rapporto di pregiudizialità dipendenza, con passaggio in giudicato della sentenza, la conseguenza è che non si ha un'effettiva tutela dei diritti, invece nel caso di ricorso alla sospensione necessaria la conseguenza sarà di procrastinare l'accertamento, ma l'omogeneità non sarà compromessa. Insomma rispetto alla celerità dei tempi il legislatore ritiene più importante l'armonia delle decisioni, anche perché il rischio è l'irreversibilità delle stesse, direttamente incidenti su rapporti giuridici.

Riguardo alla pregiudizialità dipendenza occorre distinguere casi in cui la controversia posta innanzi all'arbitro è pregiudiziale a quella posta davanti al giudice ordinario, da quelli in cui invece la causa davanti all'arbitro è dipendente da quella posta davanti al giudice ordinario. In caso di dipendenza della causa arbitrale da quella ordinaria, sarebbe esclusa l'applicazione dell'art. 275 cpc in base al primo e secondo comma dell'art. 819 cpc. Secondo parte della dottrina⁶³ i confini della pregiudizialità dipendenza in arbitrato sono più angusti rispetto a quelli propri della giurisdizione. Se però sorgesse una questione non compromettibile gli arbitri potrebbero sospendere il processo. Ai sensi del secondo comma del 819 sarebbe comunque sempre possibile la cognizione incidentale dell'arbitro su questione pregiudiziale, di cui sia stata investita la giustizia ordinaria. In realtà però l'art. 819 si occupa solo della questione pregiudiziale interna al processo arbitrale. Invece il caso di questione su diritto pregiudiziale già pendente davanti al giudice ordinario la disciplina si trova nell'art. 819 bis cpc., che si limita ad escludere la trattazione e decisione congiunta delle questioni, senza considerare il problema della trattazione congiunta delle controversie. La sospensione per pregiudizialità, escluso il caso dell'art. 819 cpc, co.1, segue regole analoghe a quelle del processo ordinario. La sospensione deve essere fatta sia nel caso in cui la questione non compromettibile sia già sorta nel giudizio arbitrale e venga trasformata in causa ex art 34 cpc, sia se la

⁶³ Fazzalari, in Briguglio Fazzalari Marengo, La nuova disciplina dell'arbitrato, Mi, 1994, 140.

questione sia già pendente davanti al giudice ordinario .Nel nostro ordinamento giuridico non c'è spazio per una difformità di disciplina tra giudizio ordinario e giudizio arbitrale (forte è l' esigenza di armonizzazione tra giudicati di cause connesse). Riflesso normativo di questo è art. 829,n 4 su impugnazione per nullità per contrasto con precedente giudicato. Non ha più fondamento quanto si opponeva pre-riforma del 1994 il mancato richiamo nell'art. 831 cpc dell'art 395 per insensibilità del lodo al contrasto con il giudicato giurisdizionale. Meno problematico il caso di causa pendente davanti agli arbitri pregiudiziale alla causa pendente davanti al giudice ordinario. La soluzione è nell'art. 295 cpc

3. La riforma del 2006

Questo lo “stato dell'arte” prima della riforma del 2006. La riforma ha inciso sul potere di cognizione incidentale dell'arbitro, sul potere-dovere di sospensione e non riconosce il potere di riunione, quindi ha toccato i principali strumenti con cui si favorisce la realizzazione del processo cumulato.

Le linee direttrici della novella sono state anticipate dal Dlgs n.5/2003, sull'arbitrato societario, che all'art.35, comma 3, esclude l'applicabilità della sospensione per pregiudizialità del processo arbitrale, non trovando applicazione in tale ambito il comma primo dell'art. 819 cpc, secondo la formulazione successiva alla riforma del 1994. Tale espressa esclusione attribuisce all'arbitro il potere di cognizione incidentale dei diritti indisponibili. Del resto la questione, la cui cognizione incidentale è rilevante per la pronuncia del lodo relativo alla situazione giuridico soggettiva dipendente, potrà comunque essere ripresa in sede di impugnazione del lodo, ai sensi del nuovo art. 829, comma 4, n.2, cpc.

Per quanto riguarda l'art.819 cpc, si constata che viene generalizzato il potere di cognizione incidentale degli arbitri, circoscrivendo la rilevanza del requisito della compromettibilità all'ipotesi in cui la decisione della questione pregiudiziale debba

essere assunta con efficacia di giudicato o per legge o per domanda di parte⁶⁴. Il co.1 prevede che gli arbitri risolvano senza autorità di giudicato tutte le questioni rilevanti per la decisione della controversia, anche se riguardanti materie non compromettibili e salvo che la legge ne imponga la decisione con efficacia di giudicato. In base alla nuova disciplina, dunque, il potere di cognizione incidentale degli arbitri non trova più ostacolo nel fatto che la questione pregiudiziale riguardi situazioni sostanziali non compromettibili.⁶⁵ A maggior ragione deve ritenersi che la cognizione incidentale degli arbitri possa riguardare questioni che pur astrattamente compromettibili, non abbiano di fatto costituito oggetto di convenzione arbitrale⁶⁶. Il potere di cognizione incidentale degli arbitri sussiste anche laddove la questione pregiudiziale, compromettibile o meno che sia, costituisca oggetto di autonomo processo in via ordinaria. L'ipotesi non è infatti compresa tra quelle che, secondo l'art.819 bis cpc, possono portare alla sospensione del giudizio arbitrale. Se dunque le ipotesi di sospensione ivi previste sono tassative, la pendenza di un giudizio autonomo pregiudiziale davanti al giudice ordinario non impedisce agli arbitri di deliberare *incidenter tantum* per poter decidere la lite pendente sul diritto dipendente.⁶⁷ Unica eccezione al generale potere di cognizione dell'arbitro è costituita dall'ipotesi in cui la questione pregiudiziale sorta nel corso del giudizio arbitrale debba essere decisa per legge con efficacia di giudicato. Ove si verifichi una simile ipotesi, occorre distinguere a seconda che la questione pregiudiziale sia o meno compromettibile. Se la questione è non compromettibile, gli arbitri ai sensi dell'art. 819 bis, co.1, n.1, devono sospendere il procedimento. Se invece la questione può essere oggetto di compromesso, gli arbitri potranno deciderla con efficacia di giudicato, se è stata effettivamente oggetto di convenzione, oppure sia raggiunto un nuovo accordo dalle parti⁶⁸. Se invece l'accordo delle parti non si raggiunge e la questione

⁶⁴ Marengo, Processo Arbitrale, Riv.Arb.2005, 793 ss.

⁶⁵ Menchini, Art.819 c.p.c., Questioni pregiudiziali di merito, in Riforma del diritto Arbitrale, Commentario sistematico a cura di Menchini S., in Nuove Leggi Civili Commentate, 2007, 1333

⁶⁶ Menchini, ibidem, 1330.

⁶⁷ Menchini, ibidem, 1332 e 1333.

⁶⁸ Menchini, ibidem, 1331

compromettibile di fatto non è stata oggetto di convenzione, ma sia necessaria una decisione per legge con efficacia di giudicato, gli arbitri dovrebbero sospendere il procedimento. Infatti non possono decidere quella questione né con efficacia di giudicato, visto che esula dalla convenzione, né conoscerla solo incidentalmente, visto che la legge richiede che sia decisa con efficacia di giudicato. D'altra parte le ipotesi di sospensione dell'art. 819 bis cpc sono considerate tassative e l'art. 819 ter cpc non consente l'applicabilità dell'art. 295 cpc ai rapporti tra arbitro e giudice. A questo punto le possibilità sono due : o si ritiene che comunque debba sospendersi il giudizio arbitrale⁶⁹ , oppure si ammette che possano conoscere incidentalmente la questione.

Se invece le questioni, ai sensi del comma 2, sono compromettibili e non è richiesta dalla legge decisione con efficacia di giudicato, è comunque possibile che le parti chiedano agli arbitri una decisione con tale efficacia. La richiesta deve essere fatta da tutte le parti se invece la questione è compromettibile, ma effettivamente non è stata oggetto di convenzione. Benchè queste richieste determinino un allargamento dell'oggetto del giudizio e un conseguente ampliamento dell'oggetto della prestazione degli arbitri, non è previsto che gli stessi prestino il loro consenso⁷⁰ .

In coerenza con la nuova disciplina delle questioni pregiudiziali e con l'estensione del potere di cognizione incidentale degli arbitri, l'art. 819 bis , co. 2, n.2 cpc, prevede la sospensione nel caso in cui sorga questione pregiudiziale non compromettibile e che per legge debba essere decisa con efficacia di giudicato. In questo caso la sospensione è l'unica via per evitare l'*empasse*, giacchè l'arbitro non ha il potere di decidere una questione non compromettibile , ma nello stesso tempo non può neppure conoscerne solo incidentalmente, perché questo è escluso dalla legge.

In altre due ipotesi invece non si verifica sospensione. Il primo caso è quello di questioni pregiudiziali , siano esse compromettibili o meno, di cui non sia prevista

⁶⁹ Menchini, *ibidem* , 1331 e ss e 1341 e ss.

⁷⁰ Bove, in Bove-Cecchella, *Il nuovo processo civile*, Mi,2006, 82.

per legge la decisione con efficacia di giudicato. Rispetto a queste questioni gli arbitri, ai sensi dell'art. 819 , co 1, cpc, potranno effettuare una cognizione incidentale, persino nel caso in cui tali questioni diventino oggetto di un separato giudizio ordinario. Il secondo caso è relativo a questioni pregiudiziali compromettibili, di cui la legge richiama la decisione con efficacia di giudicato. A questo proposito si dovrà distinguere se dette questioni effettivamente sono state oggetto di convenzione oppure no. Se sono state compromesse, gli arbitri decideranno con efficacia di giudicato nell'ambito del *simultaneus processus*, e non si porrà il problema dell'eventuale sospensione⁷¹. Stessa conseguenza si avrà se la questione compromettibile non è stata compromessa, ma si realizzi di fatto un allargamento della convenzione, conseguente l'accordo di tutte le parti a deferire quella questione agli arbitri. Se invece la questione non è stata compromessa e le parti non si accordano per devolverla agli arbitri, gli arbitri dovrebbero sospendere il procedimento. In questo senso si muove parte della dottrina , che propone un'interpretazione correttiva della disposizione, per estendere i casi di sospensione.⁷²Ma la lettera dell'art 819 bis, co2, n.2, prevede la sospensione solo per questioni non compromettibili, quindi, anche se è richiesta una decisione con efficacia di giudicato sulla questione, non vi sarebbero ragioni valide per escludere la cognizione incidentale degli arbitri. Del resto lo stesso art 819 , co 1, cpc, nel prevedere il potere di cognizione incidentale degli arbitri su questioni pregiudiziali, lo esclude solo se la legge impone la decisione con efficacia di giudicato e su materie non compromettibili.

4.Il rapporto tra il lodo e l'arbitrato su un rapporto connesso

⁷¹ Menchini-Motto, in Commentario sistematico, a cura di Menchini,in Nuove Leggi Civili Commentate, 2007, 1341

⁷² Menchini-Motto,in Commentario sistematico, a cura di Menchini,in Nuove Leggi Civili Commentate, 2007, 1341e ss.

Un altro strumento idoneo a favorire il processo cumulato potrebbe essere l'istituto della riunione, noto nel processo ordinario. Sennonchè, come si è già evidenziato, è superata la teoria della cd. *vis attractiva* del giudizio ordinario rispetto all'arbitrato, e addirittura non è neppure concepita una *vis attractiva* dell'arbitrato rispetto al giudizio ordinario, a prescindere dal problema di quale giudizio, arbitrale o giurisdizionale sia precedentemente pendente. Sul punto il dato normativo è quello dell'art. 819 tec, co.1, cpc, secondo cui “*La competenza degli arbitri non è esclusa...dalla connessione tra la controversia ad essi deferita ed una causa pendente davanti al giudice*”. La disposizione fa propria la posizione unanime della dottrina che si è richiamata e che si contrapponeva a un consolidato orientamento. Dunque il nuovo art. 819 ter ripropone quanto già previsto nell'art. 819 bis cpc a seguito della riforma del 1994. A bene vedere si può affermare che la competenza degli arbitri è una competenza forte, perché non è derogabile per connessione, a favore della competenza del giudice e può ostacolare l'instaurazione del processo cumulato. Del resto il comma 2 dell'art.819 ter presuppone che gli arbitri non fanno parte dell'ordinamento giudiziario, dunque non si vede come si possa ammettere una qualche forma di *traslatio iudicii*⁷³. I rapporti tra arbitro e giudice in merito al potere di decidere sono regolati secondo il sistema delle vie parallele anche rispetto ai rapporti connessi: non si ha la priorità di una via sull'altra, la pendenza di una controversia in una sede non impedisce la proposizione della domanda connessa nell'altra e il raccordo tra le due vie dipende dalle rispettive decisioni. Ma come

⁷³ Verde, Lineamenti di diritto dell'arbitrato, To.2006, 20.

anzidetto di fatto alcuni spazi di raccordo tra le due decisioni sono previsti eccome : potere di cognizione incidentale e potere di sospensione sono diretti a favorire una non contraddizione tra le decisioni. Un caso particolare che comunque è in quadrabile in questo ambito , è quello dell'art. 819 bis, co.2, cpc secondo cui *“se nel processo arbitrale è invocata l'autorità di una sentenza e questa è impugnata, si applica il secondo comma dell'art. 337”*. La disposizione richiamata prevede una sospensione facoltativa nel caso in cui in un giudizio sia invocata l'autorità di una sentenza impugnata. Tale sospensione, così come quella di cui all'art. 295 cpc, si fonda sul nesso di pregiudizialità dipendenza che lega le situazioni sostanziali⁷⁴. La sentenza, la cui autorità è invocata nel processo arbitrale⁷⁵, potrebbe avere ad oggetto una questione pregiudiziale non compromettibile, che deve essere decisa per legge con efficacia di giudicato, oppure una questione compromettibile o no, che gli arbitri possono conoscere solo incidentalmente⁷⁶. Nel primo caso si pone un problema di coordinamento tra la sospensione discrezionale , di cui al co 2 dell'art. 819 ter, con la sospensione necessaria, di cui al co.1, n. 2 della medesima disposizione. In base alla valutazione in ordine all'”efficacia naturale” della sentenza, il collegamento va fatto ritenendo che la sospensione necessaria operi finchè nel processo pregiudiziale non si giunga a sentenza, mentre la sospensione facoltativa decorra da quel momento. Altrimenti ritenendo che la sospensione discrezionale possa

⁷⁴ Menchini, Sospensione del processo civile, Enc del Dir., 25 ss.

⁷⁵ L'espressione può essere intesa in senso ampio, ritenendo che autorità stia ad indicare l'efficacia propria di ogni sentenza, a prescindere dal suo passaggio in giudicato, oppure in senso stretto, con riferimento ai soli casi di passaggio in giudicato .

⁷⁶ Menchini-Motto, in Commentario sistematico, a cura di Menchini, in Nuove Leggi Civili Commentate, 2007, 1353

operare solo quando nel processo sulla situazione dipendente venga invocata una sentenza passata in giudicato, successivamente oggetto di impugnazione straordinaria. In tutti gli altri casi troverebbe applicazione la sospensione necessaria.⁷⁷

Potrebbe anche accadere che la sentenza, di cui si invochi l'autorità nel giudizio arbitrale, abbia ad oggetto una questione di cui gli arbitri possano conoscere solo incidentalmente. In questo caso gli arbitri non devono prendere atto dell'accertamento della sentenza e perdono il potere di conoscere liberamente della questione, ma hanno anche il potere di sospensione discrezionale.

Anche in ragione della riforma dell'art. 824 bis cpc, secondo il quale il lodo ha gli stessi effetti della sentenza, è possibile che davanti agli arbitri venga invocata l'autorità di un precedente lodo impugnato, reso tra le stesse parti, sulla situazione giuridica pregiudiziale⁷⁸.

5 .La pendenza di arbitrati su rapporti connessi

Un problema sicuramente affine all'intervento e alla chiamata in causa, perché comunque inquadrabile nell'ambito del litisconsorzio successivo , è costituito dalla riunione di procedimenti arbitrali connessi, diretta a favorire il *simultaneus processus*.

Premettiamo che tale potere non è espressamente riconosciuto all'arbitro da alcuna disposizione, tuttavia non essendoci un divieto in tal senso, è possibile che, ai sensi dell'art. 816 bis cpc, sia attribuito un siffatto potere di riunione, proprio per previsione della convenzione. Affinchè si possa realizzare tale riunione occorre che le

⁷⁷ Menchini-Motto, ibidem.

⁷⁸ Boccagna, Impugnazione per nullità del lodo, Na, 2005, 364 ss.

cause connesse pendano davanti agli stessi arbitri e vi sia il consenso di tutte le parti. Ancora una volta è chiaro che la forma di arbitrato più adeguata per la realizzazione del cumulo è quella dell'arbitrato amministrato.⁷⁹ Non è invece possibile ammettere un sistema di *consolidation* autoritativa, giacché le parti hanno devoluto le controversie alla giustizia privata e di contro non è previsto alcun potere del giudice in tal senso, quindi il giudice non può riunire liti arbitrali connesse.

Diversamente la giurisprudenza di legittimità⁸⁰ ha riconosciuto la possibilità di celebrare *ab origine* un arbitrato unico, anche in presenza di una pluralità di clausole compromissorie, purchè sussista un collegamento negoziale tra i diversi contratti e vi sia omogeneità di contenuto tra le diverse clausole. La trattazione congiunta delle diverse cause connesse si imporrebbe per il << dovere di leale collaborazione delle parti nell'attività di costituzione del collegio >>. Tale dovere sarebbe una specificazione del più generale principio di buona fede nell'esecuzione del contratto. Sul punto alcuni interpreti hanno evidenziato che non troverebbero spazio interessi meritevoli di tutela a favore di una trattazione disgiunta della lite⁸¹. Diversamente si è opinato⁸² che si potrebbero compromettere esigenze di riservatezza su determinate liti, oppure si ritarderebbe la decisione della lite per aggravamento del procedimento. La trattazione congiunta delle controversie connesse può essere conseguente all'efficacia *ultra partes* della clausola compromissoria, ma questo si può realizzare solo se si ha un rapporto diretto tra i contratti, ad esempio per contratti inseriti in un accordo quadro.⁸³ Un'altra strada è quella di valorizzare il nuovo art. 808 quater cpc, per estendere la clausola compromissoria a tutte le controversie insorte tra le stesse parti e su una medesima operazione economica.⁸⁴ La giurisprudenza rispetto a queste aperture della dottrina si pone su una linea di timida apertura, poiché riconosce la

⁷⁹ Carnacini, voce *Arbitrato rituale e irrituale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, I, 2, UTET, Torino, 1958, 896 e ss.

⁸⁰ Cass.1231/2007, *Corr.Giur.*2008, 1269 e ss.

⁸¹ Luiso, *Pluralità di clausole e unicità del processo arbitrale*, www.judicium.it

⁸² Polinari, *Pluralità di clausole compromissorie, connessione di cause, e processo arbitrale: quali limiti alla realizzazione del simultaneus processus*, *Riv.dir.proc.*, 2008, 1159 e ss.

⁸³ Zucconi Galli Fonseca, *Collegamento negoziale e arbitrato*, judicium.it.

⁸⁴ Luiso, *Pluralità di clausole*, www.judicium.it

possibilità di *simultaneus processus* solo se i diversi contratti sono tra le stesse parti⁸⁵.

⁸⁵ App.Mi, 9/6/1998, R.Arb.2000, 97 e ss. con nota di Danovi,.

CAPITOLO 3

1. Premessa

Le figure che compongono la categoria delle «*complicazioni soggettive nell'ambito del processo*»⁸⁶, civile o arbitrale che sia, sono tante e diverse: oltre alle figure di litisconsorzio necessario e facoltativo, cui normalmente ci si riferisce in caso di pluralità originaria di parti, si va dall'intervento volontario all'integrazione necessaria del contraddittorio, passando per l'intervento coatto o su istanza di parte e, talora, per la successione a titolo particolare nel diritto controverso. Ciò che accomuna tutti i sopracitati istituti è la partecipazione al processo di un numero di parti superiori a due, laddove il processo "base", tipico, su cui è delineata la disciplina del codice di procedura è quello con due sole parti tra loro contrapposte, tanto nel processo davanti al giudice ordinario, quanto per il procedimento arbitrale⁸⁷.

Ma, a prescindere dal dato fattuale della pluralità di parti balza agli occhi una netta frammentarietà e asistematicità della disciplina legale vigente⁸⁸, frammentarietà

⁸⁶ L'efficace espressione è tradizionale nella dottrina italiana, cfr. CARNACINI, voce *Arbitrato rituale*, in *Noviss. Dig. It.*, I, 2, Torino, 1958, 895 ed è stata nel tempo ripresa da vari autori, di recente, ad es. AULETTA, *sub artt. 34-37 D. Lgs. 5/2003*, in *La riforma delle società – Il processo*, a cura di SASSANI;

⁸⁷ LA CHINA, *L'arbitrato – Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2004, 93.

⁸⁸ Un illustre A., che molta attenzione ha prestato al problema della pluralità di parti, sulla sua attuale sistemazione si è espresso così: «*un quadro normativo abbastanza vasto, piuttosto eterogeneo e senz'altro sistematico, che non riesce, nemmeno in via di approssimazione, ad offrire all'interprete la disciplina dei diversi momenti di rilevanza dei fenomeni sottoposti ad indagine*», così FABBRINI, voce *Litisconsorzio*, in *Enc. dir.*, 24, Milano, 1974. Nello stesso senso, ma con riferimento soltanto alla dinamica del procedimento litisconsortile, MENCHINI, *Il processo litisconsortile – Struttura e poteri delle parti*, I, Milano, 1993, 1 e ss. per cui: «*la vigente legge processuale non si occupa, se non in intervento ai terzi di fronte agli arbitri (non almeno nei termini generalissimi in cui essa è formulata)*», dovendosi infatti ritenere che, mentre nel caso dell'opposizione di terzo avverso il lodo, essendo questa proposta innanzi ad un organo della giurisdizione ordinaria, il terzo abbia un diritto soggettivo ad ottenere una pronuncia di merito; nel caso dell'intervento tale diritto non sussiste, essendo gli arbitri vincolati soltanto nei confronti dei danti causa, ovvero degli originari compromittenti.

che, come nel caso del processo innanzi agli arbitri si tramuta in silenzio assordante del legislatore, protrattosi nel tempo e reiteratosi di riforma in riforma fino alla recente previsione degli artt. 816 *quater* e 816 *quinquies* del codice di procedura civile.

In conseguenza di ciò la dottrina e la giurisprudenza hanno per molto tempo dovuto supplire alle lacune del sistema, sforzandosi di desumere le regole non esplicitamente dettate dai *conditores*.

Le proposte interpretative non sono mancate, ma la polemica circa la soluzione da preferire non si è mai placata, rinfocolandosi anzi con la riforma al codice di procedura civile del 1994 e l'introduzione dello strumento dell'opposizione di terzo avverso il lodo⁸⁹.

Per quello che concerne l'intervento volontario, la posizione maggioritaria, ampiamente diffusa fino all'introduzione dell'opposizione di terzo, faceva leva sulla natura privata del compromesso e della clausola compromissoria e, di conseguenza, del procedimento arbitrale da tali atti promanante. In sostanza si riteneva che, essendo l'arbitrato un fenomeno tutto relegato nella sfera dello *jus privatorum*, i terzi, estranei per definizione alla convenzione di arbitrato, nulla avessero da temere da questa e dal lodo, ciò che giustificava l'impossibilità per essi di intervenire in un avvenimento per loro esterno ed irrilevante⁹⁰, impossibilità che riguardava anche

⁸⁹ A mero titolo esemplificativo, sia consentito ricordare le antitetiche posizioni di RUFFINI, *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, in *Studi in onore di Luigi Montesano*, Padova, 1997, 666 e ss., secondo cui: «l'ormai esplicitamente riconosciuta ammissibilità dell'opposizione di terzo avverso il lodo arbitrale non consente più di predicare la totale estraneità dei terzi rispetto ai risultati del giudizio arbitrale e costringe ad impostare in termini diversi da quelli tradizionalmente recepiti la problematica relativa alla possibilità di intervento nel giudizio arbitrale», e di SASSANI, *L'opposizione del terzo al lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1995, 209, per cui: «[...] la ricostruzione dell'opposizione di terzo può considerarsi tête de chapitre per la sistemazione del problema dei terzi nell'arbitrato. Non tutte le implicazioni tratte dall'affermazione paiono però condivisibili. Non in particolare quella che riconosce facoltà di intervento ai terzi di fronte agli arbitri (non almeno nei termini generalissimi in cui essa è formulata)», dovendosi infatti ritenere che, mentre nel caso dell'opposizione di terzo avverso il lodo, essendo questa proposta innanzi ad un organo della giurisdizione ordinaria, il terzo abbia un diritto soggettivo ad ottenere una pronuncia di merito; nel caso dell'intervento tale diritto non sussiste, essendo gli arbitri vincolati soltanto nei confronti dei danti causa, ovvero degli originari compromittenti.

⁹⁰ REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1954, 473; SCHIZZEROTTO, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, 482.

l'ipotesi di intervento volontario svolto dal litisconsorte necessario pretermesso e di intervento adesivo dipendente⁹¹.

Ma, si aggiungeva da taluni che, se l'arbitrato nasce si sviluppa e si conclude tutto sul piano del contratto, ciò non significa di per sé che esso sia un fenomeno "chiuso" ai terzi, dovendosi in primo luogo ammettere la possibilità di intervento per coloro i quali hanno sottoscritto la clausola compromissoria o il compromesso ed, in secondo luogo, ben potendosi ammettere, rispetto a chi del negozio non è parte originaria, la possibilità, con l'assenso degli originari contraenti (e secondo alcuni autori degli arbitri⁹²) di entrare a far parte in un secondo momento del procedimento arbitrale⁹³.

Sul fronte opposto si collocavano coloro i quali⁹⁴ ritenevano fosse necessario valorizzare la natura giurisdizionale, di processo, dell'arbitrato, ciò che, si badi, non implica, di per sé, alcuna negazione della matrice privatistica e non pubblicistica dell'istituto. Difatti, l'arbitrato è fenomeno che nasce dal contratto (compromesso o clausola compromissoria che sia) si sviluppa in un processo (in un procedimento connotato dal contraddittorio) e termina con una pronuncia (il lodo) che, in quanto *dictum* di soggetti terzi e imparziali, si discosta già ontologicamente dal contratto che è invece per definizione un atto di parte.

Elemento comune alla posizione degli autori che hanno dubitato della impossibilità di concepire un intervento nel procedimento arbitrale del soggetto terzo

⁹¹ ORICCHIO, *L'arbitrato*, Napoli, 1994, 61; PUNZI, voce *Arbitrato rituale e irrituale*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, 18; VECCHIONE, *L'arbitrato nel sistema del processo civile*, Milano, 1971, 547 e ss.

⁹² CARNACINI, *ibidem.*, il quale molto efficacemente dichiara che: «*pensiamo che un terzo possa aderire agli accordi arbitrali anche a processo già instaurato, e possa quindi intervenire in quest'ultimo, purché trovi consenzienti tutte la dramatis personae e cioè le altre parti e gli stessi arbitri*»; nel medesimo senso, riportando le medesime espressioni, PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 568; RUFFINI, *op. ult. cit.*, 683; DELLA PIETRA, *Il procedimento*, in *Diritto dell'arbitrato*, a cura di VERDE, Torino, 2005, 246.

⁹³ CARNACINI, *ibidem.*, 896; ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, 770; LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2000, 341.

⁹⁴ E. F. RICCI, *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 655 e ss., il quale, ben prima della introduzione del rimedio dell'opposizione di terzo, ne aveva predicato applicabilità al lodo rituale assieme alla possibilità dell'intervento nel procedimento arbitrale. Nello stesso senso, FAZZALARI, *Le difese del terzo rispetto al lodo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 1992, 615

rispetto alla convenzione arbitrale è insomma l'aver spostato l'attenzione dall'origine del fenomeno (il compromesso o la clausola compromissoria) all'atto conclusivo (il lodo), ritenendo che in quest'ultimo, in ragione della capacità di svolgere, anche rispetto ai terzi, un'efficacia, se non identica, equipollente a quella di una sentenza, doveva annidarsi la ragione che consentisse ai terzi di prendere parte ad un procedimento che avrebbe portato alla emissione di un provvedimento capace di incidere sulla loro stessa posizione giuridica come fosse un provvedimento del giudice togato.

In altri termini, ed in estrema sintesi, che il compromesso e la clausola compromissoria siano atti aventi natura contrattuale è affermazione assolutamente non revocabile in dubbio, da ciò discende poi che i poteri afferenti agli arbitri non possono che essere _ derivando dalla potestà di diritto privato dei singoli che hanno investito gli arbitri stessi del *munus* _ poteri di matrice e natura privatistica, mentre, a ben vedere, nulla vieta che il prodotto finale del procedimento arbitrale, il lodo, sia connotato _ per scelta legislativa _ da un'aurea differente, abbia cioè caratteristiche tali per cui non sia un atto in tutto e per tutto equivalente ad un contratto, ma venga a collocarsi su di un piano diverso.

Si è di conseguenza autorevolmente affermato che: *«l'opinione che l'intervento non sia ammissibile, stante l'estraneità del terzo rispetto al patto compromissorio, oltre ad essere comune, sembrerebbe anche evidente. A mio avviso non è, invece, fondata, e quella estraneità non serve a "solvere argumentum". Bisogna risalire ad altri principi: cioè, ancora a quelli che derivano dalla possibile equiparazione degli effetti del lodo rituale a quelli della sentenza del giudice [...]»*⁹⁵. Da tale premessa logica si è dunque desunto che, coloro i quali hanno scelto di intraprendere la via dell'arbitrato rituale per tutelare i propri diritti, lo hanno fatto nella consapevolezza che il provvedimento finale sarebbe stato equivalente ad una sentenza ciò che, se da un lato implica le note conseguenze in tema di efficacia del *dictum* verso i terzi,

⁹⁵ FAZZALARI, *L'arbitrato*, Torino, 1997, 58-59.

dall'altro comporta l'assoggettamento delle parti ad un contraddittorio «aperto». Pertanto, «*la estraneità del terzo al compromesso che ha generato l'arbitrato non rileva. Quando si verta in arbitrato rituale, e tosto che il processo arbitrale abbia inizio, esso si svolge, quanto al terzo, come se fosse un processo innanzi al giudice, nel senso che si profila, per il terzo, come fonte di esiti per lui vincolanti [...] rispetto ai quali egli ha diritto di tutelarsi, anche e innanzi tutto mediante la propria partecipazione*».⁹⁶

Per quello che concerne l'intervento del litisconsorte necessario si riscontrava invece una maggiore concordia, ammettendosi pacificamente la possibilità dell'intervento⁹⁷ _ a prescindere dall'adesione o meno dell'interventore all'accordo sull'arbitrato _ sempre che il terzo, intervenendo, accettasse il collegio così come nominato dalla altre parti. Restando in ogni caso fermo che, in assenza di intervento volontario del litisconsorte necessario pretermesso non fosse possibile evocarlo coattivamente in giudizio e che, qualora il terzo non fosse anche parte della convenzione di arbitrato, tale assenza avrebbe provocato non solo la impossibilità per gli arbitri di emettere un lodo di merito, ma anche la nullità della convenzione di arbitrato stessa.

Così delineato lo stato del dibattito circa le complicazioni soggettive del processo, il legislatore ha, una prima volta, preso posizione sul problema con gli artt. 34 e 35 del D. Lgs. 5/2003 in tema di processo societario, dove, all'art. 35, comma 2, si detta una disciplina *ad hoc* in base alla quale: «*nel procedimento arbitrale promosso a seguito della clausola compromissoria di cui all'art. 34, l'intervento di terzi a norma dell'art. 105 del codice di procedura civile nonché l'intervento di altri soci a norma degli articoli 106 e 107 dello stesso codice è ammesso fino alla prima*

⁹⁶ FAZZALARI, *op. loc. ult. cit.*, il quale però ritiene esperibili innanzi agli arbitri solamente l'intervento principale e quello adesivo autonomo, rimanendo invece esclusa la possibilità dell'intervento litisconsortile in quanto, secondo tale Autore, finalizzato, non a tutelare la posizione giuridica dell'interventore rispetto alla decisione (la quale non ha efficacia né diretta né riflessa nei suoi confronti), ma solo a di servirsi del *simultaneus processus*.

⁹⁷ FAZZALARI, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 108. SALVANESCHI, *L'arbitrato con pluralità di parti*, cit., 224 e 272 e ss.; RUFFINI, *L'intervento nel giudizio arbitrale*, cit., 649;

udienza di trattazione. Si applica l'art. 820, comma secondo, del codice di procedura civile».

La norma, indubbiamente innovativa, consente ai terzi, indistintamente, di intervenire volontariamente nel procedimento arbitrale pendente⁹⁸, mentre l'applicabilità degli istituti di cui agli artt. 106 e 107 c.p.c. è consentita solo in relazione a coloro i quali, essendo soci, avranno necessariamente sottoscritto la clausola compromissoria.

La *ratio* che informa la disciplina della pluralità di parti nell'arbitrato societario è chiaramente diversa da quella che sta a fondamento della disposizioni sulla medesima materia nell'arbitrato di diritto comune, e la differenza maggiore si apprezza andando a confrontare la formazione degli organi giudicanti nei due tipi di arbitrato: laddove il legislatore delegato del 2003, confrontandosi con una tipologia di arbitrati che traendo origine all'interno di una compagine societaria, andava a regolare un arbitrato che nasceva nella quasi totalità dei casi come multiparti⁹⁹ o comunque ontologicamente esposto più di altri alle complicazioni soggettive dovute alla naturale plurisoggettività delle clausole compromissorie degli statuti societari; il legislatore delegato del 2006 introduceva una disciplina della pluralità di parti e delle complicazioni soggettive successive all'instaurazione del procedimento in un contesto "ordinario", ispirato, come ricordato, ad un modello bipolare. Ciò ha con ogni evidenza influenzato la disciplina positiva dei due istituti comportando per l'arbitrato societario la scelta a favore di un organo terzo, di matrice eteronoma rispetto alle parti in causa ed alla società stessa, mentre la legge delega della riforma dell'arbitrato ha, in linea con i principi generali della materia, richiesto che fosse

⁹⁸ BIAVATI, *Il procedimento nell'arbitrato societario*, in *Riv. arb.*, 2003, 34; CARPI, *Profili dell'arbitrato in materia societaria*, in *Riv. arb.*, 2003, 426; AULETTA, *sub art. 35*, in *La riforma delle società. – Il processo*, cit., 345. *Contra*, tuttavia, BOVE, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in *Giust. civ.*, 2003, 487; LUISO, *Appunti sull'arbitrato societario*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 719 e RUFFINI, *Il nuovo arbitrato per le controversie societarie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 526 e ss., secondo i quali la possibilità di un intervento volontario dei terzi estranei alla clausola compromissoria statutaria sarebbe comunque subordinato al consenso dei soci parti dell'arbitrato.

⁹⁹ Parla di «*arbitrato ad alto rischio multipartiti*» ZUCCONI GALLI FONSECA, *sub art. 34, d. lgs. 5/2003*, in *Arbitrato societario*, a cura di CARPI, cit., 31.

valorizzata, in sede di normazione, per la nomina dell'organo giudicante, la volontà delle parti.

2. L'intervento volontario.

Dal confronto della disciplina delle complicazioni soggettive nei due modelli di arbitrato con pluralità di parti disciplinati nel nostro ordinamento, si nota _ se possibile con ancora più risalto _ che nel redigere la disposizione di cui all'art. 816 *quinquies* c.p.c. non si è tenuta nella giusta considerazione la differenza, già ampiamente focalizzata dalla dottrina, tra i terzi vincolati dal patto compromissorio e i terzi che invece sono, a tutti gli effetti, estranei all'arbitrato.

In realtà nulla vieta di ritenere che la mancata distinzione dei due casi sia una precisa scelta legislativa da decifrare, attenendosi ad una rigorosa interpretazione letterale, nel senso che ad ambedue le categorie di soggetti vada applicata la medesima regola, consistente nella necessità del consenso di tutte le «*dramatis personae*», così come ritenuto dalla autorevole dottrina, largamente maggioritaria, sopra ricordata.

Se nulla dice la legge, nulla deve desumere l'interprete se non che, per intervenire _ o essere chiamati _ nell'arbitrato pendente, a prescindere dal fatto che il soggetto abbia o meno aderito originariamente all'accordo compromissorio, occorre sempre il consenso di tutti i soggetti che, a qualunque titolo, svolgono un ruolo attivo nel procedimento (parti costituite ed arbitri), e questa posizione, certamente aderente alla lettera del dettato normativo, ha trovato anche l'avallo di parte della dottrina¹⁰⁰.

Tuttavia, non può tacersi che una tale soluzione interpretativa non riesce a convincere del tutto, poiché, complice il silenzio della legge, si finisce col ritenere regolate in identica maniera due fattispecie che identiche non sono, non potendosi

¹⁰⁰ Ritiene la norma del primo comma dell'art. 816 *quinquies* applicabile sempre e comunque a tutti i soggetti che intervengono o che sono chiamati in giudizio «*non importa se vincolati o meno alla convenzione arbitrale*», NELA, *op. cit.*, 1751. Così anche _ sebbene in chiave critica rispetto alla scelta operata dal legislatore _ CORSINI, *Prime riflessioni sulla nuova riforma dell'arbitrato*, in *Contr.*, 2006, 518.

ritenere irrilevante, ai fini della partecipazione all'arbitrato, il fatto che un soggetto abbia o meno aderito, *ab origine*, alla convenzione di arbitrato.

E difatti gli strali dei primi commentatori si sono appuntati sulla troppo generica formulazione legislativa, tentando di far emergere per via interpretativa quella distinzione tra le due categorie di possibili interventori _ lo si ripete: coloro i quali sono comunque parte del compromesso o della clausola compromissoria e coloro i quali ne sono totalmente estranei _ che, a prima vista, non traspare dall'ordito della disposizione.

Sebbene la tesi della indifferenza soggettiva rispetto alla convenzione di arbitrato sia quella, apparentemente, più aderente alla lettera della disposizione in commento, un appiglio letterale a sostegno della posizione che vuole la norma applicabile ai soli terzi estranei alla convenzione d'arbitrato esiste ed è l'esplicito riferimento all'accordo che il legislatore ha ritenuto di includere nella enunciazione della norma stessa. L'intervento è infatti subordinato all' «*accordo del terzo e delle parti*», oltre che al «*consenso degli arbitri*». È stata da taluno rilevata la superfluità di un riferimento espresso al consenso del terzo, posto che, se l'intervento è volontario, è fin troppo ovvio che il terzo sia consenziente ad intervenire, ma, a ben vedere, la formulazione del primo comma dell'art. 816 *quinquies*, almeno in questo punto, non è poi così approssimativa.

Non è ozioso infatti notare che la disposizione non parla di consenso del terzo, bensì di *accordo* tra terzo e parti già presenti nel procedimento, ciò che viene posto in risalto anche dalla prossimità del termine «consenso» riferito però soltanto agli arbitri: gli arbitri prestano il loro consenso, i terzi non si limitano a quello, poiché concludono un vero e proprio contratto, un accordo giuridico, con le parti. Questo dice la norma e sarebbe riduttivo interpretare il testo come se chiedesse un inutile consenso dei terzi per un'attività che hanno scelto di porre in essere.

Ma se la condizione per l'intervento dei terzi è la conclusione di un accordo con le parti dell'arbitrato, non è revocabile in dubbio che tale condizione ha senso solo con riguardo a quelle parti che non hanno sottoscritto la convenzione di

arbitrato. Il terzo insomma aderisce alla convenzione già esistente tra le parti, con ciò innovandola, almeno dal punto di vista soggettivo, e per tale ragione sembra corretto ritenere che qualora il terzo sia tale rispetto alla procedura arbitrale instaurata, ma non rispetto all'accordo compromissorio sottostante, «*il suo intervento non sarebbe sottoposto ad alcuna condizione e non si applicherebbe l'art. 816-quinquies*»¹⁰¹.

Tutto ciò è stato efficacemente ribadito dalla migliore dottrina che si è occupata della materia, la quale ha rimarcato che l'esclusione del terzo estraneo alla convenzione di arbitrato dal procedimento pendente innanzi agli arbitri si giustifica in virtù della mancanza del patto comune a tutte le parti con cui esse, decidendo di affidare la risoluzione della controversia agli arbitri, rinunciano alla giurisdizione del giudice ordinario. Questa è la *ratio* della preclusione introdotta dal legislatore con la norma in commento ed è «*immediatamente evidente che la preclusione dell'intervento o alla chiamata del terzo compromittente è del tutto estranea a questa logica*», si aggiunga poi che, se così non fosse, l'interprete dovrebbe aderire ad una «*regola di esclusione estranea alla ratio per cui la regola stessa è stata dettata*»¹⁰².

Sebbene sia stata chiaramente espressa la preferenza per una delle due opzioni interpretative, deve riconoscersi che esse sono ambedue plausibili e, al contempo, deve rilevarsi che ognuna delle due porta con sé taluni inconvenienti applicativi.

Affrancare il terzo compromittente dalla sfera di applicazione della disposizione in commento comporta infatti un accesso, che potremmo definire indiscriminato, al procedimento già in corso, in favore dei compromittenti e ciò implica che l'arbitrato possa “aggravarsi” in conseguenza dell'ampliamento del *thema decidendum*. Tale inconveniente, tuttavia non sembra tale da inficiare la soluzione interpretativa proposta se non altro perché, visto che la convenzione di

¹⁰¹ G. F. RICCI, *op. loc. ult. cit.*. Escludono recisamente che l'art. 816 *quinquies* si applichi ai compromittenti LUISO – SASSANI, *La riforma del processo civile*, Milano, 2006, 291, per i quali per l'applicazione delle norme di cui all'art. 816 *quinquies*: «... il presupposto di partenza comune è che i terzi non siano vincolati dalla convenzione di arbitrato».

¹⁰² Così SALVANESCHI, *sub art. 816 quinquies c.p.c.*, cit., 1293 e ss., la quale tuttavia non nasconde «l'imbarazzo» cui va incontro l'interprete nel rapportarsi ad una norma congegnata come l'art. 816 *quinquies* c.p.c., che dimentica di discriminare tra le due tipologie di possibili interventori.

arbitrato, originariamente stipulata, già prevedeva il possibile litisconsorzio di più di due soggetti, era, sin dalla conclusione di tale accordo, nota _ o per lo meno ipotizzabile _ alle parti, così come agli arbitri, l'evenienza che un intervento avrebbe potuto ampliare la compagine dei litiganti e le questioni sul tavolo dei giudicanti; in altri termini, tutte le parti una volta concluso l'accordo arbitrale sanno che il procedimento è aperto all'ingresso di tutti i compromittenti e di nuove questioni già recepite nella convenzione¹⁰³.

Ritenere invece che anche l'intervento o rimasto inizialmente escluso (volontariamente o perché non convenuto) sia disciplinato dalla regola di cui al primo comma dell'art. 816 *quinquies* comporta che si ammetta la possibilità per uno dei contraenti di instaurare l'arbitrato contro taluna soltanto delle altre parti ed allo stesso tempo di impedire che altre vi possano assumere alcun ruolo, ciò che, sebbene non violi alcuna norma del processo arbitrale _ essendo il *simultaneus processus* null'altro che uno strumento di opportunità fondato su ragioni di economia processuale _, appare comunque eccentrico, non foss'altro che le parti, avendo tutte convenuto la sottrazione della controversia al giudice statale, avevano tutte prestato il proprio consenso alla celebrazione di un unico processo arbitrale, che risulterebbe invece impedito per volontà anche di una sola tra loro.

Semberebbe pertanto preferibile limitare l'applicazione della norma di cui al primo comma della disposizione in commento al solo caso in cui ad intervenire sia un terzo estraneo tanto al procedimento arbitrale quanto alla convenzione di arbitrato originaria. Solo per consentire l'ingresso nel processo arbitrale in corso di tale terzo occorre l'accordo tra questi e le parti ed il consenso degli arbitri.

¹⁰³ Cfr. SALVANESCHI, *op. ult. cit.*, 1294, l'Autrice si premura a evidenziare che in questi casi di intervento "libero", si deve comunque reputare necessario un consenso _ riteniamo anche implicito _ degli arbitri, i quali potrebbero rifiutare di continuare a prestare la loro opera nel caso in cui le parti non concedessero loro un congruo termine in considerazione dell'intervento o della chiamata in causa, ovvero nel caso in cui l'ingresso di un soggetto prima estraneo alla lite cagioni situazioni di incompatibilità tra questo e taluno degli arbitri.

In ogni caso è chiaro che nell'ipotesi in cui tutte le parti e gli arbitri siano consenzienti all'intervento, da chiunque posto in essere, non si pone alcun problema in ordine alla distinzione in argomento.

Problemi possono sorgere invece allorquando taluno dei litiganti non presti il proprio benessere all'ingresso nel processo del terzo. Vi è stato a tal proposito, infatti, chi ha ritenuto di criticare l'opzione accolta nel primo comma della disposizione che si commenta laddove il riferimento all'accordo delle parti sia generalizzato e non discrimini sulla base del tipo di intervento che viene spiegato dal terzo. In tale ottica, è stata censurata la necessità dell'approvazione delle parti _ ed a maggior ragione degli arbitri _ per il caso in cui colui il quale voglia intervenire abbia da far valere un diritto autonomo ed incompatibile nei confronti di tutti i soggetti costituiti, poiché, si è ritenuto, l'interventore *ad excludendum* sarebbe leso nel suo diritto di difesa costituzionalmente garantito¹⁰⁴. Sebbene non possa negarsi la possibilità che il provvedimento degli arbitri possa riverberarsi, in via di fatto, negativamente sulla situazione del terzo titolare della posizione giuridica soggettiva autonoma confliggente con i diritti fatti valere innanzi agli arbitri, sembra tuttavia che la regola introdotta dal codice non violi alcun principio costituzionale, dovendosi ritenere che in ogni caso di intervento volontario, non vertendo la lite su situazioni sostanziali tali da implicare un litisconsorzio necessario, il lodo emesso tra le parti originariamente costituitesi in arbitri, in assenza di terzi possibili litisconsorti facoltativi, non svolga alcun effetto diretto nei confronti del terzo che è rimasto, per l'appunto, estraneo al procedimento e che ben potrà far valere i propri diritti in separata sede.

Dovrà invece aversi riguardo, in un contesto incardinato sul rispetto della volontà delle parti nella nomina degli arbitri, ai principi, di ordine pubblico, di parità delle parti nella nomina degli arbitri e di imparzialità dell'organo giudicante,

¹⁰⁴ MARENCO, *Processo arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2005, 804, il quale fonda il proprio assunto sulla diversa efficacia del lodo rispetto al terzo interventore principale rispetto a quello interventore litisconsortile. In altri termini, mentre in caso di intervento *ad excludendum* il lodo produrrebbe effetti nel patrimonio del terzo «*imponendo che e[gli] p[ossa] partecipare al processo arbitrale indipendentemente dal consenso delle parti originarie e degli arbitri*», nel caso di intervento adesivo autonomo, la soluzione legislativa «*può condividersi [...] giacché il terzo _ affermando un diritto autonomo e compatibile con quelli dedotti dalle parti originarie _ non è destinatario degli effetti del lodo*».

ambidue recepiti dal disposto della disposizione del precedente art. 816 *quater* c.p.c., del codice di rito, pertanto deve ritenersi che, aderendo in un secondo tempo all'accordo compromissorio, l'interventore faccia suo il collegio così come nominato dai litisconsorti originari. Il mancato avveramento di tale condizione _ cioè la manifestazione della volontà di non accettare l'organo giudicante nella composizione che lo contraddistingue _ è ostativo alla realizzazione dell'intervento, finendo con l'impedire proprio il raggiungimento di quell'accordo che la norma prescrive, non restando altro, per il soggetto estraneo anche alla convenzione di arbitrato _ il quale sarà anche terzo rispetto al lodo emesso dal collegio _, che la non partecipazione al procedimento ed eventualmente la possibilità di impugnare il lodo con l'opposizione di terzo.

Il problema della nomina del collegio sarà probabilmente più avvertito nei casi in cui colui che interviene è pure un originario compromittente, poiché in tal caso egli ben potrà dolersi di non aver avuto la possibilità di partecipare alla designazione del collegio allo stesso modo degli altri compromittenti originari che invece hanno esercitato il proprio diritto alla nomina degli arbitri, almeno tra loro, nella parità delle armi. È di tutta evidenza che il soggetto in questione svolgerà un semplice calcolo di opportunità, restando in capo a lui la scelta finale di intervenire _ accettando il collegio _ o non farlo. Certo è che, in caso di mancato intervento, il terzo compromittente, che sia rimasto estraneo al procedimento potrà, come il terzo estraneo anche alla convenzione arbitrale, legittimamente impugnare il lodo eventualmente emesso dagli arbitri con l'opposizione di terzo ovvero intervenire nel giudizio di impugnazione del lodo *ex art. 344 c.p.c.*, ma, in aggiunta, residuerà in capo ad esso pure la possibilità di instaurare un nuovo arbitrato provocando *ad litem* le parti del procedimento pendente partecipando così questa volta alla nomina degli arbitri.

La novella, recependo le istanze della dottrina più attenta, ha giustamente¹⁰⁵ valorizzato la posizione degli arbitri condizionando l'intervento del terzo al consenso di questi. Non è esplicitato se il consenso debba essere prestato da ogni singolo arbitro o si riferisca al collegio nel suo insieme, che

potrà dunque deliberare a maggioranza, sembra ad ogni modo che la soluzione preferibile sia quest'ultima, dovendosi intendere il riferimento agli arbitri, in mancanza di più sicuri appigli positivi, come all'organo giudicante nel suo insieme. A tacer d'altro, in tutte le altre norme del medesimo capo III, del titolo VIII, del libro IV del codice di rito l'espressione «*gli arbitri*» si riferisce sempre, con certezza, al collegio e non si vede perché solo nella norma in discorso si dovrebbe abbandonare l'interpretazione usuale e letterale a favore di una soluzione che sarebbe "punitiva" rispetto all'istituto dell'intervento; né sembra ragionevole attribuire ad ogni singolo arbitro, piuttosto che all'organo giudicante, un potere tale da impedire il *simultaneus processus*.

Inoltre, sempre in riferimento agli arbitri, come ampiamente rappresentato, la posizione del terzo compromittente esula dall'ambito di applicazione soggettivo della norma e, pertanto, non si pone nei suoi confronti alcun problema in tal senso. Vale la pena di notare, tuttavia, che la questione del consenso degli arbitri rispetto a colui il quale interviene pur avendo concluso la convenzione di arbitrato sarebbe superata *in apicibus* sol ritenendo tale consenso degli arbitri _ che hanno comunque accettato il mandato _ valido ed efficace in relazione ai limiti oggettivi e soggettivi dell'intera convenzione di arbitrato, ritenendo cioè che gli arbitri accettando l'incarico accettano anche la possibilità che taluni compromittenti possano intervenire nel procedimento ed ampliarne l'oggetto con nuove domande e questioni, ma sempre nei limiti della convenzione di arbitrato.

¹⁰⁵ Contrario al coinvolgimento degli arbitri nel meccanismo che regola l'ingresso successivo di terzi nel procedimento arbitrale è MARENGO, *op. loc. ult. cit.*.

Non occorre sottolineare che l'intervento adesivo dipendente, per definizione non innovativo, sfugge alla norma in commento ed alle sue preclusioni, essendo possibile effettuarlo in base all'art. 816 *quinquies*, comma 2 c.p.c., a prescindere dalla volontà comune di terzi e parti e dal consenso degli arbitri.

3 La chiamata in arbitri.

Come anticipato, la disposizione dell'art. 816 *quinquies*, primo comma, c.p.c., disciplina tanto l'intervento volontario quanto la «*chiamata in arbitrato*», come espressamente sancito dalla disposizione stessa.

Sembra anzi che la portata innovativa della norma sia in proposito ancor più accentuata di quanto non sia in tema di intervento volontario dato che, sebbene dibattuto, l'intervento volontario veniva dalla dottrina sostanzialmente ammesso in riferimento ai terzi compromittenti e, talora, pure in riferimento ai terzi estranei alla convenzione di arbitrato, mentre era opinione comune che non potessero avere cittadinanza nell'arbitrato gli interventi coatti, né gli ordini di integrazione del contraddittorio¹⁰⁶. Le motivazioni che fondavano tale convinzione erano varie e tutte plausibili: costringere un terzo all'arbitrato ledeva infatti il suo diritto costituzionale a non essere distolto dal giudice naturale _ statale _, precostituito per legge e con particolare riguardo all'intervento *jussu judicis* e all'ordine di integrazione del contraddittorio dubbi sorgevano pure in relazione alla sussistenza in capo agli arbitri

¹⁰⁶ Cfr. ANDRIOLI, *op.loc. ult. cit.*; CARNACINI, *op. cit.*, 896; D'ONOFRIO, *Commento al codice di procedura civile*, II, Torino, 1957, 492; LEVONI, *Rassegna di giurisprudenza sull'arbitrato e le procedure arbitrali*, Milano, 1965, 128; FAZZALARI, *Le difese del terzo rispetto al lodo arbitrale*, cit., 621 e ss.; ID, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 108 – 113; PIERGROSSI, *op. cit.*, 2572; REDENTI, voce *Compromesso*, cit., 786 e ss. e 802; ID., *Diritto processuale civile*, cit., 473; VECCHIONE, *op. cit.*, 549; SCHIZZEROTTO, *op. cit.*, 483 e ss.; PUNZI, *Arbitrato rituale e irrituale*, cit. 18. *Contra* però, almeno rispetto alla chiamata del terzo compromittente, RUFFINI, *op. ult. cit.*, 662, secondo cui: «*ciò che davvero è inconcepibile, nel giudizio arbitrale, non sono gli interventi coatti o gli ordini di integrazione del contraddittorio, da ritenersi in linea di principio ammissibili quante volte il terzo rispetto al giudizio arbitrale non sia rimasto estraneo al patto compromissorio e alla nomina degli arbitri, bensì l'estensione coatta del vincolo compromissorio al terzo che non vi sia già soggetto, né intenda aderirvi*»; nello stesso senso G. F. RICCI, *sub art. 816 c.p.c.*, cit., 323; ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, cit. 756 e ss..

di poteri autoritativi nei confronti di terzi, a prescindere dalla circostanza che essi avessero o meno concluso originariamente la convenzione di arbitrato.

In prima battuta si deve sottolineare che, diversamente che per l'intervento volontario, il legislatore, opportunamente, non distingue tra chiamata innovativa e chiamata non innovativa, pretendendo sempre tanto l'accordo delle parti col terzo che il consenso degli arbitri affinché possa darsi seguito all'intervento coatto.

Resta da chiarire se anche per il caso della chiamata in causa, come per quello dell'intervento volontario, debba accedersi alla distinzione tra i terzi che, pur estranei al procedimento arbitrale pendente, sono comunque parti originarie della convenzione di arbitrato e i terzi che sono estranei all'una come all'altro.

Trattandosi della medesima disposizione la tentazione di accedere acriticamente alle conclusioni cui si è giunti in tema di intervento è forte, tanto più che le ragioni ermeneutiche che hanno indotto ad optare per la tesi della differenziazione tra le due categorie di possibili interventori ben possono essere riproposte anche qualora all'istituto dell'intervento si sostituisca quello limitrofo della chiamata in causa.

Vi è però che, la medesima disposizione, disciplinando due fenomeni diversi seppur affini, in quanto finalizzati entrambi alla realizzazione del litisconsorzio successivo, inevitabilmente detta due distinte norme ognuna volta a regolare uno dei due distinti istituti, solo topograficamente, riuniti sotto lo stesso tetto dell'art. 816 *quinquies*, primo comma, c.p.c.. Per cui, da un punto di vista logico, prima ancora che giuridico, è lecito optare per una interpretazione omogenea di fenomeni affini, ma ciò solo fin tanto che l'affinità sia il minimo comune denominatore su cui poggi la *ratio* condivisa delle norme. Ora, nel caso dell'intervento volontario è lo stesso soggetto terzo che si attiva, *sua sponte*, per divenire parte del procedimento arbitrale; la volontà di un soggetto di assumere un ruolo attivo in un procedimento già pendente si riscontra, naturalmente, in ambedue le categorie di possibili interventori, ma solo riguardo a quella dei compromittenti tale volontà può fungere da conferma di un precedente accordo. Questo è il fondamento in base al quale è stato possibile

desumere che le condizioni richieste dalla norma (l'accordo delle parti con il terzo _ e di conseguenza il consenso del terzo stesso al suo intervento _ e il consenso degli arbitri) debbano essere riferite ai soli casi in cui il terzo sia estraneo non solo al procedimento, ma anche all'accordo arbitrale. In altri termini, come spiegato al paragrafo precedente, nei casi in cui ad intervenire sia un compromittente rimasto inizialmente inerte per sua scelta _ o, semplicemente, non coinvolto dalle altre parti _, essendo tale terzo intervenuto *volontariamente*, non occorre ricercare alcun accordo tra tutte le parti, ch e gi a esiste essendo stata tra esse conclusa la convenzione di arbitrato, n e alcun consenso degli arbitri, ch e si presume prestato al momento dell'accettazione dell'incarico da parte di questi ultimi, mentre il consenso del terzo interveniente funge anche da ratifica implicita della nomina degli arbitri a cui non ha partecipato.

Nel caso della chiamata in arbitrato, colui che   chiamato, viene evocato innanzi gli arbitri in assenza di sua volont : sar  un'altra parte a chiamarlo. Per quanto quindi il compromittente chiamato avr  comunque, per definizione, gi  prestato il proprio assenso alla deroga della giurisdizione del giudice statale in favore degli arbitri, questo non sembra sufficiente a giustificare una chiamata in un procedimento arbitrale a cui non ha potuto prendere parte sin dall'inizio, principalmente perch , cos  opinando, si finisce con l'imporre ad un soggetto un collegio per il quale egli non ha in alcun modo partecipato al meccanismo di nomina.

Sembra questa una ragione valida per non ritenere che la disciplina della chiamata del terzo di cui alla disposizione in oggetto valga, come per l'intervento, solo nei confronti dei terzi estranei al patto compromissorio e per estenderla invece anche ai terzi compromittenti, salvi ovviamente i casi in cui, essendo stato il collegio nominato con l'accordo di tutte le parti nella convenzione di arbitrato ovvero designato da un terzo scelto da tutti i compromittenti, non sia possibile predicarne la terziet  rispetto a tutte le parti in causa. Fuori da questi ultimi casi per la chiamata in

causa occorrerà sempre il consenso del terzo, consenso che implicherà l'accettazione del collegio nominato dalle altre parti da parte del chiamato.

Circa il consenso degli arbitri valgono qui le medesime considerazioni svolte nel paragrafo precedente.

La lettera della legge riferendosi genericamente alla «*chiamata in arbitrato*» non distingue tra quella ad istanza di parte e quella per ordine del giudice. Non sembra tuttavia che possano nutrirsi dubbi circa l'impossibilità per gli arbitri di ordinare la partecipazione al procedimento di un terzo a cui ritengono la causa comune. Ciò che però va precisato alla luce di quanto finora esposto.

Nel caso in cui il terzo sia tale rispetto all'accordo compromissorio ed al procedimento, come anticipato sopra, non si vede come sia possibile, senza la sua volontaria adesione alla convenzione di arbitrato, distoglierlo dal giudice naturale precostituito per legge.

Nel caso in cui il terzo sia un compromittente originario, per ammetterne la partecipazione al procedimento dovrebbe ipotizzarsi in capo agli arbitri non solo il potere di ordinare alle parti di integrare il contraddittorio nei confronti di un soggetto per il quale esista solo l'opportunità e non la necessità del *simultaneus processus*, ma si dovrebbe anche arrivare ad ammettere applicabile in via analogica al procedimento arbitrale l'art. 270 c.p.c., cosa che appare insanabilmente in contrasto con i principi della materia arbitrale. Una volta che gli arbitri abbiano accettato l'incarico non possono certo rifiutarsi di decidere la controversia loro sottoposta sol perché le parti non abbiano provveduto a comunicare l'esistenza dell'arbitrato ad un terzo compromittente che gli arbitri stessi ritenevano opportuno coinvolgere.

Nulla vieta comunque che gli arbitri segnalino alle parti i soggetti per i quali ritengano opportuna la controversia e queste tentino di chiamare tali soggetti, né che siano gli arbitri stessi a rendere nota ai terzi la pendenza del procedimento arbitrale.

4 L'intervento adesivo dipendente e quello del litisconsorte pretermesso.

Il secondo comma dell'art. 816 *quinquies*, c.p.c., consente «*sempre*» l'intervento adesivo dipendente e quello del litisconsorte necessario pretermesso.

Per l'attuazione di ambedue gli istituti dunque non è richiesto né l'accordo tra le parti del procedimento pendente né il consenso degli arbitri nominati. Le ragioni di una tale scelta sono evidenti. In caso di intervento adesivo dipendente, infatti, la parte che entra volontariamente nel giudizio

non innova lo stesso: si limita a supportare le ragioni di una delle parti previamente costituitesi, senza ampliare mai l'oggetto del processo. Anche nel caso del litisconsorte necessario pretermesso siamo al cospetto di un intervento non innovativo, dato che l'unica possibile domanda sarà sempre stata già sottoposta agli arbitri al momento dell'instaurazione dell'arbitrato

Le questioni relative all'intervento del litisconsorte necessario pretermesso sono state già trattate in sede di commento dell'art. 816 *quater*, comma 3, c.p.c., pertanto basterà qui limitarsi a ripercorrere velocemente quanto lì illustrato.

Ancora una volta, si pone la questione se la norma faccia riferimento esclusivamente ai litisconsorti terzi rispetto alla convenzione di arbitrato, ovvero possa trovare applicazione anche nei casi in cui i litisconsorti pretermessi sono anche compromittenti originari. Mi sembra che, non prevedendosi qui i limiti all'ingresso dei terzi nel procedimento che sono invece contemplati nel primo comma, escludere i soggetti non estranei al patto compromissorio avrebbe l'effetto, paradossale, di rendere più gravoso un loro intervento pur avendo essi, espressamente e già da tempo, scelto di derogare alla giurisdizione del giudice statale.

Invero, mentre in tema di intervento volontario, sottrarre alla disciplina dell'art. 816 *quinquies*, primo comma, c.p.c., i soggetti vincolati dalla convenzione di arbitrato significa consentire loro una più ampia facoltà di ingresso nel processo, esonerandoli dalla necessità che si verificchino le condizioni che invece sono richieste per i terzi che non erano compromittenti originari; per l'integrazione del contraddittorio, la sottrazione alla disciplina del secondo comma del medesimo articolo non agevolerebbe la partecipazione del litisconsorte necessario che sia anche

compromittente, dato che nessuna condizione pone la norma per l'attuazione successiva del litisconsorzio necessario.

Risulta pertanto preferibile l'interpretazione che conduce a ritenere l'intervento volontario del litisconsorte pretermesso quale sempre ammissibile, sia che questi abbia sottoscritto la convenzione di arbitrato, sia che ne sia rimasto estraneo. Anche qui, come nelle ipotesi previste nel primo comma, l'espressa volontà di intervenire del soggetto consente di superare gli eventuali problemi di nomina del collegio arbitrale che sorgerebbero in applicazione dell'art. 816 *quater*, primo comma, c.p.c..

Quando non si riscontri la volontà del terzo di intervenire, e si voglia indagare la compatibilità della situazione con il sistema della chiamata in causa del terzo litisconsorte necessario, occorrerà continuare ad interrogarsi circa la portata soggettiva del vincolo compromissorio.

In tale ottica, sembra che il litisconsorte pretermesso sia tenuto ad integrare il contraddittorio se ha sottoscritto la convenzione di arbitrato ed, in mancanza dell'intervento, sia comunque soggetto agli effetti del lodo, tutte le volte in cui, stante la sua inerzia, il collegio arbitrale sia stato nominato in applicazione dei criteri di cui all'art. 816 *quater*, primo comma, c.p.c., salvi i casi in cui la stessa parte non contesti le modalità di nomina del collegio per non avervi egli potuto svolgere un ruolo pari a quello delle altre parti. In caso contrario si finirebbe col consentire ad uno dei compromittenti di sottrarsi all'arbitrato, sol che lo voglia, pur essendosi formalmente obbligato a percorrere tale via per risolvere la controversia.

Qualora invece il litisconsorte necessario pretermesso non sia anche compromittente originario, non appare plausibile il ricorso all'istituto dell'intervento coatto, per cui gli arbitri, in assenza di una sua spontanea adesione al procedimento eventualmente pendente, dovranno, in applicazione analogica dell'art. 816 *quater*, comma 3, c.p.c., dichiarare l'arbitrato improcedibile.

La non integrità del contraddittorio porta, sempre che un collegio arbitrale si sia costituito, inevitabilmente ad una decisione di improcedibilità, ovvero in taluni casi _ che però non appaiono rilevanti in questa sede _ impedisce la stessa

formazione dell'organo giudicante e dunque che un lodo, anche solo di rito, sia emesso. In tutti questi casi alle parti non rimane altra alternativa che quella di rivolgersi alla giustizia ordinaria incardinando innanzi al giudice dello stato la causa che non è stato possibile devolvere alla competenza arbitrale. Chiaramente, il provvedimento arbitrale che sancisce la improcedibilità dell'arbitrato varrà innanzi al giudice ordinario ad impedire che taluna delle parti possa invocare l'*exceptio compromissi*.

Nulla dice la legge circa i limiti temporali entro cui gli interventi regolati dall'art. 816 *quinquies*, comma 2, c.p.c., possono aver luogo, salvo non ritenere che l'avverbio «*sempre*» sia utilizzato non solo e non tanto in riferimento ai limiti espressi previsti al comma 1, della disposizione in commento _ sì da sottolineare la differenza tra le due previsioni, ovvero la superfluità, per gli interventi di cui al comma 2, di qualsivoglia accordo tra le parti e consenso degli arbitri _, bensì anche per rimarcare l'inesistenza di preclusioni per tali tipologie di instaurazione del litisconsorzio successivo che sarebbero dunque possibili a prescindere dallo stato del procedimento arbitrale.

Non vertendosi in ipotesi di interventi innovativi, il problema del termine per la pronuncia del lodo resta in secondo piano anche se l'ingresso di nuovi soggetti e il rispetto del loro diritto di difesa e del più generale principio del contraddittorio impongono comunque un'alterazione di quello che era il calendario della causa, fermo restando che spetterà sempre alle parti la facoltà di prorogare il termine *ex art. 820 c.p.c.*

5 La successione particolare nel procedimento arbitrale.

L'ultimo comma dell'art. 816 *quinquies*, c.p.c., con un'enunciazione tanto scarna quanto perentoria, dichiara applicabile all'arbitrato l'art. 111 c.p.c..¹⁰⁷

¹⁰⁷ Precedentemente all'introduzione della disposizione in commento, nel silenzio legislativo, la dottrina maggioritaria propendeva per la non applicabilità, nemmeno in via analogica, dell'art. 111 c.p.c. all'arbitrato, CARNACINI, *op. loc.*

È chiaro che la norma che detta la soluzione del problema della successione a titolo particolare, *inter vivos* o *mortis causa*, nel diritto controverso è stata dal legislatore inserita nella disposizione Tuttavia colui che interviene *ex art. 111 c.p.c.* non è propriamente un terzo rispetto al processo dato che è subentrato, prima ancora che nel processo, nella posizione giuridica sostanziale dedotta in causa e, proprio per effetto dell'art. 111, c.p.c., si assiste sul terreno del diritto processuale, ad una scissione tra colui che è il soggetto degli effetti processuali del processo e della sentenza (il cedente o il *de cuius*) e colui che diviene soggetto degli effetti sostanziali della sentenza (il successore: cessionario o legatario).

Qualora ci si limitasse ad una mera trasposizione delle regole dettate per il processo ordinario all'arbitrato sarebbe fin troppo semplice rilevare che, anche nell'arbitrato, in caso di successione a titolo particolare, il processo arbitrale pendente continua, insensibile alle vicende del diritto, tra le parti originarie in caso di successione *inter vivos* e prosegue nei confronti del successore universale o è da questi proseguito, in caso di successione *mortis causa*; ferma restando la possibilità che il successore a titolo particolare intervenga o sia chiamato nel processo e che, col consenso di tutte le parti, l'alienante o il successore *universum ius*, siano estromessi dall'arbitrato di cui originariamente erano parti. Mentre il lodo svolge sempre i suoi effetti nei confronti del successore che è pertanto legittimato a proporre l'impugnazione per nullità del lodo stesso.

ult. cit., il quale però nel predicare l'insensibilità del procedimento arbitrale alle modificazioni soggettive della situazione giuridica dedotta in causa, ammetteva, comunque, com'è noto, l'intervento dei terzi in arbitri e, a maggior ragione, quello del successore nella situazione giuridica controversa; REDENTI, voce *Compromesso*, cit. 808; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 560; G. F. RICCI, *sub art. 816*, cit., 324. In senso contrario si esprimeva invece la giurisprudenza prevalente cfr. Cass. 25 luglio 2002, n. 10922, in *Mass. Foro it.*, 2002; App. Napoli, 9 settembre 1999, in *Riv. arb.*, 2001, 227 con nota di NAZZINI, *Domanda di arbitrato, art. 111 c.p.c. e potere di nomina dell'arbitro rituale*; App. Napoli, 7 luglio 1998, e App. Napoli 19 ottobre 1998, entrambe in *Riv. arb.*, 1999, 279 con nota di LUISO, *Intorno ad una peculiare ipotesi di (asserita) disapplicazione dell'art. 111 c.p.c.*; *contra* Cass. 8 aprile 2003, n. 5457, in *Giur. it.*, 2004, 1391, con nota di RONCO, *Successione nel diritto controverso e traslazione del potere di nomina degli arbitri (brevi rilievi sulla pendenza della lite e sull'applicazione dell'art. 111 c.p.c. nel giudizio arbitrale)*. In dottrina, in favore dell'applicabilità dell'art. 111 c.p.c. all'arbitrato, oltre agli Autori che hanno commentato le suddette decisioni, E. F. RICCI, *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, cit., 655 e ss.; SASSANI, *L'opposizione di terzo al lodo arbitrale*, cit., 211; MARENGO, in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 131; LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2000, 342 e, pur con una posizione particolare, CAVALLINI, *L'alienazione della res litigiosa nell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 152; *ID.*, *Profili dell'arbitrato rituale*, Milano, 2005, 113 e ss.

Tuttavia una tale trasposizione lascia in ombra taluni problemi interpretativi che derivano dalla naturale differenza esistente tra il processo pendente innanzi al giudice ordinario e quello instaurato di fronte agli arbitri.

Il problema della applicazione dell'art. 111 c.p.c. all'arbitrato è, almeno in prima battuta, una questione che implica la soluzione di ulteriori _ verrebbe da dire pregiudiziali _ e rilevanti questioni, quali la possibilità di estendere all'ambito arbitrale i concetti di litispendenza e di effetti della domanda giudiziale, così come elaborati in relazione al processo di cognizione¹⁰⁸.

Vi è infatti che la disciplina della successione a titolo particolare nel diritto controverso presuppone proprio e per l'appunto che un diritto sia "controverso", qualificazione questa che, mentre nel processo innanzi al giudice statale non crea alcun problema interpretativo (è controverso il diritto oggetto della lite pendente), non si appalesa di immediata risoluzione nel campo, meno arato, dell'arbitrato, laddove è lecito nutrire dubbi in ordine alla pendenza del giudizio e dove, inoltre, è possibile teorizzare una discrasia tra i due momenti della proposizione della domanda e della pendenza del processo, momenti che sono logicamente distinti tanto nel processo ordinario quanto nell'arbitrato, ma che soltanto nel primo sono, per espressa disposizione normativa (art. 39 c.p.c.), cronologicamente coincidenti.

Qualora si acceda alla tesi secondo la quale tra la domanda di arbitrato e l'atto introduttivo del processo ordinario vi sia assoluta equipollenza¹⁰⁹, essendo stata introdotta nell'ordinamento, in seguito alla riforma dell'arbitrato di cui alla L.

¹⁰⁸ Precedentemente alla L. 25/1994 addirittura contestavano che in arbitrato potesse parlarsi di litispendenza: E. F. RICCI, voce *Compromesso*, in *Novv. dig. it., App.*, II, Torino 1981, 131 e ss.; PUNZI, *Arbitrato e prescrizione*, in *Riv. arb.*, 1992, 7 e ss.; SORACE, voce *Litispendenza (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano 1974, 876 e ss.; COLESANTI, voce *Litispendenza*, in *Noviss. Dig. It.*, IX, Torino 1963, 983. Per ulteriori riferimenti si rinvia a MARENGO in *La nuova disciplina dell'arbitrato*, cit., 1995, 127 e ss..

¹⁰⁹ In tal senso SALVANESCHI, *La domanda di arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, 648 e ss.. Secondo tale Autrice a seguito della riforma del 1994, con l'individuazione di un atto introduttivo del procedimento arbitrale, si è addivenuti ad un sistema nel quale la litispendenza arbitrale, così come quelle giudiziale, si individua dal momento della notificazione della domanda, pertanto dal momento della domanda stessa di arbitrato: «*si determina, a tutti gli effetti, la pendenza del procedimento*» (pag. 667). Accedono alla tesi identità di efficacia tra l'atto introduttivo del processo ordinario di cognizione e quello dell'arbitrato così come delineato in seguito alla riforma del 1994 anche: BORGHESI, *La domanda di arbitrato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 910 e ss.; TRISORIO LIUZZI, *La fase introduttiva del procedimento arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2003, 712 e ss..

25/1994, la figura della domanda di arbitrato _ definita adesso dagli artt. 2943, comma 4, 2945, u.c., 2652, u.c., 2653, u.c., 2690, u.c., e 2691, c.c. nonché 669 *octies*, comma 5, c.p.c. _ che consiste nell'atto notificato con il quale una parte dichiara la propria intenzione di promuovere il procedimento arbitrale, propone la domanda e procede per quanto le spetta alla nomina degli arbitri, è chiaro che *controverso* sarà il diritto oggetto della domanda di arbitrato e lo sarà dal momento della notifica della domanda.

Tuttavia potrebbe essere preferibile una ricostruzione che meglio ponderi la struttura del procedimento arbitrale, in primo luogo poiché la domanda di arbitrato, così come sopra delineata, è stata introdotta nel tessuto dell'ordinamento statale solo e soltanto a determinati scopi (pensiamo alla disciplina degli effetti interruttivi e sospensivi della prescrizione del diritto oggetto della domanda, degli effetti prenotativi e conservativi del lodo che retroagiranno al tempo della trascrizione della domanda nei confronti dei terzi acquirenti successivi, pensiamo, infine, alla conservazione degli effetti del provvedimento cautelare conservativo ottenuto *ante causam*) e, sebbene nulla vieti di ritenere necessitata un'estensione analogica della valenza dell'atto introduttivo ad ogni effetto sostanziale e processuale oppure a tutti gli effetti sostanziali oppure ancora a taluni effetti sostanziali e processuali specificamente individuati, rimane il fatto che non esiste nessuna disposizione espressa di legge che sancisca la piena equivalenza tra la domanda giudiziale e quella di arbitrato.

In secondo luogo, soprattutto perché quelli che sono gli effetti della domanda giudiziale hanno modo di prodursi dal momento della notifica della domanda poiché l'ordinamento riconosce valore alla notifica di un atto che impegna non due ma tre soggetti; infatti, una volta notificata la domanda, il rapporto processuale che ne nasce è (almeno) trilatero: esso implica la compresenza di (almeno) due parti e di un giudice statale precostituito per legge da cui non possono essere distolte le parti (art. 25 Cost.). L'atto di esercizio dell'azione nel processo statale, insomma, non è una mera domanda, ma è una domanda *giurisdizionale*, indirizzata ad un giudice.

Tutto questo non si riscontra nell'arbitrato, procedimento in cui il soggetto chiamato a decidere la controversia acquista tali poteri in un momento successivo alla definizione della domanda di arbitrato. L'arbitro o il collegio ben potranno essere stati individuati preventivamente, al limite anche *ab ovo*, al momento della stipula della clausola compromissoria, ma ciò non toglie che comunque essi non saranno investiti dei poteri che loro spettano se non in seguito all'accettazione del mandato. In altre parole, nell'arbitrato, al momento della proposizione della domanda, un organo giudicante non esiste ancora (solo in seguito alla notifica della domanda le altre parti si attiveranno per nominare i propri arbitri, o se anche questi sono già stati indicati nella convenzione di arbitrato dovranno ancora accettare la designazione che li riguarda).

Per tali motivi, sembra preferibile ritenere che, nel processo arbitrale, la qualificazione di "controverso" possa essere riconosciuta al diritto soltanto dopo che il collegio si sia costituito.

In altri termini, dovendo scegliere se riconnettere l'effetto della qualifica di un diritto come controverso ad uno dei due poli possibili cioè alla domanda di arbitrato o all'accettazione dell'incarico da parte degli arbitri, in assenza di un soggetto (individuo o organo) in cui si sostanzia il potere di *ius dicere* ed in assenza di una norma generale che svolga, in relazione al processo arbitrale, la medesima funzione che l'art. 39 c.p.c. svolge per il processo giurisdizionale, sembra preferibile optare per il momento cronologicamente successivo della costituzione del collegio, sottintendendo così che il diritto sarà controverso solo allorquando venga in essere il giudice della controversia, poiché in assenza del giudice la lite tra due soggetti è indifferente al diritto, è soltanto virtuale, e la posizione giuridica soggettiva che ne costituisce l'oggetto non è *giuridicamente* controversa.

Quanto appena asserito, peraltro, non implica che debba individuarsi nel momento della accettazione degli arbitri quello della litispendenza arbitrale, dato che è concepibile, e sembra convincente, una ricostruzione più complessa per cui «sarebbe vano pensare ad una fattispecie unica e ad un momento unico da cui

decorrono gli effetti sostanziali e processuali della domanda di arbitrato»¹¹⁰. Difatti, la posizione accolta riconduce a differenti presupposti il verificarsi di diversi effetti che invece, nel processo ordinario, sono tutti prodotti dalla domanda.

È dunque solo al diritto *controverso*, nel senso sopra esposto, che la norma in commento fa riferimento non dovendosi confondere il fenomeno successorio qui esaminato con quello della successione nel diritto dedotto nella convenzione di arbitrato o con quello della successione nella convenzione stessa. Quindi se il diritto diviene controverso solo con l'accettazione della nomina degli arbitri, un suo trasferimento a qualunque titolo prima della designazione del collegio _ cioè che il più delle volte coinciderà con l'accettazione del presidente, nominato dagli arbitri di parte _ non rientrerà nel campo di applicazione dell'art. 111 c.p.c..

Si pongono a tal proposito particolari problemi nella nomina dell'arbitro di parte. Se, ad esempio, si ritenga preferibile la soluzione, diffusa in dottrina, di qualificare il diritto come controverso sin dalla domanda di arbitrato, occorre capire chi tra dante causa e avente causa possa nominare l'arbitro di parte nel caso in cui il fenomeno successorio si verifichi dopo che sia stata ricevuta la notifica della domanda di arbitrato, ma prima che il dante causa abbia provveduto alla nomina del proprio arbitro. Dovendosi dare applicazione all'art. 111 c.p.c., infatti, gli atti del processo dovrebbero venire posti in essere dal dante causa che resta _ fino alla sua possibile estromissione _ parte processuale. Così opinando però si giunge al paradosso di consentire ad un soggetto che non ha più un interesse concreto alla lite,

¹¹⁰ Così, VERDE, *L'introduzione del processo arbitrale (premesse ricostruttive)*, Riv. arb., 1996, 27. Lo stesso concetto è stato dall'Autore ribadito anche in *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, cit., 91, laddove ha affermato che «quanto al problema del giorno da cui cominciano a decorrere gli effetti della domanda di arbitrato, sarebbe sbagliato andare alla ricerca di un unico giorno e di un unico effetto. Esistono più giorni e molti effetti diversi...». Si noti poi che, anche a ritenere distinti i momenti di produzione degli effetti, sostanziali e processuali, rimane il problema di determinare se tutti gli effetti sostanziali e tutti gli effetti processuali si producano al medesimo istante. Con riferimento agli effetti sostanziali, andrà verificato dunque se questi si producano tutti al momento della notifica della domanda, in tal senso: DELLA PIETRA, *Il procedimento*, cit. 174; TOMMASEO, *La domanda di arbitrato*, in Riv. arb., 2001, 184 e ss.; MURONI, *La litispendenza arbitrale prima e dopo la novella del 1994: rapporto processuale e rapporto negoziale parti-arbitri*, in *Corr. giur.*, 2005, 660 e ss.; MIRABELLI – GIACOBBE, *Diritto dell'arbitrato. Nozioni generali*, Napoli, 1997, 55; oppure se, esclusi gli effetti espressamente collegati alla domanda di arbitrato dal dettato legislativo, non continui a valere per gli altri la soluzione, maggioritaria prima della novella del 1994, per cui la litispendenza si ha dal momento dell'accettazione degli arbitri, così: BERNARDINI, *Il diritto dell'arbitrato*, Bari, 1998, 70 e, come anticipato alla nota 82, CAVALLINI, *op. loc. ult. cit.*

non essendo più titolare della situazione giuridica sostanziale dedotta in arbitri, e che, in conseguenza di ciò, non è più titolare delle situazioni giuridiche soggettive che derivano al titolare del diritto dalla convenzione di arbitrato, di esercitare un atto certamente di estrema rilevanza pratica e giuridica come la designazione dell'arbitro. È stato pertanto rilevato che, dovendosi ritenere trasmessi con il diritto oggetto della convenzione di arbitrato anche i poteri e gli oneri nascenti dalla convenzione stessa, sarà il nuovo titolare del diritto che dovrà provvedere alla nomina dell'arbitro, la quale deve intendersi come un atto sostanziale e dunque precluso al dante causa. Ma ciò sempre che, ovviamente, il successore intervenga o sia chiamato nel processo arbitrale, e nonostante la difficoltà di concepire un intervento od una chiamata nel processo che avvengono in un momento anteriore a quello in cui un giudice per la controversia ci sia.

Se invece si acceda alla soluzione di considerare il diritto controverso solo in seguito alla formazione del collegio non può darsi l'ipotesi di una compresenza di successore e cedente o erede universale al momento della nomina dell'arbitro di parte.

Ma, a prescindere da quale che sia la soluzione del problema della litispendenza arbitrale, o meglio del momento in cui il diritto debba essere qualificato come controverso, *punctum dolens* della disciplina in commento è proprio quello relativo alla designazione dell'organo giudicante allorquando il successore intervenga o sia chiamato nell'arbitrato.

Si fronteggiano infatti due interessi contrastanti: da un lato quello del successore a titolo particolare che una volta intervenuto potrebbe essere costretto a partecipare ad un arbitrato nel quale egli non ha, diversamente dalla controparte, partecipato alla nomina degli arbitri, dall'altro lato quella del soggetto che è controparte del dante causa, il quale rischia di dover subire una nuova nomina dell'arbitro di controparte ed una nuova nomina del presidente del collegio arbitrale, ponendo nel nulla l'attività svolta dal collegio fino a quel momento validamente costituito.

In assenza di qualsivoglia indicazione legislativa l'unica possibile strada da seguire per risolvere il problema è quella di valorizzare la *ratio* dell'art. 111 c.p.c., che è norma che mira alla prosecuzione del processo ed a garantire che si pervenga ad una decisione sul merito della controversia. Quello che i *conditores* si sono prefissi con la disciplina della successione a titolo particolare nel diritto controverso è consentire la circolazione dei beni giuridici oggetto di controversia e al tempo stesso «evitare alla controparte di perdere, a causa della successione, i frutti processuali acquisiti»¹¹¹, ossia evitare che la pendenza e la durata del processo non possano incidere in senso negativo sulla posizione della parte che ha ragione. In ciò consistendo la ragione della disciplina della successione a titolo particolare nel diritto controverso, sembra che tra i due contrapposti interessi debba prevalere quello della parte «ceduta», la quale non avendo dato luogo al fenomeno successorio non deve subire anche il possibile nocimento derivante dall'atto di disposizione della controparte.

Ad ogni modo il problema si porrà _ presumibilmente con maggiore frequenza nei casi di chiamata in causa _ solo nei casi in cui il successore contesti formalmente la nomina fatta dal suo dante causa, mentre allorquando costituendosi in giudizio nulla deduca in merito si dovrà presumere che abbia ratificato la nomina già effettuata. Fermo restando che, in caso di nomina degli arbitri eteronoma, il successore non avrà nulla da recriminare.

L'intervento del successore a titolo particolare così come la sua chiamata in causa sono dunque, *ex art. 111, terzo comma, c.p.c.*, sempre ammessi e prescindono _ non ponendo l'art. 816 *quinquies* c.p.c. alcun limite nella applicabilità della richiamata disposizione _, ad ogni effetto, dal consenso delle parti e degli arbitri previsto dal primo comma del medesimo art. 816 *quinquies*.

Pur non essendo tecnicamente un terzo, il successore che voglia volontariamente entrare nel processo pendente innanzi agli arbitri dovrà porre in essere un vero e proprio intervento la cui natura è controversa pur registrandosi, in

¹¹¹ LUIISO, *Intorno ad una peculiare ipotesi di (asserita) disapplicazione dell'art. 111 c.p.c.*, cit., 290.

dottrina, una lieve predilezione per la tesi che, esclusa la riconducibilità all'intervento adesivo autonomo ed a quello adesivo dipendente, propende per una definizione dell'intervento *de quo* come *sui generis*, che non permette di formulare nuovi quesiti nei confronti della parte originaria.

Con l'intervento, com'è chiaro, vigendo la regola generale della *perpetuatio legitimationis*, il successore non si sostituisce automaticamente al dante causa, ma gli si affianca nello stato in cui si trova il processo, fino a quando non si provveda all'estromissione della parte originaria che ha ceduto la *res litigiosa*. In applicazione del terzo comma dell'art. 111 c.p.c. l'estromissione è condizionata alla volontà di tutte le parti in causa, ma non a quella degli arbitri, ed il dante causa estromesso è comunque tenuto al pagamento delle spese fino al momento della sua fuoriuscita dal processo arbitrale.

Svolgendo la decisione degli arbitri effetti diretti nella sfera giuridica del successore a titolo particolare, non può negarsi che questi abbia il potere di impugnare il lodo nei limiti dell'art. 111, quarto comma, c.p.c., («*salve le norme sull'acquisto in buona fede dei mobili e sulla trascrizione*») mentre per lo meno dubbia è la possibilità che abbia anche il potere di intervenire per la prima volta in sede di impugnazione per nullità in appello: non sembra infatti congruo accordare, ad un soggetto che poteva legittimamente intervenire nel processo quando ancora la causa pendeva in arbitri e poteva, successivamente, impugnare il lodo che lo avesse visto soccombente, la possibilità di intervenire nel processo di impugnazione instaurato dal suo dante causa, con ciò derogando alla disciplina generale prevista dall'art. 344, c.p.c.285.

6 Intervento del terzo nel giudizio di impugnazione per nullità

Una teoria¹¹² afferma che chi ha “ preso parte al processo arbitrale non potrà mai utilizzare l’opposizione di terzo” , ma “potrà eventualmente proporre l’impugnazione per nullità”; “chi non è mai stato parte del processo arbitrale potrà utilizzare l’opposizione di terzo , ma mai proporre l’impugnazione per nullità”.

Posta questa premessa , può sorgere il dubbio sulla possibilità di ammettere l’ intervento del terzo nel giudizio di impugnazione per nullità.

Vi è chi¹¹³ sostiene che il terzo litisconsorte, falsamente rappresentato, titolare di diritto incompatibile o titolare di diritto dipendente, il quale ha partecipato al processo arbitrale, è legittimato rispetto all’impugnazione, e addirittura la può promuovere, se è terzo falsamente rappresentato, litisconsorte o titolare di diritto incompatibile soccombente.

Ma esistono anche terzi legittimati all’intervento nel giudizio di nullità , senza essere stati parti del processo arbitrale, purchè la pronuncia sia costitutiva o dichiarativa: ¹¹⁴ il terzo litisconsorte necessario, il falsamente rappresentato, il terzo dipendente e il terzo titolare di diritto incompatibile, intervengono perché legittimati all’opposizione di terzo. Tuttavia il litisconsorte pretermesso e il titolare di diritto incompatibile , non intervenuti in arbitrato non possono promuovere l’impugnazione per nullità.

Il terzo dipendente si atterrà ai vizi denunciati dalla parte adiuvata e il litisconsorte pretermesso farà valere la violazione del contraddittorio ai sensi dell’art 829, primo comma, n.9, c.p.c..

Il terzo falsamente rappresentato e il titolare di diritto incompatibile, faranno valere la violazione dell’art 829, primo comma, n7, c.p.c..

¹¹² **LUISO**, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv.arbitrato*, 1995, 30-31

¹¹³ **FAZZALARI**, *Le difese del terzo rispetto al lodo rituale*, cit., 622

¹¹⁴ Perché “non soggette ad opposizione di terzo prima del passaggio in giudicato del lodo”, **FAZZALARI**, *Le difese del terzo rispetto al lodo rituale*, cit., 623. L’Autore dice che la pronuncia di condanna diventa esecutiva con l’omologazione, dunque dall’omologazione è possibile l’opposizione di terzo

Questa ricostruzione della dottrina¹¹⁵ ammette l'intervento nel giudizio di nullità sulla base dell'*eadem ratio* dell'art.344, c.p.c.¹¹⁶. I terzi legittimati all'intervento ex. art.344, c.p.c., sono gli stessi che potrebbero proporre opposizione ai sensi dell'art.404, c.p.c., dunque con l'intervento esercitano il loro potere di opposizione. La tesi è che "come l'opposizione è << versata >> in veste di intervento nell'appello corrente *inter partes*, così viene fatta simmetricamente valere per intervento in nullità"¹¹⁷, la prova è nell'art.831, quarto comma : se l'opposizione di terzo può essere riunita all'impugnazione per nullità dalla Corte d'appello, allora il giudizio di nullità potrà "accogliere ...la trattazione dell'opposizione fatta valere nella forma di intervento"¹¹⁸. Tuttavia l'impugnazione per nullità è meramente eventuale e, sicuramente non è esperita dal soccombente nel caso di collusione tra le parti, che giustifica l'opposizione revocatoria.

A chi scrive pare oscuro il parallelismo tra l'intervento in un giudizio di impugnazione per nullità e l'intervento in appello¹¹⁹.

L'appello è un gravame, dunque comporta il rinnovo del giudizio in fatto ed in diritto.

L'impugnazione per nullità prende a scatola chiusa l'accertamento dei fatti, non lo rinnova, ma controlla la legittimità della pronuncia¹²⁰.

¹¹⁵ **SASSANI**, *L'opposizione del terzo al lodo arbitrale*, cit., 207, nota n. 23

¹¹⁶ Lodo Roma, 24 gennaio 1991, in *Giur.merito*, 1992, 292 ss.. " Il titolare di diritto autonomo incompatibile con quello riconosciuto in una sentenza arbitrale deve ritenersi legittimato ad intervenire nel giudizio di impugnazione per nullità della sentenza" perché "intervento in appello è giustificato non solo dal pregiudizio che la sentenza di primo grado appellata può produrre al terzo, ma anche e soprattutto dal pregiudizio che a costui potrebbe derivare dalla emanando sentenza di appello, sia essa di conferma ovvero di riforma".

"L'intervento in appello non è che una anticipazione dell'opposizione", ugualmente l'intervento del terzo nel giudizio di impugnazione della sentenza arbitrale, ha funzione anticipatrice rispetto all'opposizione.

RUFFINI, *Intervento principale del terzo nel giudizio d'impugnazione per nullità della sentenza arbitrale*, in *Giur.merito*, 1992, 318-19, sostiene che il terzo titolare di diritto autonomo incompatibile, non sia legittimato all'intervento nel giudizio di nullità, per far valere il proprio diritto, perché indifferente alla validità o invalidità della sentenza arbitrale.

¹¹⁷ **SASSANI**, *ibidem*

¹¹⁸ **SASSANI**, *ibidem*

¹¹⁹ Addirittura Cass.24 novembre 1976, n. 4431, in *Foro it.*, 1977, I, 1220, identifica il giudizio di nullità del lodo con il giudizio di appello

Non è possibile sostenere che come chi è legittimato all'intervento in appello, è legittimato all'opposizione di terzo, così chi è legittimato all'opposizione di terzo al lodo, dovrà essere legittimato all'impugnativa per nullità¹²¹.

E non è possibile sostenerlo per una ragione matematica, prima che giuridica: non è data alcuna proporzione, se manca l'omogeneità delle grandezze.

7 L'estrema difesa del terzo

Prima della riforma la giurisprudenza¹²² e parte della dottrina¹²³, escludevano l'opposizione di terzo contro il lodo.

La legge 5 gennaio 1994, n.25, ha riformato l'artt.827 ed 831, c.p.c., prevedendo espressamente, tra i mezzi di impugnazione del lodo, l'opposizione di

¹²⁰ **GROSSI**, *Se sia ammissibile l'intervento di terzo nel giudizio di nullità del lodo. Se sia ammissibile in tale sede, il riesame del giudizio di fatto degli arbitri concesso all'applicazione di norme imperative.*, in *Riv.arbitrato*, 1992, 307, ricorda che l'impugnazione per nullità non è assimilabile all'appello, "perché si articola in una fase, rescindente, di tipo cassatorio,...nella quale si valutano i vizi dell'atto... impugnato, e in una fase di merito successiva ed eventuale, che si celebra solo se il lodo venga annullato".

¹²¹ **RUFFINI**, *Intervento principale del terzo nel giudizio d'impugnazione per nullità della sentenza arbitrale*, cit., 319, secondo cui la sentenza di rigetto dell'impugnazione per nullità di una sentenza arbitrale "non è di quelle che possano pregiudicare i diritti del terzo, ai sensi dell'art.404 c.p.c. Essa non è infatti una pronuncia di merito che prenda il posto di quella arbitrale, e con la quale il giudice ordinario decida la lite, sia pure conformemente a quanto deciso dagli arbitri :è semplicemente una pronuncia con la quale si accerta l'insussistenza dei motivi ai quali l'art.829 c.p.c. subordina la dichiarazione di nullità della sentenza arbitrale e la decisione della causa nel merito da parte del giudice ordinario."

¹²² Cass., 6 marzo 1962, n. 437, in *Giust.civ.*, 1773 esclude l'opposizione, per la mancata previsione nell'art.827, c.p.c. e per l'impossibilità di trovare un giudice competente. Cass, 3 agosto 1982, n.9225, in *Rep.For. it.*, 1982, n.199, indica l'azione ordinaria di accertamento negativo come strumento per la tutela dell'interesse del terzo. Ma **PUNZI**, voce *Arbitrato*, in *Enc.giur.Treccani*, Roma, I, 1998, 53, obietta che l'opposizione di terzo, serve ad impedire che la decisione trovi esecuzione *inter partes*, mentre con l'accertamento negativo, si accerta solo l'estraneità del terzo al giudizio e la inopponibilità nei suoi confronti della decisione *inter alios*. Dello stesso avviso è **FAZZALARI**, *Le difese del terzo rispetto al lodo rituale*, cit., 618, per il quale l'accertamento negativo non consente, come l'opposizione di terzo, l'eliminazione della pronuncia collidente con il diritto del terzo, necessaria per il litisconsorte pretermesso o titolare di diritto incompatibile

Cass, 29 maggio 1980, n. 3552, in *Rep.For. it.*, 1980, n.52, di cui purtroppo non è dato leggere il testo integrale, nega l'interesse del terzo a proporre l'opposizione perché il terzo non può ricevere pregiudizio da un lodo emesso *inter alios* ed avente effetto solo tra le parti

¹²³ Tra tutti **ANDRIOLI**, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 829

terzo¹²⁴, ordinaria e revocatoria. L'ammissibilità, sostenuta solo dalla dottrina minoritaria¹²⁵, "diviene applicabilità concreta, globale e certa dell'istituto"¹²⁶.

L'art.831 c.p.c in particolare dispone ai commi 3 e 4 che *"Il lodo è soggetto ad opposizione di terzo nei casi indicati dall'articolo 404. Le impugnazioni per revocazione e per opposizione di terzo si propongono davanti alla corte d'appello nel cui distretto è la sede dell'arbitrato, osservati i termini e le forme stabiliti nel libro secondo. La corte d'appello può riunire le impugnazioni per nullità, per revocazione e per opposizione di terzo nello stesso processo, se lo stato della causa preventivamente proposta consente l'esauriente trattazione e decisione delle altre cause."*

Legittimati all'opposizione semplice, ai sensi dell'art.404, primo comma,c.p.c., saranno i terzi titolari di una situazione autonoma prevalente, i terzi litisconsorti necessari pretermessi.

Legittimati all'opposizione revocatoria, saranno i terzi titolari di situazione dipendente e i creditori che vedano diminuita la garanzia del loro credito.

Ai sensi delle più recenti pronunce, essendo legittimato a proporre l'impugnazione per nullità del lodo arbitrale soltanto colui che sia stato formalmente parte del giudizio arbitrale in cui è stato pronunciato il lodo da impugnare, colui che a tale giudizio sia rimasto estraneo, anche se effettivo titolare del rapporto sostanziale oggetto della controversia decisa dagli arbitri, essendo terzo rispetto al lodo, può far

¹²⁵ **FAZZALARI**, *Le difese del terzo rispetto al lodo rituale*, cit., 615 e ss., che tuttavia ammette solo l'opposizione di terzo contro il lodo omologato.

La sua dimostrazione si fonda sull'idoneità dell'omologazione ad attribuire al lodo gli l' esecutività e l'incontrovertibilità, presupposti dell'opposizione

¹²⁶ **SASSANI**, *L'opposizione del terzo al lodo arbitrale*, cit., 200

Non altrettanto entusiasmo è espresso da **LA CHINA**, *L'arbitrato, Il sistema e l'esperienza*, cit., 176, per il quale la novella "indebolisce la autonomia, alternatività, esclusività della via arbitrale, e consente a chiunque, sotto la facile copertura del pregiudizio al proprio diritto, di interferire in una scelta privatissima e riservata come quella di non litigare di fronte ai giudici. Se il sacrificio della scelta privata si può comprendere rispetto all'opposizione revocatoria, data la collusione e il dolo, non si può accettare rispetto all'opposizione semplice, perché configura un eccesso di tutela e il depotenziamento dell'arbitrato

valere il suo diritto con l'opposizione di cui all'art. 404, richiamata dall'art. 831, a nulla rilevando che il lodo contenga un'espressa pronuncia anche nei confronti di detti terzi (C. 8545/2003). Infine, è anche importante rilevare che in tale giudizio di opposizione di terzo in materia arbitrale, non esistono una fase rescindente ed una fase rescissoria. È pertanto possibile che si verifichi contrasto tra il lodo e la sentenza che ne definisce il giudizio d'impugnazione, conservando il lodo efficacia di giudicato tra le parti nei cui confronti è stato emesso.

La competenza è anche per tale impugnazione attribuita alla Corte d'appello della circoscrizione e l'atto introduttivo è rappresentato dalla citazione.

L'estensione dell'opposizione di terzo al lodo, viene letta da parte della dottrina¹²⁷, “come la traduzione in termini prescrittivamente generali della naturale attitudine della norma speciale, che il lodo pone *inter partes*, ad interferire con le posizioni dei terzi in simmetria con ogni altro provvedimento giurisdizionale”.

La novità legislativa, porta a ritenere che non esiste nessun “*minusvalore* dell'efficacia soggettiva del lodo rispetto alla sentenza, per la semplice ragione che ad informare il sistema non è una regola di ultrattività della sentenza, bensì un postulato di inefficacia della sentenza nei confronti dei terzi”¹²⁸.

Nell'opposizione semplice, il terzo impugna una “sentenza “inefficace”, cioè a contenuto precettivo inestendibile al terzo”¹²⁹.

Nell'opposizione revocatoria, il pregiudizio dei creditori, la diminuzione della garanzia patrimoniale, non dipende in nessun modo dall'efficacia del provvedimento, perché è un fatto; il pregiudizio degli aventi causa, l'efficacia riflessa del provvedimento reso al dante causa, dipende dalla “fattispecie sostanziale consacrata dal provvedimento e... si imporrebbe nella sfera soggettiva del terzo qualunque ne fosse l'accidentale forma di manifestazione”¹³⁰.

¹²⁷ SASSANI, *L'opposizione del terzo al lodo arbitrale*, cit., 205

¹²⁸ SASSANI, *L'opposizione del terzo al lodo arbitrale*, cit., 204

¹²⁹ SASSANI, *ibidem*

¹³⁰ SASSANI, *ibidem*

Superato il problema dello *status* della decisione arbitrale¹³¹, resta da chiarire la praticabilità del rimedio rispetto al lodo non omologato.

L'art.827, c.p.c., dopo avere stabilito i mezzi di impugnazione del lodo, al secondo comma, precisa che "i mezzi di impugnazione possono essere proposti indipendentemente dal deposito del lodo".

Volendo fugare ogni dubbio, si è dimostrato¹³² che l'impugnabilità anticipata riguarda anche l'opposizione di terzo. All'obiezione di chi¹³³ ammette l'opposizione come rimedio al pregiudizio derivante dall'attuazione coattiva del lodo e dalla sua definitività¹³⁴, risponde che l'opposizione ex art.404, c.p.c., non è connessa all'esecuzione coattiva, ma è il mezzo fornito al terzo per paralizzare il titolo dell'esecuzione dell'obbligato, ancorché tale esecuzione sia stata prestata spontaneamente e non ottenuta forzatamente¹³⁵. L'Autore¹³⁶ non accetta il requisito della definitività della pronuncia, essendo persuaso che il pregiudizio del terzo, non deriva dagli effetti del lodo nei suoi confronti, ma dagli effetti del lodo tra le parti, che si producono a "partire dalla data della sua ultima sottoscrizione", secondo l'ultimo comma l'art 823, c.p.c.. Parte della dottrina¹³⁷ a questo proposito chiarisce che "il lodo, anche prima dell'omologazione, ha effetti vincolanti, onde vincola appunto la parte¹³⁸ soccombente a tenere, verso la parte vincitrice, un

¹³¹ **LUISO**, *Diritto processuale civile*, cit., 314, dice che i terzi "restano immuni dagli effetti di una pronuncia giurisdizionale in misura non dissimile da quella in cui rimangono immuni dagli effetti del lodo arbitrale o dell'accordo negoziale stipulato direttamente tra le parti".

¹³² **SASSANI**, *L'opposizione di terzo al lodo arbitrale*, cit., 200.

¹³³ **FAZZALARI, (BRIGUGLIO, FAZZALARI, MARENGO)**, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, 225: "il lodo ... non può essere impugnato mediante opposizione prima che il terzo sia coinvolto, direttamente o indirettamente, dall'efficacia del lodo, e dunque, prima dell'omologazione, se si verta in lodo che condanna, o prima del passaggio in giudicato, se si tratti di lodi costitutivi o di accertamento".

¹³⁴ Perché l'art. 404, c.p.c. consente l'opposizione solo delle sentenze passate in giudicato o comunque esecutive

¹³⁵ **SASSANI**, *L'opposizione di terzo al lodo arbitrale*, cit., 206

¹³⁶ **SASSANI**, *L'opposizione di terzo al lodo arbitrale*, cit., 206-207

¹³⁷ **LUISO**, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, in *Riv.arbitrato*, 1995, 32 secondo il quale "il pregiudizio del terzo nasce non dall'astratta precettività della sentenza, ma dalla concreta attuazione di questa *inter partes*

¹³⁸ **LUISO**, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, cit., 30, intende per terzo, colui stato parte che non è stato parte processuale, e per parte, "colui cui si imputano gli effetti degli atti del processo, nonché le sentenze di rito, e che è destinatario dei provvedimenti sulle spese giudiziali.

comportamento che è incompatibile con quello che, secondo il terzo, il soccombente deve tenere nei suoi confronti”.

Un'altra teorica¹³⁹ ammette solo l'opposizione di terzo contro il lodo omologato, anche quando ancora l'art. 827, c.p.c., non la prevedeva, perché il lodo omologato è equiparato alla sentenza negli effetti e nei mezzi di tutela del terzo.

Punzi¹⁴⁰ invece è in accordo con Sassani , nel ritenere ammissibile l'opposizione di terzo del lodo non omologato, quale mezzo indispensabile per rimuovere gli effetti *inter partes* del *dictum* arbitrale, nel caso di lodo di condanna. Poiché il lodo diviene vincolante tra le parti con la mera sottoscrizione degli arbitri, il terzo ha uno strumento di tutela con cui impedisce che le parti diano concreta attuazione al *dictum*.

¹³⁹ FAZZALARI, *Le difese del terzo rispetto al lodo rituale*, cit., 616

¹⁴⁰ PUNZI, *Disegno sistematico dell' arbitrato*, cit., 272

CAPITOLO 4

1 Premessa

In apparenza il tema che si tratta in questa parte dello studio può sembrare svincolato dall'analisi del processo litisconsortile arbitrale e dallo studio sui poteri dell'arbitro, quanto alla cognizione incidentale e al rapporto tra lodo e sentenza in caso di connessione. Tuttavia i rapporti arbitrali connessi in alcuni casi hanno origine in rapporti sostanziali connessi. Si è ritenuto opportuno dedicare una certa attenzione alla connessione tra cause originata dalla connessione tra contratti anche perché la dottrina che ha studiato in modo specifico il problema del litisconsorzio arbitrale¹⁴¹ si è posta il problema di prevenire le difficoltà di attuare il litisconsorzio in arbitrato attraverso la redazione di una clausola arbitrale o più clausole sempre più adeguate. Come spesso accade le riflessioni della dottrina si sono poi rivelate ben più di mere speculazioni teoriche fini a sé stesse e la giurisprudenza di legittimità¹⁴² ha riconosciuto addirittura la possibilità di celebrare *ab origine* un unico arbitrato, anche in presenza di una pluralità di clausole compromissorie. Tale possibilità è stata ancorata però alla sussistenza di un collegamento negoziale tra i diversi contratti stipulati tra le stesse parti. Altro requisito necessario è stato riconosciuto nella omogeneità di contenuto tra le diverse clausole compromissorie. Il fenomeno della connessione è noto alla teoria generale del contratto e si inserisce nel più generale fenomeno del legame tra contratti. Il legame tra contratti si articola nelle figure del

¹⁴¹ Il riferimento è alle monografie di Salvaneschi L., *L'arbitrato con pluralità di parti*, 1999 e Zucconi Galli Fonseca E., *La convenzione arbitrale rituale*

¹⁴² Cassazione n. 12321 /2007, in *Corr.giuridico* 2008, 1269.

collegamento, della connessione (soprattutto studiata dalla giurisprudenza comunitaria¹⁴³) e della derivazione (subcontratto). Sul piano terminologico si specifica che anche se esiste una differenza ontologica tra le figure della connessione e del collegamento si riscontra una tendenza della dottrina civilistica e della giurisprudenza di legittimità a non distinguere la connessione dal collegamento e ad utilizzare i due termini come sinonimi. Per capire come redigere la convenzione arbitrale in modo da prevenire le difficoltà anzidette del litisconsorzio si è ritenuto ricostruire il dibattito pre-riforma del 2006 sull'elaborazione delle clausole compromissorie in caso di arbitrato multiparti e successivamente constatare a codice variato quali ulteriori soluzioni sia possibili in merito alla fattispecie dei contratti collegati. Resta inteso che per tutti i casi in cui la connessione non sia originata dal collegamento negoziale le soluzioni prospettate non si estendono e rimangono aperte le difficoltà di istaurare il *simultaneus processus* .

2 Arbitrato con pluralità di parti : “una pluralità di problemi”¹⁴⁴.

La pluralità di parti nell'arbitrato si presenta in tutte le ipotesi che, nel giudizio ordinario, sarebbero di procedimento litisconsortile necessario , o di litisconsorzio facoltativo . Queste situazioni talvolta sono qualificate come arbitrato multiparti, ma parte della dottrina ¹⁴⁵e altra parte ¹⁴⁶ preferiscono riferirsi all'arbitrato con pluralità di parti.

Il termine sintetizza fattispecie originate da schemi contrattuali molto diversi tra loro: un unico contratto plurilaterale con un unico patto compromissorio (per esempio nel

¹⁴³ Cass, S.U. 2207/2005, GD n .7/2005,30 e ss.

¹⁴⁴ Il titolo di questo paragrafo richiama quello di una relazione tenuta da **L.SALVANESCHI** a Torino, il 9Luglio 2001, pubblicata come *L'arbitrato con pluralità di parti (Una pluralità di problemi)*, in *Riv.dir.proc.*, 2002, 458

¹⁴⁵ **L.SALVANESCHI**, *L'arbitrato con pluralità di parti (Una pluralità di problemi)*, ibidem, precisa che il termine arbitrato multiparti, proprio della prassi internazionale, qualifica figure di arbitrato con più di due contendenti, che in realtà sono difficilmente conducibili ad unità

¹⁴⁶ **G.RUFFINI**, *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, in *Studi in onore di Luigi Montesano*, Padova, I, 1997, 669 e nota 15 in cui l'Autore giustifica l'uso di un termine generico per ricomprendere ipotesi di processo unico con pluralità di parti, necessaria o facoltativa, ma anche casi in cui la pluralità di parti corrisponde ad una pluralità di liti, con cumulo iniziale o successivo (per riunione o intervento).

caso di un consorzio), una serie di contratti funzionalmente collegati e più patti compromissori (per esempio un contratto di assicurazione collegato alla riassicurazione), oppure uno schema misto in cui si combinano uno o più rapporti “orizzontali “ e uno o più rapporti “verticali“ (per esempio contratto di appalto e di subappalto coordinati a accordi complementari con istituti di credito e assicurazione). La notevole complessità di queste strutture è legata non solo al numero dei soggetti giuridici (che possono essere gruppi societari) operanti, ma anche al legame sostanziale delle situazioni giuridiche soggettive.

Individuare soluzioni ai problemi posti da una lite multilaterale, presenta difficoltà tali che, conviene la prevenzione di tali problemi al momento della redazione della clausola compromissoria: si dovrebbe trovare una clausola complessa ed elastica che consenta alle parti la scelta tra più alternative possibili, a seconda dell’oggetto della controversia, anche se sembra impossibile redigere una clausola multiparti tipo, che sia idonea a risolvere ogni possibile situazione in cui l’arbitrato può presentarsi come multilaterale.

Esistono però alcuni principi comuni enucleati dalla giurisprudenza e dalla dottrina (in particolare nel campo del diritto societario), punto di riferimento per la redazione della clausola.

3.Parti e Terzi

Anche in relazione all’arbitrato multiparti, vista la possibilità che si instauri un liti-consorzio durante il processo arbitrale, occorre premettere la distinzione tra i terzi e le parti. Semplicemente si avrà che i terzi sono soggetti diversi da coloro che hanno stipulato il patto compromissorio, mentre le parti sono quanti hanno concluso il patto e, per questo sono legittimati a partecipare al giudizio arbitrale.

A questo punto non deve essere confuso l’ambito soggettivo di efficacia del compromesso e della clausola compromissoria con l’ambito di efficacia del giudizio

arbitrale¹⁴⁷ perché, se il soggetto Tizio è parte del patto compromissorio, in quanto compromittente, non è detto che sia anche parte del giudizio introdotto con la domanda.

Allo stesso tempo non è detto che Caio, in origine non compromittente, non possa partecipare al processo arbitrale. Questa precisazione è dovuta, perché è facile cadere nell'equivoco di escludere un ampliamento o una modifica dell'ambito soggettivo, sia prima, sia dopo l'instaurazione del procedimento¹⁴⁸.

Una teoria¹⁴⁹ afferma che al processo arbitrale “partecipano, in contraddittorio, i destinatari degli effetti dell'atto finale”, ma se questo è vero, resta da chiarire chi sia destinatario degli effetti del lodo e, chi siano i soggetti cui il compromesso conferisce la legittimazione ad agire.

Ma anche ritenendo che il compromesso “assorbe la domanda” ed è “già un momento del procedimento” e dunque le parti del compromesso sono “automaticamente presenti nel procedimento”¹⁵⁰, si dimenticherebbe il dato normativo¹⁵¹.

Rimane valida l'affermazione di Andrioli¹⁵², per cui “deve esservi assoluta identità fra coloro che stipulano la clausola compromissoria e coloro fra i quali insorgeranno le controversie”, purché accompagnata da due precisazioni.

La prima è che “l'ambito soggettivo del patto compromissorio costituisce solo il limite entro il quale possono essere individuati coloro fra i quali sorgeranno le controversie”¹⁵³.

¹⁴⁷ Il rilievo appartiene a **RUFFINI**, *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, cit., 665

¹⁴⁸ Giustamente **PUNZI**, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova, 2000, 544, nota 191 evidenzia che non si può credere che il litisconsorzio successivo, sia ammissibile in arbitrato solo per estensione soggettiva del patto compromissorio, perché la domanda arbitrale potrebbe non riguardare tutte le liti oggetto del patto e/o non coinvolgere tutti i soggetti pasciscenti. La ragione è nell'efficacia maggiore che il compromesso e la clausola compromissoria possono avere rispetto alla domanda.

¹⁴⁹ **FAZZALARI**, *Processo arbitrale*, in Enc.Dir., XXXVI, Milano, 1987, 350

¹⁵⁰ **SATTA**, *Commentario al codice di procedura civile*, IV, 2, Padova, 1971, 273

¹⁵¹ Come ricorda **RUFFINI**, in *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, cit., 665, la legge 5 gennaio 1994, n.25, con l'ultimo capoverso dell'art.669-octies c.p.c. ha sancito l'autonomia della domanda di arbitrato

¹⁵² **ANDRIOLI**, *Commento al codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964,799

¹⁵³ Questa osservazione è fatta da **PUNZI**, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, cit., 547

La seconda è che “il fondamento consensuale” dell’arbitrato “esclude che esso possa avere ad oggetto rapporti soggettivamente complessi quando uno solo dei soggetti processualmente coinvolti non abbia aderito al patto compromissorio”¹⁵⁴.

Il problema, che è poi quello degli effetti soggettivi del patto compromissorio, si pone per le controversie relative a rapporti plurisoggettivi o bilaterali connessi per pregiudizialità. Non potendosi ammettere che le parti, del rapporto sostanziale, coinvolte nella controversia, siano escluse tanto dalla deroga alla giurisdizione, quanto dalla nomina degli arbitri, s’impone una riflessione relativa agli effetti del patto compromissorio e agli adattamenti richiesti da rapporti soggettivamente complessi.

4. L’articolo 809 c.p.c.

L’art.809, c.p.c., prevede alcune regole sul numero e la nomina degli arbitri e, nella formulazione originaria precedente la riforma, di cui all’art.4,co.3, L.n.25/1994, le rafforzava con la sanzione della nullità.

La prima è la disparità¹⁵⁵, condizione necessaria al funzionamento del collegio¹⁵⁶ (nel caso in cui non si sia optato per l’arbitro unico) secondo il principio maggioritario e, regola idonea a superare il dissenso degli arbitri impeditivo della pronuncia del lodo nel termine.¹⁵⁷ La seconda è che il patto compromissorio deve

¹⁵⁴ Precisazione di **CECHELLA**, *L’arbitrato*, Torino, 1991, 99

¹⁵⁵ **FAZZALARI**, *L’arbitrato*, Torino, 1996, 39, ricorda che la condizione di disparità deve sussistere al momento della costituzione del collegio, quindi risulterà nullo un patto compromissorio che affidi la soluzione delle controversie a due arbitri, e preveda la nomina del terzo come eventuale e solo in ipotesi di disaccordo sul contenuto del lodo. Del resto casi simili erano ben noti anche a **ANDRIOLI**, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 796: per esempio Cass.15 maggio 1953, n.1389, inedita.

¹⁵⁶ A proposito del terzo arbitro, ma la considerazione si può estendere all’arbitro di nomina neutrale, **LACHINA**, *L’arbitrato, il sistema e l’esperienza*, Milano, 1999, 78, dice che è la chiave di volta della struttura collegiale, culmine e garanzia dello spirito di imparzialità che la deve animare.

¹⁵⁷ **ANDRIOLI**, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 794, precisa che il numero dispari è indice di collegialità, perché *tres faciunt collegium*

contenere la nomina degli arbitri. La terza consiste nella necessaria previsione del numero e delle modalità di nomina.

Se si integra la lettura dell'art.809 con quella dell'art.810, c.p.c., si ricava la regola della “*par condicio* delle parti nella nomina degli arbitri”: il patto compromissorio può rimettere la nomina di uno o più arbitri a ciascuna parte.

Questa facoltà deve essere riconosciuta necessariamente a tutte le parti perché, se si ammette che la decisione arbitrale non comporta una rinuncia alla tutela giurisdizionale, ma è tutela giurisdizionale tramite una struttura alternativa¹⁵⁸, fondata sulla volontà delle parti, si dovrà anche ammettere che l'arbitro dovrà essere equidistante dalle parti e che questa equidistanza nel collegio sarà garantita con il bilanciamento delle posizioni dei singoli arbitri nominati dalle parti. Nessuna parte dovrà avere una posizione preponderante rispetto alle altre: l'accordo compromissorio non potrà rimettere la scelta dell'arbitro o della maggioranza degli arbitri a una o a alcune delle parti, escludendo le altre.

Sarà possibile una rinuncia di tutte le parti alla nomina, dando mandato a un terzo o all'autorità giudiziaria.

La regola della disparità sanzionata con la nullità del patto compromissorio ha creato molti problemi di adattamento della clausola binaria alla pluralità di parti¹⁵⁹.

La giurisprudenza di merito negli anni cinquanta in un primo momento si è pronunciata per la nullità della clausola binaria, considerandola sempre inidonea a rispettare il principio di necessaria cooperazione di tutte le parti nella nomina¹⁶⁰. Per evitare la sanzione di nullità, i compilatori degli atti costitutivi di società “illuminati

¹⁵⁸ Come ammette **LUISO**, *Diritto processuale civile*, cit., 325-326.

¹⁵⁹ La clausola binaria presuppone una controversia bipolare, ma nel caso di pluralità di parti, i soggetti non sono in grado di esercitare il loro diritto di partecipare paritariamente alla formazione dell'organo giudicante.

¹⁶⁰ Tra le molte sentenze di nullità si possono ricordare App.Torino, 4 gennaio 1951, in *Giust.civ.*, 1951,494ss., che dichiara la nullità della clausola binaria che non prevede una controversia tra più di due parti e non consente la disparità degli arbitri, ove le parti siano in numero dispari. Sempre per la nullità propendono Trib.Cuneo, 16 gennaio 1952, in *Foro it.*, 1952, I, 660ss.confermata da App.Torino, 28 ottobre 1952, in *Foro it.*, 1953, I, 1385, e Trib.Verbania, 24 luglio 1952, in *Foro it.*, 1952, I, 1261 ss.confermata da App. Torino, 15 luglio 1955, in *Giust.civ.*1956, I, 545 ss

da un minimo di pensiero matematico”¹⁶¹ hanno elaborato una soluzione rispettosa del principio di disparità, pur nell’iniziale indeterminatezza del numero delle parti litiganti.

Allora la giurisprudenza di merito ¹⁶²ha ritenuto valida la clausola compromissoria nell’atto costitutivo di una società in accomandita semplice composta da quattro soci, che prevedeva , per controversie tra due soci, un collegio di tre arbitri, per controversie tra più di parti, un collegio di cinque arbitri¹⁶³. La Cassazione¹⁶⁴ ha confermato la validità di quella clausola perché ha ritenuto che i compilatori, riferendosi ad una lite con più di due parti, intendessero tre o quattro parti e dunque determinassero chiaramente il numero degli arbitri.

Proprio partendo da quel caso, Andrioli ¹⁶⁵ha elaborato per i contratti multilaterali una clausola ancor più funzionale : “ciascuna delle parti nomina il proprio arbitro ,ma l’arbitro o gli arbitri, la cui integrazione è necessaria per rispettare il principio della disparità, sono designati d’accordo e, in difetto, dal presidente del tribunale”.

Il grande pregio della cosiddetta clausola Andrioli, è permettere la formazione del collegio sempre con un numero dispari di arbitri , qualunque sia il numero dei litiganti (indeterminato nella fase iniziale) e, permettere a ciascuna parte di nominare il proprio arbitro.

L’inconveniente, come era ben presente allo stesso Andrioli, è “che il collegio si trasformi in un parlamento con inflazione di onorari”.

Ma il vero difetto è che non è garantita l’imparzialità poiché, come correttamente sottolinea parte della dottrina¹⁶⁶, nell’arbitrato multilaterale, per assicurare l’imparzialità dell’organo giudicante, non è sufficiente assicurare la disparità. In

¹⁶¹L’espressione è di **ANDRIOLI**, *Commento al codice di procedura civile*, IV, cit, 795

¹⁶² Trib.Biella, 23 luglio 1953, in *Foro it.*1953, I, 1386

¹⁶³ Precisamente la clausola, come riferisce **ANDRIOLI**, *ibidem*, prevedeva che in caso di più di due parti, ognuna avrebbe nominato il proprio arbitro e d’accordo avrebbero nominato “gli arbitri o l’arbitro necessari a completare il collegio”.

¹⁶⁴ Cass.7 febbraio 1955, n.349, in *Foro it.*, 1955, I, 313

¹⁶⁵ **ANDRIOLI**, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 796

¹⁶⁶ **L.SALVANESCHI**, *L’arbitrato con pluralità di parti*, cit., 169

questo senso è emblematica la sentenza Trib. Napoli, 14 settembre 1948¹⁶⁷, secondo cui è inefficace la clausola compromissoria in un contratto di società in nome collettivo, allorché nella controversia tra un socio e gli altri soci, questi avrebbero finito con il nominare il maggior numero di arbitri., assicurando sempre a quegli arbitri di decidere la lite, prescindendo dal parere e dal voto dell'altro arbitro di parte e dell'arbitro "neutro". La clausola Andrioli rischia la nullità perché, moltiplicando il numero degli arbitri fino al numero dispari superiore al numero dei litiganti, non si può impedire il raggruppamento di un numero di arbitri tale da formare la maggioranza, obliterando così l'imparzialità.

Se si cerca una soluzione, ragionando in termini di polo di interessi,¹⁶⁸ non si può dimenticare che il meccanismo salta¹⁶⁹, quando i soggetti del giudizio siano portatori di interessi non perfettamente coincidenti: "più convenuti o più attori che siano in grado di esprimere un numero di arbitri di parte cui la struttura della clausola compromissoria non consenta di contrapporre un numero di arbitri neutri che, unitamente all'arbitro o agli arbitri della controparte, possano formare una maggioranza, non potrebbero in ogni caso essere costretti alla nomina di un unico arbitro per il gruppo"¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Trib. Napoli, 14 settembre 1948, in *Riv.dir.comm.*, 1948, II, 384

¹⁶⁸ Prescindendo per il momento dalla giurisprudenza relativa, non può passare inosservato che lo stesso **ANDRIOLI**, *Commento al codice di procedura civile*, cit., 799, riguardo alle norme sulla formazione del collegio, si chiedeva se si riferissero alla "normale nozione di parte" oppure, "ai fini della titolarità e dell'esercizio del diritto di nomina", si riferissero a una parte costituita da "due o più soci, titolari di due o più interessi concorrenti o, addirittura, inscindibili". Che poi l'Autore propenda per la prima alternativa, ritenendo giustamente che nella fase costitutiva del collegio non sia possibile valutare la connessione, perché l'art.810 c.p. c. esclude accertamenti di merito, escludendo in partenza un'indagine a posteriori, come proposto dalla successiva giurisprudenza di legittimità, non esclude che la dottrina e la giurisprudenza in materia siano debitrice di **ANDRIOLI**, né che al suo pensiero possano attingere per trovare nuove soluzioni. Per esempio, per chi scrive, resta un riferimento illuminante, pur nella pluralità delle soluzioni adeguate per i diversi casi, che "in linea di massima, si deve dire che ciascun socio, perché tale, ha diritto di nominare un proprio arbitro, e il socio che si sente pregiudicato dal normale meccanismo della clausola ha, a sua disposizione, il rimedio della riconsolazione".

¹⁶⁹ Consiste nel considerare più soggetti portatori dei medesimi interessi, come un'unica parte.

¹⁷⁰ **SALVANESCHI**, *L'arbitrato con pluralità di parti*, cit., 171, ID., *Commento all'art.4 (art.809 c.p. c.) legge 5 gennaio 1994, n. 25, Nuove disposizioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale*, a cura di **TARZIA- LUZZATTO-E.F.RICCI**, in *Le nuove leggi civili commentate*, Padova, 1995,475-476

Si è ipotizzato di correggere la clausola Andrioli, prevedendo un numero dispari di arbitri immediatamente superiore al numero delle parti, ma anche un numero tale che gli arbitri neutri, sommati agli arbitri di ciascuna parte, possano sempre formare la maggioranza. In questo modo disparità e imparzialità sarebbero bilanciate. Ma il limite di questa proposta è chiaro alla stessa teoria che la elabora : un numero notevole di arbitri creerebbe difficoltà di funzionamento della procedura e poi si dovrebbe stabilire quando sia reale e quando sia strumentale, il conflitto di interessi o la non coincidenza delle domande, operata dagli attori o dai convenuti, al fine di “influenzare” la maggioranza degli arbitri.

5. La svolta della giurisprudenza : da una questione di validità ad una questione di applicabilità della clausola compromissoria

La sentenza della prima sezione della Cassazione, 15 marzo 1983 ¹⁷¹, n.1900, segna una svolta della giurisprudenza ed è il primo precedente significativo di conservazione della clausola compromissoria binaria ¹⁷² in presenza di controversie litisconsortili ¹⁷³.

La S.C. ha stabilito che di per sé la clausola a struttura binaria è valida in un contesto plurilaterale perché la lite può essere bilaterale.

¹⁷¹ In *Foro.it*.1983, I, c.883 ss.. Nel caso specifico lo statuto di una società in accomandita semplice conteneva una clausola compromissoria binaria, che non era stata rispettata dai due soci accomandanti: più controversie erano state riunite davanti al giudice ordinario. In primo grado era stata accolta l'eccezione di incompetenza del Tribunale, sollevata dal socio accomandatario (l'amministratore) e dalla società. La S.C. era stata chiamata a pronunciarsi in sede di regolamento di competenza.

¹⁷² La clausola prevedeva che “Qualunque controversia dovesse sorgere tra i soci, o tra alcuni di essi, i loro eredi e la società, circa l'interpretazione ed esecuzione di questo contratto, sarà rimessa al giudizio di tre arbitri, amichevoli compositori: due dei quali nominati da ciascuna delle parti, ed il terzo dal Presidente del Tribunale”.

¹⁷³ Come è rilevato da **MURONI**, *Clausola compromissoria “binaria” e pluralità di parti*, in *Riv.arbitrato* .1998,140-143, ma anche da **SALVANESCHI**, *L'arbitrato con pluralità di parti (una pluralità di problemi)*, cit.460-462, ID., *L'arbitrato con pluralità di parti*, 172-181

Tutto il ragionamento della Corte ruota attorno al concetto di parte in senso sostanziale, come “unico centro di interessi”, in alternativa alla parte in senso formale, nel senso di soggetto coinvolto nel processo.

Stabilita la validità della clausola, rimane da verificare caso per caso l'applicabilità. Per dare una risposta a questa questione a fronte di una pluralità di soggetti coinvolti, il giudice dovrà chiedersi se la lite è bipolare¹⁷⁴ e dovrà constatare a posteriori l'eventuale concentrazione dei soggetti in due soli centri di interesse contrapposti.

Da una parte il rischio è che la pluralità dei soggetti faccia valere differenze di interessi presunte più che reali, non volendo rinunciare alla nomina del proprio arbitro e volendo garantirsi una maggioranza nel collegio.

Dall'altra il giudice non potrà mai stabilire a priori la bipolarità, perché nessuna norma del nostro ordinamento gli attribuisce il potere di riunire le parti coattivamente, violando la loro autonomia. La Suprema Corte individua anche un altro impedimento al potere di riunione a priori: l'omogeneità del gruppo si fonda non su un interesse sostanziale¹⁷⁵ comune, ma sulla comune linea difensiva¹⁷⁶, valutabile appunto solo a posteriori. Tuttavia l'omogeneità non potrà misurarsi solo con le domande¹⁷⁷ dedotte in giudizio “che importerebbero ovviamente duplicità (e non pluralità di atteggiamenti): l'adesione o la resistenza”, né con l'interpretazione della clausola o con la verifica a posteriori degli atteggiamenti processuali. Infatti

¹⁷⁴ L'inefficacia della clausola si verifica “solo quando non sia possibile ridurre il numero delle parti in causa a due sole mediante raggruppamento di interessi omogenei. Si deve pertanto, verificare in concreto, a prescindere da qualsiasi apriorismo, la possibilità della schematizzazione della controversia che si vuole compromettere in arbitri, in modo da assicurare corrispondenza fra raggruppamenti degli interessi coinvolti ed arbitri da nominare, cosicché ciascun gruppo (equivalente al concetto di parte) sia posto in grado di procedere alla nomina del proprio arbitro ...”, Cass., 15 marzo 1983, n.1900, cit., 884

¹⁷⁵ MURONI, *Clausola compromissoria*, cit., 141e 142, giustamente sottolinea che due soggetti “potrebbero essere uniti nel chiedere l'accoglimento o il rigetto della domanda e tuttavia per tutelare interessi non omogenei” e il giudice dovrebbe riconoscere il raggruppamento spontaneo in un unico polo anche quando gli interessi sostanziali sono diversi, perché “lo scopo ultimo che si intende perseguire è l'imparzialità del collegio”

¹⁷⁶ La Corte intende la “coincidenza delle posizioni difensoriali assunte”, dal lato passivo dell'azione.

¹⁷⁷ MURONI, *Clausola compromissoria*, cit., 141

esiste un limite invalicabile dall'aggregazione spontanea : la struttura della fattispecie legale dell'azione esperita.

Come il giudice ha potere associativo di più soggetti in un'unica parte ,con una valutazione a posteriori e senza coartare in nessun modo la volontà delle parti ¹⁷⁸, così il giudice ha potere dissociativo e gli è inibita qualsiasi ratifica di aggregazione spontanea degli interessi ,quando la struttura dell'azione è di litisconsorzio necessario plurimo.

Ciascun litisconsorte, afferma la Corte, “non può abdicare alla propria autonomia di parte in senso formale e sostanziale nel passaggio dell'azione giudiziaria al giudizio arbitrale”perché “l'aggregazione delle parti necessarie sotto unico esponente risulta essere un'operazione *contra legem*”.

Alcuni autori criticano la Cassazione per il riconoscimento del potere dissociativo al giudice che presuppone una struttura litisconsortile necessaria, sempre caratterizzata da una pluralità di interessi, mai riconducibili a bipolarità¹⁷⁹.

Un'azione è litisconsortile necessaria anche quando il *petitum* è una tutela costitutiva relativa ad un rapporto o uno stato unico tra più persone. In questo caso¹⁸⁰ se ricorrono più posizioni giuridiche autonome, ma i titolari hanno un comportamento processuale comune, perché fanno le stesse domande o perché hanno le stesse tesi difensive, non si capisce come possa ammettersi una dissociazione del giudice.

Altri ¹⁸¹invece operano una *summa divisio* dei giudizi pluripolari .

Il litisconsorzio necessario impedisce l'applicabilità della clausola binaria : è necessaria la presenza in giudizio di tutti i soggetti e l'“eterogeneità degli interessi

¹⁷⁸ Cass., Sez.Un., 11 ottobre 1957, n.3758 in *Temi romana* , 1957, 581

¹⁷⁹ Effetto del litisconsorzio è “l'indeclinabile autonoma legittimazione nel processo ordinario dei portatori degli interessi canonizzati nella specifica struttura dell'azione che devono stare in giudizio, ciascuno con specifica collocazione, e non possono tenere in non cale questa autonomia che caratterizza la multilateralità dell'azione anche se per avventura si trovino a condividere, nel *proprium* peculiare di una singola lite, posizioni secondo la loro personale valutazione omogenee, ma che tali non sono state considerate dal legislatore, Cass.15 marzo 1983, n.1900, cit., 885.

¹⁸⁰ **SALVANESCHI** chiarisce con l'esempio della risoluzione di un contratto plurilaterale: i soggetti che hanno un comune interesse ad agire o resistere, costituiscono un'unica parte.

¹⁸¹ **ROVELLI**, *Società commerciali, clausola compromissoria e il nuovo testo dell'art.809c.p.c.*, in www.csm.it, §3, 3

sostanziali di cui ciascuna parte è portatrice ...impedisce di dare rilievo a eventuali omogeneità di difesa che si realizzi fra due soggetti processuali portatori di vesti distinguibili". In caso di litisconsorzio facoltativo sarà possibile il raggruppamento volontario in due parti sostanziali contrapposte e il rispetto del sistema binario, ma non si potrà espropriare nessuna parte del potere di nomina, neppure tentando un'applicazione analogica dell'art.810 c.p.c.¹⁸².

Non priva di interesse sembra, a parere di chi scrive, la critica di certa dottrina¹⁸³ all'impostazione della Cassazione nell'ipotesi di litisconsorzio necessario: anche in questo caso il giudice, verificando l'applicabilità della clausola binaria, dovrà considerare la posizione delle parti in concreto, poiché in astratto non si può escludere una convergenza di posizioni dei litisconsorti necessari. Al contrario la clausola binaria sarà inapplicabile ove in astratto le posizioni dei litisconsorti necessari siano tra loro configgenti.

6. La redazione della clausola compromissoria nel difficile equilibrio tra autonomia-eguaglianza delle parti e disparità-imparzialità degli arbitri.

La legge 5 gennaio 1994, n. 25 ha novellato l'art.809 c.p.c., sostituendo la sanzione di nullità (presidio delle regole di disparità, necessità della nomina, necessità di indicazione del numero o del modo di nomina) e, ha fissato dei correttivi per salvaguardare la scelta della via arbitrale. Il comma 3, prevede che in caso di patto compromissorio indicante un numero pari di arbitri, il Presidente del Tribunale, secondo i modi dell'art.810,c.p.c., dovrà nominare l'arbitro dispari.

¹⁸² l'art.810, comma 2, c.p.c., stabilisce un meccanismo sostitutivo in caso di disaccordo sulla nomina o di inerzia di un compromittente attraverso la cooperazione del Presidente del Tribunale, in sede di giurisdizione volontaria. Sul punto **FAZZALARI**, *L'arbitrato*, cit., 45. L'ipotesi di mancato accordo tra soggetti portatori di interessi omogenei, come rileva giustamente **ROVELLI** in *Società commerciali*, cit., §3, richiamando Cass. SS. UU., 11 ottobre 1957, n.3758, in *Temi romana*, 1957, 581 è ben diversa, il giudice potrà solo ratificare l'aggregazione bipolare libera, che si sia manifestata con chiarezza ed evidenza.

¹⁸³ **ZUCCONI GALLI FONSECA**, *Qualche riflessione sulla clausola binaria nell'arbitrato con pluralità di parti*, in *Riv.arbitrato.*, 1997, 747.

La cd. salvezza¹⁸⁴ nella prima parte dell'ultimo comma, non si riferisce a un sistema per nominare l'arbitro dispari, ma ad un sistema che in caso di inerzia o disaccordo delle parti, attribuisca la nomina degli arbitri ad un soggetto diverso dal Presidente del Tribunale.

La difficoltà non è nell'indicazione del patto di un numero pari, quanto nell'indicazione di un numero dispari a fronte di un numero dispari di parti e di una clausola compromissoria binaria : il collegio sarebbe formato in numero pari.

In questo caso un'interessante teoria¹⁸⁵ esclude l'applicazione analogica dell'art.809, ultimo comma,c.p.c., rilevando che la disparità, raggiungibile con l'integrazione del Presidente del Tribunale, non è sempre sinonimo di imparzialità : il numero di arbitri neutri potrebbe essere insufficiente a avere la maggioranza con gli arbitri di una sola parte¹⁸⁶, né si potrebbe pensare che il Presidente del Tribunale nomini più di un arbitro, perché questo comporterebbe un giudizio sugli interessi coinvolti nella lite che, non è tra i poteri riconosciuti dall'art.810, c.p.c..

Il secondo correttivo di un patto compromissorio senza il numero degli arbitri, è che gli arbitri siano tre, salvo diverso accordo delle parti e, che mancando la nomina e un diverso accordo, provveda il Presidente del Tribunale.

Taluno¹⁸⁷ accetta un'applicazione analogica del secondo correttivo ove il meccanismo di nomina ipotizzato dalle parti non si addica alla dimensione pluralistica della lite e le parti non si accordino al riguardo. Il vantaggio sarebbe la sostituzione di un collegio dispari e imparziale da parte di un soggetto neutrale, ma la valutazione che la clausola non si addica alla dimensione pluralistica della lite, implicherebbe per il Presidente del Tribunale la verifica dell'applicabilità della clausola binaria, secondo gli interessi concretamente in lite.

¹⁸⁴ “se le parti non hanno diversamente convenuto”, terzo comma, art.809, c.p.c.

¹⁸⁵ **SALVANESCHI**, *L'arbitrato con pluralità di parti*, cit., 184

¹⁸⁶ Per esempio, se sono in lite tre parti e si applica una clausola binaria, si formerà un collegio di quattro arbitri, che dovrà essere integrato, secondo l'art.809, comma 3, in modo che sia dispari e imparziale

¹⁸⁷ **RUFFINI**, *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, cit., 693

Un'indagine di tal guisa richiederebbe un procedimento con un minimo di contraddittorio, ma questo non è consentito al Presidente del Tribunale, in base al meccanismo degli artt.809 e 810, c.p.c., idoneo solo ad una lite bipolare.

Se è vero che la giurisprudenza di legittimità ammette solo una valutazione a posteriori dell'applicabilità di una clausola binaria ad una lite pluripolare, si potrebbe ipotizzare che l'unità di più soggetti, si realizzi a priori, con patti che vincolino i soggetti ad agire o resistere congiuntamente. In vero tale ipotesi sembra suffragata da patti integrativi di alcune clausole binarie secondo i quali, i soggetti che sono parte unica nel contratto dovranno essere considerati tali anche nel procedimento arbitrale. In realtà la clausola integrata è valida¹⁸⁸, perché astrattamente la lite potrebbe essere bipolare, in concreto però sarà opportuno verificare se sia applicabile, secondo il concreto atteggiarsi degli interessi in lite, quindi secondo il concreto comportamento processuale, dipendente dal tipo di litisconsorzio¹⁸⁹.

A questa ricostruzione si potrebbe obiettare che un patto integrato violi il principio di uguaglianza delle parti, ma bisognerebbe chiarire che cosa si intenda per uguaglianza nella nomina.

Secondo la Cassazione francese¹⁹⁰, l'uguaglianza è principio di ordine pubblico ed è ammissibile una rinuncia solo successiva al sorgere della lite.

Questo è condivisibile, se si ritiene che uguaglianza significhi uguale diritto di ciascuna parte alla nomina di un arbitro, ma un tale assunto è nettamente smentito dalla lettera dell'art. 809 c.p.c., ove prevede modalità di nomina alternative alla nomina "di arbitri di parte", quali la nomina da parte terzo o la nomina congiunta di un arbitro unico.

Esiste solo un diritto all'eguale trattamento delle parti rispetto alla formazione dell'organo giudicante :o tutte le parti nominano un arbitro o tutte rinunciano.

¹⁸⁸ SALVANESCHI, *L'arbitrato con pluralità di parti*, cit., 201

¹⁸⁹ L'indagine relativa è sviluppata nel capitolo secondo sulla formazione dell'organo giudicante

¹⁹⁰ Court de Cassation, I chambre civile, 7 gennaio 1992, in *Riv.arbitrato.*, 1992

Ma quest'ultima considerazione potrebbe portare proprio alla conclusione che, se la rinuncia non è di tutte le parti, segue che la clausola, integrata dall'obbligo di più soggetti di agire o resistere come unica parte contrattuale, sia nulla. In realtà non si configura una nullità, ma l'inapplicabilità, da verificare a posteriori secondo l'atteggiamento assunto dalle parti in arbitrato : se le parti che hanno convenuto la nomina congiunta di un arbitro, hanno identità di interessi e di atteggiamenti processuali, la clausola sarà applicabile; se le parti hanno divergenza di interessi la clausola risulterà inapplicabile.

7. L'art. 816 quater e la fattispecie di connessione dei rapporti conseguente il collegamento dei contratti

Tappa precedente l'introduzione dell'art.816 quater è sicuramente costituita dalla previsione di cui all'art.34, co2. Dlgs 5/2003. Il legislatore, consapevole che la tendenziale plurioggettività delle liti societarie è stata ostacolo alla diffusione dell'arbitrato in questa materia, ha previsto una disposizione ad hoc sulla costituzione del collegio, che ha sacrificato fortemente la volontà delle parti. La disposizione in particolare prescrive che la clausola compromissoria statutaria preveda il numero e le modalità di nomina degli altri e conferisca, in ogni caso e a pena di nullità il potere di nomina di tutti gli arbitri ad un terzo, estraneo alla società. La sottrazione ai compromittenti del potere di nomina degli arbitri è stata criticata da parte della dottrina¹⁹¹ perché priverebbe l'arbitrato di una delle sue maggiori attrattive. Secondo altra parte della dottrina¹⁹² invece la scelta del legislatore di limitare il potere delle parti nella nomina degli arbitri, attraverso la predeterminazione nella clausola del numero dei componenti del collegio e l'attribuzione ad un terzo del potere di nomina degli stessi appare la più adeguata a garantire, per il caso di liti plurioggettive, la parità delle parti nella formazione del collegio arbitrale ed a prevenire le questioni

¹⁹¹ Consolo, *Esercizi imminenti sul c.p.c.: metodi asistemati e penombre*, Corriere giur., 2002, 1544 ss.

¹⁹² Danovi F., L'arbitrato nella riforma del diritto processuale societario, www.judicum.it

legate al sempre possibile intervento di terzi o di altri soci nel corso del giudizio o all'eventuale necessità di riunire in un unico giudizio arbitrale più cause connesse.

Una chiara inversione di tendenza si è avuta con la Riforma del 2006 che ha inciso sull'arbitrato di diritto comune, introducendo la disposizione di cui all'art. 816 *quater*. La disciplina ivi prevista per il giudizio arbitrale litisconsortile lascia spazio al rispetto per la volontà delle parti nella formazione del collegio. La disposizione prevede che se più di due parti sono vincolate dalla medesima convenzione, ciascuna può convenire tutte o alcune delle altre nel medesimo procedimento solo qualora la convenzione devolva ad un terzo la nomina del collegio, se le parti abbiano provveduto alla nomina degli arbitri d'accordo tra loro, nel patto compromissorio o in un momento successivo, oppure, se dopo che la prima abbia nominato l'arbitro o gli arbitri di sua competenza, le altre ne nominino d'accordo un egual numero o ne rimettano la nomina ad un terzo. Ove ciò non si verifichi e sussista un'ipotesi di litisconsorzio facoltativo, il simultaneo processo arbitrale non può avere luogo. Pertanto il procedimento iniziato da una parte nei confronti delle altre si scinde in tanti procedimenti quante sono le parti.. Se invece il litisconsorzio è necessario, l'arbitrato è improcedibile. L'art. 816 *quater* cpc si applica solo alle ipotesi in cui le parti siano vincolate alla medesima convenzione di arbitrato. Fuori dall'ambito di applicazione della norma si pongono tutte quelle ipotesi in cui le parti siano vincolate da distinte convenzioni di arbitrato aderenti a contratti variamente collegati tra loro , e sussista tra le liti un vincolo di connessione.¹⁹³

Si tratta spesso di situazioni in cui la decisione congiunta della lite è auspicabile per evitare decisioni arbitrali incoerenti, disarmoniche o contraddittorie, che possano porre nel nulla l'unità dell'operazione economica unitaria per la quale il collegamento negoziale è stato uno strumento. Dal punto di vista processuale si pone allora il problema di chiarire come si modifichi la disciplina processuale stessa quando

¹⁹³ Salvaneschi L., Riforma del diritto Arbitrale, Commentario sistematico a cura di Menchini S., in Nuove Leggi Civili Commentate, 2007, 1282.

sussiste questo collegamento .¹⁹⁴ Se la simultaneità del giudizio non crea particolari difficoltà nel giudizio ordinario, nell'arbitrato manca un giudice precostituito, dunque è facile che si formino una pluralità di giudizi arbitrali. Anche se i contratti collegati avessero clausole compromissorie identiche a struttura binaria le parti potrebbero scegliere comunque arbitri diversi, in riferimento alla stessa lite sui diversi contratti collegati. Si costituirebbero così più collegi e si potrebbero formare giudicati configgenti idonei a compromettere l'operazione economica. Per scongiurare una tale eventualità sarebbe possibile o raggiungere a posteriori accordi tra le parti per costituire un unico collegio, oppure tentare di prevenire il problema facendo confluire tutte le controversie dei contratti collegati davanti ad un unico collegio arbitrale. Una proposta potrebbe essere quella di prevedere nei diversi contratti collegati clausole compromissorie identiche e coordinate tra loro tramite richiami ai diversi contratti dell'operazione economica. L'identità non potrà essere data dall'indicazione dello stesso numero di arbitri e alle modalità di nomina, ma dovrà consistere nell'indicazione delle stesse persone come arbitri, oppure nell'individuazione di un modo di nomina che faccia cadere la scelta sulle stesse persone.¹⁹⁵ Questo risultato si può raggiungere anche attribuendo il potere di nomina degli arbitri, per tutti i contratti collegati, ad un terzo, che potrebbe essere anche un organo o un'istituzione, come accade nell'arbitrato amministrato. Il potere al terzo potrebbe essere attribuito al terzo con atto separato ed unico per tutte le controversie che possano sorgere sia in caso di collegamento orizzontale, sia in caso di collegamento verticale tra contratti. Se invece fossero previste tante clausole compromissorie distinte, anche se identiche, quanti sono i contratti, qualora il potere di nomina fosse attribuito alle parti, residuerebbe comunque il rischio di costituzione di distinti collegi arbitrali. Se invece la clausola compromissoria fosse unica e richiamasse tutti i contratti collegati, attribuendo la nomina ad un terzo, sarebbe garantita così la costituzione dello stesso collegio o l'individuazione dello stesso organo monocratico. La soluzione più

¹⁹⁴ Salvaneschi, L'arbitrato con pluralità di parti, 1999, 328 e ss.

¹⁹⁵ Salvaneschi, L'arbitrato con pluralità di parti, 1999, 330

adeguata sembra allora quella dell'arbitrato amministrato, perché l'istituzione sarebbe in grado di coordinare i procedimenti. Se invece non si è considerata la necessità di prevenire le difficoltà di coordinare i collegi arbitrali di liti relative a contratti collegati, una diversa possibile soluzione, che necessariamente comporterà un accordo successivo tra le parti, potrebbe essere quella di devolvere le liti collegate ad un collegio già costituito. Questa soluzione sarebbe ottimale se le parti coinvolte fossero le stesse, ma sarebbe inidonea se fossero diverse: il diritto di ciascun soggetto di nominare il proprio arbitro si scontrerebbe con la pluralità di posizioni di ciascun soggetto. Si potrebbe anche ipotizzare un accordo tra le parti che hanno nominato più collegi per la formazione di un unico collegio, costituito da membri dei primi, in modo paritario.¹⁹⁶

Di recente sulla questione si è pronunciata anche la Corte di Cassazione che, con la sentenza del 25 maggio 2007, n.12321, ha ammesso la possibilità di celebrare un unico arbitrato, in presenza di clausole compromissorie, di identico contenuto, relative a contratti collegati, tra le stesse parti, con conseguente connessione tra le varie domande cumulativamente proposte¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Problematica analoga è stata sviscerata da Zucconi Galli Fonseca E., Collegamento negoziale e arbitrato, www.judicium.it.

¹⁹⁷ Lusio F.P., Pluralità di clausole compromissorie e unicità del processo arbitrale, www.judicium.it

CONCLUSIONI

Alla luce delle considerazioni svolte sino a questo punto, emerge che la disciplina della connessione in arbitrato è fortemente frammentaria e finchè non si riusciranno a chiarire fino in fondo natura del procedimento arbitrale e del lodo, nonostante gli sforzi fatti dalla dottrina e dalla giurisprudenza, e dal legislatore stesso che, con il nuovo art 824 bis c.p.c, ha stabilito che “ il lodo ha dalla data della sua ultima sottoscrizione gli effetti della sentenza pronunciata dall’autorità giudiziaria”, non si potranno risolvere con chiarezza e definitivamente i problemi del processo litisconsortile in arbitrato.

È anche vero però che se lo sforzo interpretativo si sposta dalla natura dell’atto alla valutazione degli effetti dell’atto stesso, le questioni potranno essere inquadrare con minore incertezza, individuando quali siano i terzi nella cui sfera giuridica ricadano gli effetti del lodo, o come effetti riflessi o come effetti non automatici.

I nodi da sciogliere restano sempre quelli della mancanza del potere di riunione degli arbitri, anche tra arbitrati connessi e la difficoltà di attuare la sospensione dei procedimenti.

Quello che invece sembra assodato, a prescindere dalla compromettibilità o meno e dalla compromissione o meno, è il riconoscimento di un potere di accertamento incidentale tendenzialmente generalizzato per l’arbitro, con il limite di quelle non compromettibili di cui sia necessaria una decisione con efficacia di giudicato. Tale strumento può essere molto utile per prevenire decisioni non razionali sulle liti o addirittura per prevenire la paralisi del giudizio.

Inoltre si riscontra una vera e propria inversione di tendenza del legislatore , perché la previsione di cui all’art.819 bis è perfettamente parallela a quella dell’art. 34 cpc per le questioni che non debbano essere decise con efficacia di giudicato. Questo significa che se emergono questo tipo di questioni , le parti non sono più

costrette ad abbandonare la via arbitrale e percorrere forzatamente quella giurisdizionale.

Una volta riconosciuto agli arbitri il potere di conoscere incidentalmente di questioni pregiudiziali non compromettibili, è previsto però anche il potere di sospensione necessaria nel caso in cui queste questioni per legge debbano essere decise con efficacia di giudicato. Interessante strumento per la coordinazione del procedimento arbitrale con la sentenza giurisdizionale è poi quello della sospensione facoltativa di cui all'art.819 bis perché, anche se si occupa di un'ipotesi specifica di sentenza impugnata, apre lo spazio per una riflessione generale sul rapporto tra giudizio arbitrale pendente su questione pregiudiziale o dipendente e sentenza su rapporto connesso. Se la decisione non è passata in giudicato, si potrebbe ritenere che la sentenza non ha ancora quell'"autorità" invocata dall'art. 819 bis in riferimento alla cd sospensione facoltativa, pertanto l'arbitro potrà conoscere incidentalmente della questione rilevante. Se invece la decisione è passata in giudicato, l'arbitro dovrà conformarsi ad essa, se non vuole integrare il caso di nullità del lodo previsto dall'art. 829, co.1 , n.8, cpc : è prevista l'impugnabilità del lodo contrario ad una sentenza passata in giudicato tra le parti, purchè detta sentenza sia stata prodotta nel procedimento.

Stessa regola è prevista dall'art.829, co1, n.8 cpc anche per la sentenza passata in giudicato, che appunto deve essere prodotta in arbitrato, se si vuole imporre agli arbitri di conformarsi ad essa.

Per quanto riguarda il potere di riunione si evidenzia che se si è escluso quello del giudice rispetto all'arbitrato, considerando la competenza arbitrale come una competenza forte, benché l'arbitro sia estraneo dall'ordine giudiziario e dunque non ci sia spazio per *traslatio*, e non si è nemmeno ipotizzato un potere di riunione in favore dell'arbitro, visto l'insormontabile ostacolo della base volontaristica dell'arbitrato e dunque del filtro costituito dalla clausola compromissoria, è anche vero che non ci sono ragioni di sistema per impedire l'esercizio di un potere di riunione dell'arbitro tra più arbitrati connessi. Ciò è possibile sempre che vi siano le

condizioni oggettive per realizzare il cumulo, date dall'identità del collegio arbitrale (condizione che si può verificare più facilmente se ci si affida ad un ente che si occupa di arbitrati amministrati), e dal consenso di tutte le parti coinvolte nei procedimenti.

Adirittura si è riscontrato che è possibile la trattazione congiunta di più liti connesse tramite un unico arbitro, anche se vi sono più clausole compromissorie, venendo a spezzarsi la pretesa corrispondenza biunivoca tra clausola compromissoria ed arbitro, nel caso in cui vi sia un collegamento negoziale.

Proprio nel caso in cui ricorra una fattispecie complessa di collegamento negoziale nelle sue diverse forme possibili, tra cui la vera e propria connessione tra contratti e anche da derivazione, una via per prevenire le difficoltà di instaurazione del litisconsorzio, che sembra non creare grosse difficoltà ormai solo con il litisconsorzio successivo per intervento o chiamata, è data dall'elaborazione di una clausola compromissoria ad hoc e per atto separato alla quale tutti i contratti collegati facciano riferimento. È evidente che questa soluzione non risolve tutti i casi di rapporti connessi all'arbitrato, ma riguarda solo quelli in cui si ha un rapporto di pregiudizialità dipendenza, dunque una connessione forte tra diritti. Negli altri casi di connessione debole una soluzione alla radice, quindi una prevenzione delle difficoltà proprie del processo litisconsortile, tramite redazione di una clausola compromissoria adeguata, non è una via perseguibile, perché la scelta del cumulo processuale ha la sua fonte in una valutazione di opportunità e di economicità e non è in qualche modo imposta dalla struttura dei rapporti e dall'intento di evitare decisioni disarmoniche.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA DELLE OPERE, DEI MANUALI E DEI SAGGI

- **A.A.V.V., Associazione Italiana per l'Arbitrato**, *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, (convegno dell'AIA, tenuto a Roma , 7 novembre 2002)

- **A.A.V.V., Alpa** (a cura di), *L'arbitrato. Profili sostanziali*, ,Torino, 1999

- **A.A.V.V., Carpi** (a cura di), *Arbitrato : commento al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile - artt. 806-840*, Bologna , 2001

- **ALLORIO** *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano, rist. 1992;

- **AULETTA**, *sub artt. 34-37 D. Lgs. 5/2003*, in *La riforma delle società – Il processo*, a cura di SASSANI, To, 2003;

- **Amadei D. – Soldati N.**, *Il processo societario*, IPSOA, Milano, 2003

- **Andrioli** , *Commento al codice di procedura civile*, Jovene, Napoli, 1957 E 1964

- **Bernardini** , *Il diritto dell'arbitrato*, Laterza, Bari, 1998
- **Bove-Cecchella**, *Il nuovo processo civile*, Mi,2006, 82.
- **Briguglio - Fazzalari -Marengo** , *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano,1994
- **Calamandrei**, *Istituzioni di diritto processuale secondo il nuovo codice*, PD, 1943
- **Calamandrei**, *La chiamata in garanzia*, Milano, 1913;
- **Carleo** , *Le vicende soggettive della clausola compromissoria*, Giappichelli, Torino, 1998
- **Carnacini** , voce *Arbitrato rituale e irrituale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, I, 2, UTET, Torino, 1958
- **Carpi** (a cura di), *Arbitrato : commento al titolo VIII del libro IV del codice di procedura civile - artt. 806-840*, Zanichelli, Bologna , 2001
- **Carpi** (a cura di), *Arbitrato*, BO, 2008
- **Carnelutti**, *Note in tema di competenza per garanzia*, in *Studi di diritto processuale*, I, Padova, 1925;
- **Cecchella C**, *L'arbitrato*, Utet, Torino,1991 e 2005

- **Consolo, Luiso, Sassani**, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996; *Costa, Garanzia impropria e spostamento di competenza*, in GI, 1962, I, 1;
- **De Petris**, *Connessione*, in ED, IX, Milano, 1961;
- **Fabbrini**, *Connessione. I) Diritto processuale civile*, in EG, VIII, Roma, 1988
- **Fabbrini**, *Connessione*, in *Scritti giuridici, I, Studi sull'oggetto del processo e sugli effetti del giudicato*, Milano, 1989
- **Fabbrini** , *L'opposizione ordinaria del terzo nel sistema dei mezzi di impugnazione*, Giuffrè, Milano, 1968
- **Fabbrini**, *Litisconsorzio*, in *Enc. dir.*, 24, Milano, 1974
- **Fazzalari E.**, voce *Processo arbitrale*, *Enc.dir.*, XXXVI, Giuffrè, Milano, 1987
- **Fazzalari**, *Arbitrato (teoria generale e diritto processuale civile)*, in *Digesto discipline privatistiche*, To, 1987
- **Fazzalari** , *L'arbitrato*, Utet, Torino, 1996
- **Franchi**, *Delle modificazioni della competenza per ragione di connessione*, in *Comm. c.p.c. Allorio*, I, Torino, 1973;
- **Festi** , *La clausola compromissoria*, Giuffrè, Milano, 2001

- **Gambineri**, *Garanzia e processo*, I, Milano, 2002;
- **La China**, *La chiamata in garanzia*, Milano, 1962;
- **La China** , *L'arbitrato, il sistema e l'esperienza*, ,Milano, 1999 e 2004
- **Luiso**, *Diritto processuale civile*, Milano, 2000 e succ ed.
- **Luiso**, *Appunti di diritto processuale civile, I processi speciali*,
- **Mandrioli**, *Diritto processuale civile*, I, 14^a ed., Torino, 2002;
- **Menchini**, *Sospensione, I, Sospensione del processo civile: a. Processo civile di cognizione*, in *ED*, XLIII, Milano, 1990;
- **Menchini** , *Il processo litisconsortile*, Giuffrè, Milano, 1993
- a cura di **Menchini S** *Commentario sistematico.*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2007.
- **Merlin**, sub art. 31, in *Comm. Consolo, Luiso*, I, Milano, 2000;
- **Montesano**, Arieta, *Trattato di diritto processuale civile*, I, Padova, 2001;
- **Oricchio**, *L'arbitrato*, Napoli, 1994.

- **Piergrossi A.**, *Tutela del terzo nell'arbitrato*, in Studi in onore di Enrico Tullio Liebman, IV, Giuffrè, Milano, 1979,

- **Proto Pisani**, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1999;
- Id., Note in tema di limiti soggettivi della sentenza civile, in FI, 1985, I;
- Id., Dell'esercizio dell'azione, in Comm. c.p.c. Allorio, I, Torino, 1973;

- **Proto Pisani**, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1991;

- **Punzi C.**, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, , Padova , 2000
- **Punzi C.**, voce Arbitrato, in Enc.giur.Treccani, Roma, I, 1998
- **Redenti**, Voce Compromesso, Novissimo Digesto Italiano, III, TO,1959
- **Redenti**, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1954, 473

- **Rubino Sammartano M.**, *Il diritto dell'arbitrato (interno)*, Padova, 1994

- **Ruffini** , *Il giudizio arbitrale con pluralità di parti*, Studi in onore di Luigi Montesano, CEDAM ,Padova 1997

- **Salvaneschi** , *L'arbitrato con pluralità di parti*, Padova,1999

- **Satta S.**, *Commentario al codice di procedura civile*, Padova, 1971

- **Satta**, *Diritto processuale civile*, Padova, 1953
- **Zucconi Galli Fonseca**, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Mi, 2004
- **Schizzerotto**, *Dell'arbitrato*, Milano, 1988, 482.
- **Verde**, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, To, 2006.
- **Vecchione R.**, *L'arbitrato nel sistema del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1971

<p>BIBLIOGRAFIA DEGLI ARTICOLI APPARSI SULLE RIVISTE GIURIDICHE</p>
--

- **Andrioli V.**, *La clausola compromissoria nello statuto di società commerciale*, Riv.dir. comm., 1942, 36 ss.
- **Bernini A.M.** , *Clausola compromissoria: strategie di composizione e conflitti*, Dir. e pratica società, 2003, 24 ss.
- **Bernini A.**, *Realtà attuali e prospettive di riforma per l'arbitrato in materia societaria*, relazione tenuta al 41° Congresso Nazionale dell'UDG, in attesa di pubblicazione

- **Bernini G.**, *Controversie societarie: vecchie e nuove Prospettive di arbitrabilità*, Dir. e pratica società, 2003, 8 ss.
- **Bernini G.**, *L'arbitrato nel diritto societario : valutazioni conclusive*, relazione del Convegno “*Controversie in materia societaria – Prospettive di riforma*”, promosso da CURIA MERCATORUM, Treviso, 21marzo 2003, in attesa di pubblicazione
- **Biavati P.**, *Il procedimento nell'arbitrato societario: prime riflessioni*, in attesa di pubblicazione presso Riv.trim.dir.e proc.civ.
- **Bove M.**, *Processo arbitrale e terzi*, Riv.arbitrato, 1995, 784 ss.
- **Bove M.**, *L'arbitrato nelle controversie societarie*, in www.judicium.it,
- **Braggion A.**, *Sulla validità delle clausole arbitrali con pluralità di parti*, Corriere giur.,1989,1231 ss.
- **Briguglio A.**, *Conciliazione e arbitrato nelle controversie societarie*, www.judicium.it
- **Buoncrisiani D.**, *Requisiti formali della clausola compromissoria per arbitrato estero inserita in una polizza di carico e posizione del terzo destinatario della consegna*, Riv. arbitrato, 1992,49 ss.
- **Cavallini C.**, , *L'alienazione della res litigiosa nell'arbitrato* ,Riv.dir.proc., 1995, 146 ss.
- **Cecchella C.**, *Disciplina del processo nell' arbitrato* , in Riv.arbitrato, 1995, 214 ss.

- **Consolo C.**, *Esercizi imminenti sul c.p.c.: metodi asistematici e penombre*, Corriere giur., 2002, 1541 ss.

- **Consolo C.**, *Postilla : su arbitrato, azione surrogatoria e designazione degli arbitri*, Giur.it., 1996, 1528 ss.

- **Danovi F.**, *L'arbitrato nella riforma del diritto processuale societario*, www.judicum.it

- **Dittrich L.**, *L'imparzialità dell'arbitro nell'arbitrato interno ed internazionale*, Riv.dir.proc., 1997, 144 ss.

- **Fazzalari E.**, *In tema di compromesso in arbitri e di litisconsorzio necessario*, Riv.arbitrato, 1994, 699 ss.

- **Fazzalari E.**, *Le difese del terzo rispetto al lodo rituale*, Riv.abitrato, 1992, 613 ss.

- **Fazzalari E.**, *L'arbitrato nella riforma del diritto societario*, Riv.arbitrato, 2002, 443ss

- **Festi F.**, *La clausola compromissoria e le liti plurilaterali nell'ambito societario*, Dir. e pratica società, 2003, 34 ss.

- **F.Fieconni**, *Il nuovo procedimento arbitrale societario*, Corriere giur., 2003, 973ss.

- **Giallongo**, *Note in tema di sospensione, pregiudizialità e connessione nel processo di cognizione*, in Riv.trim.dir.e proc.civ., 1985
- **Giussani A**, *Nota di commento*, Nuova giur.civ., 1989, 291 ss.
- **Grossi Dante**, *Se sia ammissibile l'intervento del terzo nel giudizio di nullità del lodo. Se sia ammissibile, in tale sede, il riesame del giudizio di fatto degli arbitri connesso all'applicazione di norme imperative*, Riv. arbitrato, 1992, 305 ss.
- **Guidotti**, *Clausola compromissoria compromesso e arbitrabilità soggettiva*, Dir. e pratica società, 2003, 39 ss.
- **Luiso F.P.**, *Appunti sull'arbitrato societario*, www.judicium.it
- **Luiso F.P.**, *Controversie societarie, clausola binaria e ruolo delle camere arbitrali nelle controversie con pluralità di parti*, www.judicium.it
- **Luiso**, *L'arbitrato amministrato nelle controversie con pluralità di parti*, Riv.arbitrato, 2001, 605 ss.
- **Luiso**, *Le impugnazioni del lodo dopo la riforma*, Riv.arbitrato, 1995, 13 ss.
- **Luiso F.P.**, *Pluralità di clausole compromissorie e unicità del processo arbitrale*, www.judicium.it
- **Luiso**, *Il lodo arbitrale e i terzi*, www.judicium.it
- **Longo**, *Litisconsorzio necessario e arbitrato*, Riv.arbitrato, 1999, 358 ss.

- **Marengo**, Processo Arbitrale, Riv.Arb.2005, 793 ss.
- **Menchini**, *Connessione di cause e pluralità di riti*, in Riv.trim.dir.e proc.civ., 1993
- **Menchini**, a cura di **Menchini S.**,in *Riforma del diritto Arbitrale*, Commentario sistematico, Nuove Leggi Civili Commentate, 2007, 1280 e ss.
- **Miccolis**, *Arbitrato e conciliazione nella riforma del processo societario*, www.judicium.it
- **Muroni R.**, *Clausola compromissoria “binaria” e pluralità di parti*, Riv.arbitrato,1998,137 ss.
- **Nela**, *Questioni pregiudiziali nel giudizio arbitrale*, (il nuovo articolo819 cpc) , Riv.dir.proc., 1995
- **Pernazza F.**,*Clausola compromissoria binaria e arbitrato multiparti;clausole di prelazione statutarie e parasociali:tutela reale e tutela risarcitoria*, Riv.arbitrato, 2001, 296 ss.
- **Polinari**, *Pluralità di clausole compromissorie, connessione di cause, e processo arbitrale: quali limiti alla realizzazione del *simultaneus processus**, Riv.dir.proc., 2008, 1159 e ss.
-

- **Ricci E.F.**, *Il lodo rituale di fronte ai terzi*, Riv.dir.proc.,1989, 655 ss.
- **Ricci E.F.**, *Il nuovo arbitrato societario*, in www.judicium.it
- **Ruffini G.**, *L'intervento nel giudizio arbitrale*, in Riv.arbitrato,1995, 647 ss
- **Ruffini G.**, *La riforma dell'arbitrato societario nel decreto legislativo 17 gennaio 2003, n.5*, in attesa di pubblicazione presso Corriere giur.
- **Rovelli** , *Società commerciali*, clausola binaria e il nuovo testo dell'art.809, ww.csm.it
- **Salvaneschi** , *L'arbitrato con pluralità di parti (Una pluralità di problemi)*, Riv.dir.proc., 2002,458 ss.
- **Salvaneschi L.**, *Riforma del diritto Arbitrale*, Commentario sistematico a cura di Menchini S.,in Nuove Leggi Civili Commentate, 2007, 1280 e ss.
- **Sassani** , *L'opposizione del terzo al lodo arbitrale*, Riv.arbitrato, 1995, 199 ss.
- **Sassani –Tiscini** , *Il nuovo processo societario*, www.judicium.it
- **Schizzerotto** , *Questioni e questioncelle in materia d'arbitrato*, Foro pad., 1965, 975 ss.

- **Siracusano** , *Trasmissibilità della clausola compromissoria e intervento del terzo nel processo arbitrale*, Riv.arbitrato, 1995,327 ss.
- **Soldati** , *Osservazioni a margine degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nella riforma del processo societario*, Società, 2003,791 ss.
- **Tarzia**, *Sulla nozione di garanzia impropria*, in GI, 1956, I, 2.
- **Teti** , *L'arbitrato nelle società*, Riv.arbitrato,1993, 297 ss.
- **Vaccarella** , *Precisazioni sul processo societario*, www.judicium.it
- **Vecchione** , *Impossibilità di nomina degli arbitri e nullità di clausola compromissoria per pluralità di parti*, Foro pad., 1952,78 ss.
- **Vullo**, Note in tema di arbitrato, connessione e sospensione per pregiudizialità, Riv. Dir.proc., 1996, 137 e ss.
- **Zaccheo** , *Pluralità di parti e clausola compromissoria*, Rass.dir.civ.,1986,784 ss.
- **Zucconi Galli Fonseca E.**, La convenzione arbitrale nelle società dopo il decreto delegato di riforma , in attesa di pubblicazione presso Riv.trim.dir.e proc,civ.

□ **Zucconi Galli Fonseca E.**, *Qualche riflessione sulla clausola binaria nell'arbitrato con pluralità di parti*, Riv.arbitrato, 1997,744 ss.

□ **Zucconi Galli Fonseca E.**, Collegamento negoziale e arbitrato, www.judicium.it.

